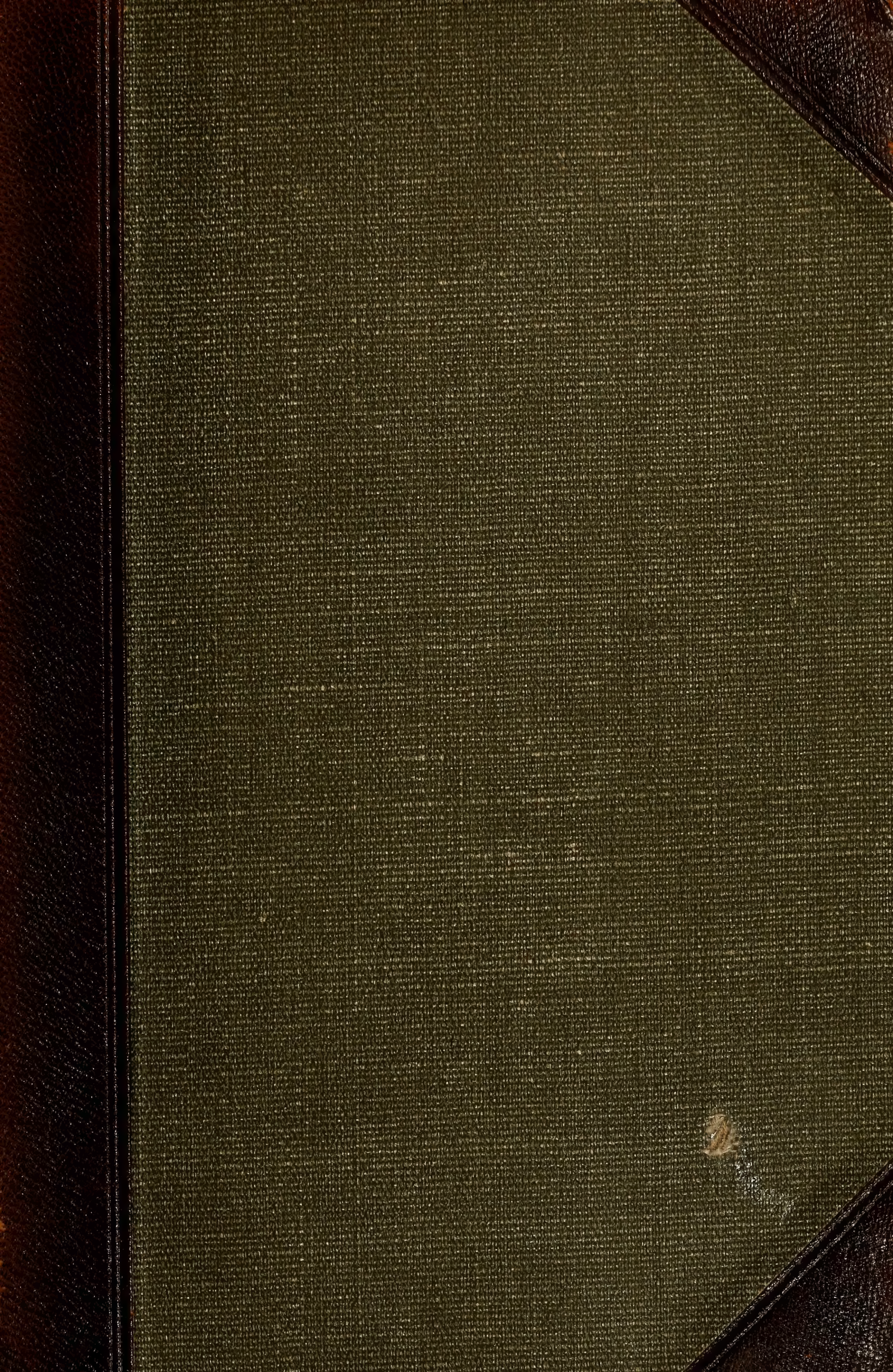
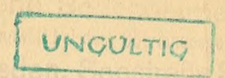



WILBUR L. CROSS LIBRARY
UNIVERSITY OF CONNECTICUT





Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen

in Verbindung mit

Dr. A. Brückmann, Rechtsanwalt am Kammergericht, und Dr. Th. v. Olshausen, Kaiserl. Regierungsrat,

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,

Justizrat, Rechtsanwalt am Kammergericht u. Notar.

---

12. Jahrgang

(die Zeit bis Anfang 1914 umfassend).



Berlin, 1914.

Verlag von Franz Vahlen.

W 9, Linkstraße 16.

Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Mitarbeiter des zwölften Jahrganges.

Boschan, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch IV: Verwandtschaft und Vormundschaft, sowie Buch V. Personenstandsgesetz;

Dr. Eyck, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: Warenzeichenrecht; künstlerische und literarische Schutzgesetze; Internationaler Urheberrechtsschutz; Verlagsrecht;

Dr. F. Friedenthal, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. Buch I §§ 21—89;

Dr. Gottschalk, Rechtsanwalt in Berlin: BGB. §§ 783—853. Wettbewerbsgesetz. Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen;

Dr. Güthe, Geh. Justizrat und vortr. Rat im Kgl. Pr. Justizministerium in Berlin: BGB. Buch III: Immobiliarsachenrecht, Nießbrauch, Pfandrecht. Grundbuchordnung;

Heidenfeld, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: EGBGB., EGHGB.; HGB. Buch I u. §§ 343—406. Scheckgesetz. Wechselordnung;

Hoepfel, Landgerichtsdirektor in Nürnberg: BGB. §§ 705—758; HGB. Buch II; Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaftsgesetz;

Dr. Eugen Josef, Rechtsanwalt und Notar a. D. in Freiburg i. Br.: Freiwillige Gerichtsbarkeit;

Dr. Koehler, Amtsrichter in Erfurt: GVG.; EGZPO.; ZPO. Buch I—VII;

Dr. Krech, Landrichter in Naumburg a. S.: ZPO. Buch VIII—X. Zwangsversteigerungsgesetz;

Dr. von Olshausen, Kaiserl. Regierungsrat in Berlin: BGB. Allgemeiner Teil (mit Ausnahme der Juristischen Personen); §§ 433—597, 854—872, 903—924, 929—1011, 1297—1362, 1564—1588;

Dr. Philipsborn, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. Buch II §§ 676, 762—764;

Dr. Riese, Landrichter in Leipzig: Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen. Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag: Schadensversicherung;

Dr. Schaps, Oberlandesgerichtsrat in Hamburg: HGB. IV. Buch; Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz;

Dr. Schlegelberger, Landrichter in Charlottenburg: BGB. Buch II §§ 241—432, §§ 598 bis 675, §§ 677—704, 759—782;

Dr. Sieburg, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: Konkursordnung und Anfechtungsgesetz;

Dr. Wolff, Regierungsrat, Mitglied der Kgl. Eisenbahndirektion in Halle a. S.: HGB. §§ 407—473. EisenbVO. Reichshaftpflichtgesetz; Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung;

Dr. Zeigner, Gerichtsassessor in Leipzig: Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag: Allgemeiner Teil, Personenversicherung, Einführungsgesetz;

Zelter, Justizrat, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Buch IV: Eheliches Güterrecht.

Inhaltsverzeichnis.

Nachweis der in den Jahrgängen 1—12 bearbeiteten Gesetze.

	1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.	10.	11.	12.
BGB. nebst EG . .	1 u. 2 1	1 1	1 1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
GVG. und ZPO. . .	3 1	—	2 320	663	736	724	709	698	639	693	738	391
Handelsgesetzbuch		2 1	2 1	556	637	600	591	590	544	574	573	476
Freiwillige Gerichtsbarkeit		—	2 176	850	988	—	978	—	864	—	1064	—
Grundbuchordnung		2 395	2 145	828	962	1020	942	880	924	947	1139	828
Konkursordnung u. Anfechtungsgesetz		2 478	2 253	800	942	972	—	1151	—	1003	—	887
Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung . . .		2 361	2 290	771	902	937	894	841	813	893	1013	808
Reichshaftpflichtgesetz		2 317	2 134	870	1027	1060	1039	933	974	1074	1214	970
Wettbewerbsgesetz		2 336	2 611	879	1038	1072	1048	939	987	1081	1220	975
Personenstandsgesetz		2 333	2 172	868	—	1056	—	921	—	1063	—	962
Seerechtl. Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz . .		2 269	2 117	655	729	718	699	691	632	673	720	585
Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung		—	2 121	—	—	722	704	695	638	692	734	589
Gesellschaft m. b. H.		2 274	—	896	—	1086	1063	954	994	1108	1251	996
Genossenschaftsgesetz		2 297	—	908	—	1112	1090	975	1014	1128	1276	1021
Hypothekenbankgesetz		—	2 126	—	734	—	709	—	—	1136	—	—
Patentgesetz		—	2 632	—	1053	—	1100	—	1022	—	1282	—
Gebrauchsmusterschutz . . .		—	2 645	—	1066	—	1129	—	1064	—	1327	—
Warenzeichenrecht		—	2 648	—	1068	—	1135	—	1070	—	—	1029
Gewerbliche Schutzgesetze . .		—	2 660	—	1078	—	1153	—	1082	—	—	—
Bild. Künste u. Photographie		—	—	—	—	—	1155	—	1083	—	—	1060
Literatur und Tonkunst . .		—	2 667	—	1079	—	1158	—	1085	—	—	1052
Verlagsrecht		—	2 677	—	1083	—	1165	—	1088	—	—	1064
Intern. Urheberrechtsschutz .		—	—	—	—	—	1167	—	1089	—	—	1059
Börsengesetz		—	—	—	—	—	1169	—	—	1146	1331	—
Gewerbeordnung		—	—	915	—	—	—	—	—	—	—	—
Wechselordnung		—	—	981	—	1129	—	984	—	1137	—	1072
Bankdepotgesetz		—	—	—	731	—	708	696	—	—	—	—
Scheckgesetz		—	—	—	—	—	—	—	—	1134	—	1065
Kraftfahrzeuggesetz.		—	—	—	—	—	—	—	—	1161	1343	1088
Versicherungsrecht.		—	—	—	1084	—	—	1005	—	1163	—	1094
Gerichtskostengesetz		—	—	—	—	1146	—	—	—	—	—	—
GebührenO. für Zeugen und Sachverständige.		—	—	—	—	1179	—	—	—	—	—	—
GebührenO. f. Gerichtsvollz.		—	—	—	—	1188	—	—	—	—	—	—
GebührenO. für RechtsAnw.		—	—	—	—	1192	—	—	—	—	—	—
Reichsstempelgesetz		—	—	—	—	—	—	—	1092	—	1352	—
Wechselstempelgesetz		—	—	—	—	—	—	—	—	—	1361	—
Reichserbschaftssteuergesetz .		—	—	—	—	—	—	—	1091	—	1361	—

Abkürzungen.

ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ACivPr. = Archiv für die civilistische Praxis.
AÖffR. = Archiv für öffentliches Recht.
AÖstGZ = Allgem. Österreichische Gerichts-Zeitung.
BadNotZ. = Badische Notarszeitung.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und der Handelsgesellschafter.
BayNotZ. = Zeitschr. f. das Notariat u. für die freiw. Rechtspflege d. Gerichte in Bayern.
BayObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folg. Band- u. Seitenzahl = Samml. v. Entscheid. d. Obersten Landesgerichts f. Bayern in Gegenständen d. Zivilrechts.
BayRpflZ. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Bl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschwZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslauAK. = Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau.
BurBl. = Bureaublatt für gerichtliche Beamte.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß ... Begründet von Busch.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotV. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DRZ. = Deutsche Richterzeitung.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.
EisenbE. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
EisenbA. = Archiv für Eisenbahnwesen.
EisenbVereinsZ. = Ztg. d. Vereins deutscher Eisenb. Verwalt.
ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.
ElsLothZ. od. ElsLothJZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
ETZ. = Elektrotechnische Zeitschrift.
FischersZ. = Dr. Fischers Zeitschr. f. Praxis u. Gesetzgeb. d. Verw., f. d. Königr. Sachsen.
FrankfRundsch. = Rundschau für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.
FürsorgeZ. = Zentralblatt für Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung.
GerH. = Gerichtshalle.
GerS. = Der Gerichtssaal.
GesuR. = Gesetz und Recht.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewG. = Das Gewerbegericht.
GewuKfmG. = Gewerbe- u. Kaufmannsgericht, Monatsschr. d. Verbandes D. Gew. u. KfmG.
GG. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GewRSchutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
GoldschmidtsZ. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
GruchotsBeitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
GrünhutsZ. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
Hansa = Deutsche naut. Zeitschrift.
HansGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
HirthsAnn. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
HoldheimsMSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JagdRZ. = Zeitschrift für Jagdrecht, Jagdschutz und Jagdwirtschaft.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (die arabische Ziffer bezeichnet den Jahrgang).
IheringsJ. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.

JW. = Juristische Wochenschrift.
KfmG. = Kaufmannsgericht.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch f. Entscheidungen d. Kammergerichts in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit usw.
KleinbZ. = Zeitschrift für Kleinbahnen.
KrimPsychMSchr. = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
LeipzZ. od. LZ. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
LohnBG. = Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns v. 21. Juni 1869.
MschutzuWettbew. = Markenschutz und Wettbewerb.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
MittöffFeuerversAnst. = Mitteil. d. Verbandes d. öffentl. Feuerversicherungsanstalten, Kiel.
NaumburgAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
Oekonomist = Der Deutsche Oekonomist.
ÖstZBl. = Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.
OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
PA. = Patentamt.
PBl. = Patentblatt.
PfälzRpr. = Pfälzische Rechtspraxis.
PosMSchr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PrMHandGewVerw. = Ministerialblatt der (preußischen) Handels- und Gewerbeverwaltung
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
PrVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
PucheltsZ. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht.
Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, herausg. v. A. Reger.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weiteren Zusatz = in Zivilsachen.
RG. (Strafs.) = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht.
RheinARV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RheinNotZ. = Zeitschrift für das Notariat (Rheinpreußen).
RheinZ. = Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen d. RMG.
RuW. = Recht und Wirtschaft.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch des Königl. Sächs. Ober-Verwaltungsgerichts.
SächsRpflA. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege (seit 1906).
SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
SozPr. = Soziale Praxis.
StB. = Der Standesbeamte.
Standesa. = Das Standesamt. Herausgegeben von L. Schmitz.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb (s. a. o. bei M.).
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WarnE. (WarnErgbd.) = Warneyers Jahrb. d. Entscheid. Ergänzungsbd., enth d. Rechtspr. d. RG.
WürttRpflZ. = Württembergische Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung.
WürttJ. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.
WürttZ. = Zeitschrift f. die freiw. Gerichtsbarkeit u. die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZAB. = Zentralbl. der Abgaben-Gesetzgeb. u. Verwaltung in den Kgl. Preuß. Staaten.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBergR. = Zeitschrift für Bergrecht.
ZBlFG. = Zentralbl. f. freiwill. Gerichtsbarkeit u. Notariat sowie Zwangsversteigerung.
ZBlRw. = Zentralblatt für Rechtswissenschaft.
ZfmittlJB. = Zeitschrift für mittlere Justizbeamte.
ZfZollw. = Zeitschrift für Zollwesen und Reichssteuern.
ZIndR. = Zeitschrift für Industrierecht.
ZJPR. = Zeitschrift f. intern. Privat- u. Strafrecht (jetzt Privat- u. öffentliches Recht).

ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.
ZSchwR. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStaatsw. = Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
»→ ←« = Selbständiger Zusatz oder Entgegnung eines Autors.
»→ Red. ←« = Bemerkung des betreffenden Redaktors.
* vor dem Autornamen bezeichnet Selbstbericht.
Ortsname in Klammern bezeichnet Entscheid. des betr. OLG. [z. B. DIZ. **05** 445 (Hamm)].
Diejenigen Zeitschriften, deren Jahrgänge mit dem Kalenderjahr zusammenfallen, sind nach dem Kalenderjahr zitiert, die wenigen anderen nach der Bandzahl. [z. B. IW. **11** 120; FrankfRundsch. **43** 15.]

Druckfehlerberichtigung.

Zu § 1636 Ziff. III 3 fällt zwischen WürttZ. **13** 137 und (Stuttgart) das Zitat: OLG. **26** 269 fort.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.

Literatur: Löwenwarter, Der bürgerliche Wohnsitz im deutschen und englischen Rechte (Bonner Dissertation). — Mittelstaedt, Droit moral im deutschen Urheberrechte, GewRschutz **13** 84—92.

§ 6. 1. Nr. 2. Begriff der Verschwendung (JDR. **9** 2). **RG.** WarnE. **6** 465. Verschwendung durch unverhältnismäßige Ankäufe von Kunstgegenständen. Gefahr des Notstandes trotz der Möglichkeit, die Gegenstände wieder zu verwerten.

2. Nr. 3. Trunksucht (JDR. **8** 2). **RG.** 12. 10. 12, GruchotsBeitr. **57** 410. Trunksucht liegt nur dann vor, wenn der Leidende die Kraft, dem Anreize zum übermäßigen Genusse geistiger Getränke zu widerstehen, wirklich verloren hat.

§ 7. *Löwenwarter, Der bürgerliche Wohnsitz im deutschen und englischen Rechte. 7 ff.: Wohnsitz bezeichnet entweder eine Gesamtheit von gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen oder von privat- und öffentlich-rechtlichen Folgen, die das Gesetz an einen Tatbestand knüpft. Demgemäß bezeichnet Wohnort einen Tatbestand in tatsächlichem Sinne oder eine Gesamtheit von Interessen, die auch die Rechtsordnung unter bestimmten Voraussetzungen als schutzwürdig anerkennt. Man müßte aber in Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauch unter Wohnsitz den Tatbestand im Rechtssinn und unter Wohnort den im tatsächlichen Sinne verstehen. Dann wäre als abkürzende Bezeichnung für die Gesamtheit der einzelnen an den Tatbestand geknüpften Rechte und Pflichten der neue Begriff der „Ortsangehörigkeit" einzuführen. Der Begriff „Staatsangehörigkeit" müßte also in derselben Weise gebraucht werden. (AM. die bisherige Lehre, die unter Wohnsitz, Besitz usw. weder eine Bezeichnung für den Tatbestand noch für dessen Wirkungen versteht, vgl. insbesondere Manigk Willenserklärung und Willensgeschäft 678.) .... Die Ausdrücke „fiktiver" oder „fingierter" Wohnsitz sind unrichtig (23 ff.) ..... Die üblichen Zusätze „gewillkürter", „notwendiger" und „abgeleiteter" Wohnsitz enthalten nur einen Hinweis auf die Zusammensetzung des Tatbestandes (33 ff.). — Im internationalen Privatrechte kann ein mehrfacher Wohnsitz nicht gelten, da das Personalstatut, soweit es noch vom Wohnsitz abhängt, einheitlich sein muß (45). — Über den Begriff der ständigen Niederlassung aaO. 48.

§ 8. 1. *Löwenwarter aaO. 55. Die Bestimmungen der §§ 104 ff. sind nicht anwendbar.

2. BayObLG. **14** 73. Die verwitwete Mutter begründet nicht dadurch, daß sie nach ihrer Wiederverheiratung ihre minderjährigen erstehelichen Kinder an ihren neuen ehelichen Wohnsitz mitnimmt, dort für die Kinder einen neuen Wohnsitz.

§ 12. 1. R. **13** Nr. 719 (KG.) Im Sinne des § 12 „gebraucht" ein Dichter einen fremden Namen, wenn er ihn einer Figur seiner dichterischen Phantasie beilegt. Aber nicht nur der Dichter, sondern auch der Theaterleiter gebraucht den fremden Namen, wenn er ein Stück aufführt, in dem eine diesen Namen tragende Figur auftritt. Niemand braucht sich gefallen zu lassen, daß einer Theaterfigur, die einen

betrogenen Ehemann darstellt, sein Name beigelegt wird. Allerdings kann trotz äußerlicher Übereinstimmung der Namen der Schutz aus § 12 versagt sein, wenn es sich um einen weit verbreiteten Namen, z. B. Müller oder Meier, handelt und deshalb eine Beziehung auf den sich verletzt Fühlenden ausgeschlossen ist oder wenn eine typische Figur mit einer entsprechend typischen Bezeichnung versehen wird, z. B. Professor Biedermann. Ob der Vorname auch derselbe ist, darauf kommt es nicht an.

2. ElsLothZ. **13** 33 ff. (Colmar). Aus dem langjährigen Gebrauch eines Familiennamens in einer bestimmten Schreibart erwächst kein Recht auf die Führung in dieser Schreibweise. Nur darf dabei nicht übersehen werden, daß der Name ein sprachliches Gebilde ist und als solches gleich der Sprache besonders in seiner Schreibart allmählichen Änderungen unterliegen kann.

3. a) **RG.** 18. 3. 13, R. **13** Nr. 2033. Der bloße Hinweis auf den Zusammenhang des Geschäfts der Kläger mit dem früher M.-S.schen Weingeschäft und die Bemerkung, daß sie es sind, die die alte Weinhandlung weiter fortführen, die früher die Firma M.-S. geführt und dann einige Jahre M.-S. Nachf. firmiert hatte, stellt keine Verletzung des Namenrechts des Beklagten dar. **b)** LG. II Berlin, MSchutzuWettbew. **12** 359. Das Wort „Cloetalen" verletzt das Namensrecht von Professor Cloetta. Geringfügige Änderungen schließen einen Verstoß gegen § 12 nicht aus.

4. **RG.** 25. 9. 13, JW. **13** 1114. Die Klage des Verbandes Deutscher Diplom-Ingenieure gegen den Verband Deutscher Diplom-Brauerei-Ingenieure war abzuweisen. Es fehle in jedem Falle an der zur Anwendung des § 12 erforderlichen Unbefugtheit der Namensführung. Werden bei der Namensbildung die wenngleich geringfügigen Unterschiede eingehalten, die der hierfür geltenden staatlichen Regelung entsprechen, so kann die auf der gleichen Regelung beruhende bloße Namensähnlichkeit nicht zu der Annahme führen, daß nur um dieser Ähnlichkeit willen der Vereinsname unbefugt geführt werde.

5. GewRSchutz **13** 186 (KG.). Der Titel eines Schriftwerkes (Gelbstern) ist für sich allein weder urheberrechtlich noch namenrechtlich geschützt (K o h l e r, Autorrecht 132).

6. HansGZ. **13** Beibl. 163 (Hamburg). Ein Staatsangehöriger, dem der Staat durch seine hierzu berufene Behörde das Recht an dem von ihm in Anspruch genommenen Namen bestreitet, wird dieses Recht auf dem hierfür gesetzlich vorgeschriebenen Wege mit allen Mitteln verfolgen dürfen, er wird, stellt sich schließlich sein Recht auf den Namen heraus, den Staat auch für allen Schaden, den er ihm durch dies Bestreiten u. w. d. a. zugefügt hat, haftbar machen können; er hat aber nicht das Recht, sich wegen dieses Kampfes seinen sonstigen Pflichten als Staatsangehöriger zu entziehen. Er darf z. B. sich nicht weigern, Steuern zu zahlen oder als Zeuge vor Gericht zu erscheinen, auch wenn die Steuereinforderung und die Zeugenladung nicht unter dem richtigen Namen erfolgt ist.

7. A d e l s p r ä d i k a t (JDR. **11** 9). a) R. **13** Nr. 171 (KG. Zivils. 1 a). Der Rechtssatz, daß in Preußen die von der Adelsbehörde über die Zugehörigkeit eines preußischen Untertanen zum Adelsstande getroffene Entscheidung für die Gerichte bei der Anordnung der Berichtigung einer Eintragung im Standesregister maßgebend ist, gilt auch hinsichtlich solcher preußischen Untertanen, welche in Preußen den niederen Reichsadel für sich in Anspruch nehmen. **b)** OLG. Düsseldorf JW. **13** 451 bis 454, RheinA. **110** 322 ff., SächsRpflA. **13** 189 ff., RheinARV. **13** 53 ff, tritt unter eingehender Begründung für die Bindung des Strafrichters an Entscheidungen des Heroldsamts über Nichtanerkennung eines Adelsanspruchs ein. **c)** SeuffA. **68** 177 (München). Ein Adeliger hat die Unterlassungsklage auch gegen den Gebrauch seines Namens als bürgerlichen Namen ohne „von". Es ändert auch nichts, wenn der andere diesen Namen nur als Beisatz zu seinem Familiennamen führt.

d) RG. (StrafS.) 29. 4. 13, SächsRpflA. **13** 469. Der Gebrauch eines mit einem Adelsprädikate verbundenen Namens ist nicht notwendig eine Anmaßung des Rechtes auf das Adelsprädikat. Insbesondere wird, wer sich eines mit einem Adelsprädikate verbundenen falschen Namens bedient, in vielen Fällen nur den Vorsatz haben, die Verwechselung seiner Person mit einer anderen herbeizuführen, nicht aber für seine Person ein Recht auf den Namen und das Adelsprädikat in Anspruch zu nehmen. Wer den Namen eines bestimmten Adligen und dessen Adelsprädikat mißbraucht, um eine falsche Urkunde auszustellen oder einer Strafverfolgung zu entgehen, will nicht für sich irgendwelche Rechte der anderen Person, namentlich auch nicht das Recht auf deren Adelsprädikat in Anspruch nehmen. Es kann aber der Vorsatz einer Rechtsanmaßung auch in solchen Fällen vorhanden sein, in denen der Täter zugleich mit dem fremden Namen ein Adelsprädikat sich beilegt. Gibt sich z. B. eine unverheiratete weibliche Person als Ehefrau eines Adligen aus, so kann sie dabei den Vorsatz haben, ein Recht auf das Adelsprädikat sich anzumaßen. e) PrOVG. DJZ. **13** 1445. Wenn von jemand nicht die Zugehörigkeit zum Adel beansprucht, sondern lediglich verlangt wird, den Familiennamen einschließlich der Partikel „von" als bürgerlichen weiterzuführen, so ist darüber allein von den für Namensführungen zuständigen Behörden zu befinden. Ob das Heroldsamt die Befugnis zur Führung des Adelsprädikats „von" bereits abgesprochen hat, ist unerheblich, denn die Partikel „von" ist nicht notwendig ein Adelsprädikat, sie kann auch Bestandteil eines bürgerlichen Familiennamens sein. — Über die Stellungnahme des KG. zu der Führung des bürgerlichen „von" vgl. R. **13** Nr. 339 und 598.

Anhang zu § 12. Andere Individualrechte. I. Recht der Persönlichkeit. a) **RG.** JDR. **11** Anh. I a jetzt auch SeuffA. **68** 159 ff. Zu dieser Entscheidung nimmt Stellung *Schlechtriem, Urheberrecht und Eigentum am Bildwerke; GruchotsBeitr. **57** 822 ff. Ein Werk der bildenden Kunst kann nicht im gleichen Sinne wie eine immaterielle Schöpfung betrachtet werden, wie etwa ein literarisches Kunstwerk. Wenn das Gesetz einen anderen Standpunkt einnimmt, so kann dies nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit gerechtfertigt werden. Jedenfalls bleibt die Möglichkeit eines Zwiespalts zwischen Sacheigentum und Urheberrecht bestehen und in der Mehrzahl der Fälle wird sich das Urheberrecht hierbei als ein „undum jus" darstellen. Diesem Zustande kann nicht, wie es das RG. will, durch eine Beschränkung des Eigentums abgeholfen werden, da eine solche Beschränkung zugunsten eines privaten Interesses weder mit dem Grundsatze des § 903 BGB. vereinbar, noch dem Persönlichkeitsrecht des Urhebers in seinem ganzen Umfange förderlich ist. b) Mittelstaedt, GewRschutz **13** 84 ff. Verf. führt aus, die deutsche Rechtsentwickelung der letzten Jahrzehnte habe in verschiedenen Rechtsgebieten den Gedanken des Persönlichkeitsrechts anerkannt. Der Warenzeichen- und Ausstattungsschutz sei ein Persönlichkeitsschutz geworden. Die Urhebergesetze von 1901 und 1907 ließen erkennen, daß sich der Gesetzgeber des Persönlichkeitsrechts wohl bewußt gewesen ist. Bahnbrechend für die Anerkennung des Persönlichkeitsschutzes sei **RG. 79** 397 (JDR. **11** Anh. I a), da mit der Bemerkung, der Urheber habe ein persönliches Recht darauf, daß sein Werk der Mit- und Nachwelt unverändert zugänglich gemacht werde, der wichtigste allgemeine Grundsatz des Persönlichkeitsrecht anerkannt worden sei (85). Verf. untersucht aaO. 86 ff. im einzelnen, inwieweit die Fragen des Persönlichkeitsrechts im Rahmen der geltenden Urhebergesetze zu beantworten sind. Er gelangt zu dem Ergebnisse, daß die Grundlagen und Grenzen des Persönlichkeitsschutzes nicht aus den Bestimmungen dieser Gesetze entnommen werden können, vielmehr aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleiten sind.

II. Wappenrecht (JDR. **11**). VO. SächsMin. d. J. 22. 9. 12, FischersZ. **41** 335 ff. Privatpersonen sind zu dem Gebrauche von Städtewappen ohne Genehmigung nicht befugt.

Zweiter Titel. Juristische Personen.

Vorbemerkung: Der Kampf der organisierten Ärzte gegen die Krankenkassen zeitigt das Bestreben der kassenärztlichen Vereine, die Rechtsfähigkeit zu erlangen. Die Frage der Eintragungsfähigkeit dieser Vereine rief eine Reihe sich z. T. widersprechender Entscheidungen und Meinungsäußerungen hervor. Daneben betrafen eine größere Anzahl von Entscheidungen, namentlich auch des RG., wiederum Vorgänge des inneren Vereinslebens. Demgegenüber mehren sich die Stimmen, die der gerichtlichen Erörterung solcher Streitigkeiten auf dem Boden des geltenden Rechtes für viele Fälle entgegentreten.

Literatur: Ammann, Die „evangelische Zentralpfarrkasse" im Großherzogtume Baden, BadNotZ. **13** 20. — Kohler, Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, GoldschmidtsZ. **74** 456. — Lehmann, Entgegnung hierauf, aaO. 462. — Labes, Schulden der reichsprivatrechtlichen juristischen Personen, besonders der Aktiengesellschaften, nach ihrer Auflösung, Berlin 1913. — Derselbe, Die Gründe der Auflösung der juristischen Personen, DRAZ. **13** 186. — Roth, Die Eintragung des Fideikommisses als Gläubiger, BayNotZ. **14** 168. — Waldecker, Nochmals: Die Erteilung gewerblicher Konzessionen an juristische Personen und die Praxis, JW. **13** 724.

1. Allgemeines. Umfang und Bedeutung der juristischen Person. a) **RG. 80** 111. Auch einer juristischen Person kann eine Schankkonzession erteilt werden. Tritt in der Person des Betriebsleiters, dem für die juristische Person die Konzession erteilt war, ein Wechsel ein, so ist eine neue Konzessionsertei ung nicht erforderlich. b) Waldecker aaO. Die Entsch. des oldenburgischen OVG., die die Möglichkeit der Erteilung gewerblicher Konzessionen an Funktionäre einer juristischen Person verneint, ist de lege lata unrichtig. c) R. **13** Nr. 719 (PrOVG.). Schankkonzession kann auch Vereinen erteilt werden, die sie nicht mit Gewinnabsicht benützen wollen. d) Vgl. JDR. **12** Note 1 d—f. e) SeuffA. **68** 345 (Dresden). Es ist zulässig, daß die Mitglieder einer juristischen Person sich zugunsten der Gläubiger der letzteren durch Vertrag mit der juristischen Person verpflichten. f) Heinsheimer (vgl. vor § 21). 12. Juristische Personen als solche können nicht beleidigt werden. 15. Das Namensrecht juristischer Personen ist kein Persönlichkeitsrecht, sondern nur ein Individualisierungszeichen, analog dem Firmenrechte. g) Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 107. Juristische Personen können zu Liquidatoren an Handelsgesellschaften bestellt werden.

2. Wer ist juristische Person? a) Kohler aaO. Die offene Handelsgesellschaft ist eine juristische Person (vgl. JDR. **10** Note 1 d). b) Lehmann aaO. vertritt die entgegengesetzte, allgemein herrschende Meinung. c) Roth aaO. Das Fideikommißvermögen als solches besitzt keine Rechtspersönlichkeit. d) Ammann aaO. Die „evangelische Zentralpfarrkasse" im Großherzogtume Baden ist keine Rechtspersönlichkeit und kann daher als Hypothekengläubigerin im Grundbuche nicht eingetragen werden. e) SchlHolstAnz. **13** 321 (Kiel). Eine Wasserleitungsinteressentschaft (Wasserrotte) ist eine deutschrechtliche Genossenschaft. f) SeuffA. **68** 345 (Dresden). Die alten Schützengesellschaften wurden früher als öffentlich-rechtliche Korporationen, später als privatrechtliche, jetzt als nichtrechtsfähige Vereine im Sinne von § 54 BGB. angesehen. g) Vgl. § 89 Note 1.

3. Zuwendungen an eine juristische Person. a) **RG.** (Strafs.) **46** 227. Die Zuwendung eines „außerordentlichen Beitrags" durch ein Vereinsmitglied an den Verein ist eine genehmigungspflichtige unentgeltliche Zuwendung. b) **RG.** R. **13** Nr. 1526. Schenkungen, die an einen Verein zu Vereinszwecken erfolgen, sind in vollem Umfange zur Steuer heranzuziehen.

4. Sammelvermögen. Vgl. unten § 1914 BGB.

I. Vereine.

1. Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Heinsheimer, Mitgliedschaft und Ausschließung in der Praxis des Reichsgerichts, Berlin 1913.

Vorbemerkungen: a) Heinsheimer aaO. 5. Ein Verein ist stets ein vermögensrechtliches Gebilde, nicht nur wenn sein Lebenszweck auf wirtschaftlichem Gebiete liegt, sondern auch ein sog. Idealverein. Der ideale Zweck ist nur der Anlaß für privatrechtliche Beziehungen. Darum sind Vereinsstreitigkeiten stets vermögensrechtlicher Natur (15). Die Mitgliedschaft ist ein Rechtsverhältnis rein vermögensrechtlicher, nicht personenrechtlicher Natur (58). Sie ist kein „Ehrenrecht". b) KGJ. **43** A 42 (KG.) behandelt die Voraussetzungen des Beschwerderechts von Vereinen aus § 57 FGG. c) SächsRpflA. **13** 443 (LG. Dresden). Der „Ausschuß" eines Militärvereinsverbandes ist kein selbständiges Rechtssubjekt, sondern nur eine Abordnung von Mitgliedern der Einzelvereine. Durch das, was er tut, werden lediglich die Vereine berechtigt und verpflichtet.

§§ 21, 22. Literatur: Koepchen, Die Unterscheidungsmerkmale des wirtschaftlichen und des nichtwirtschaftlichen Vereins, DJZ. **13** 1296. — Lenel, Die Eintragungsfähigkeit der Ärztevereine, DJZ. **13** 1237. — Mothes, Ausländer als Mitglieder von Vereinen, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, R. **13** 745. — v. Tschoppe, Rechtsgrundlagen der Verfassung politischer Vereine, PrVerwBl. **34** 749.

1. Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. a) Koepchen aaO. Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, ist ein solcher, der die Erlangung unmittelbarer wirtschaftlicher Erfolge für sich oder seine Mitglieder zum Zwecke hat und durch das Mittel wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erstrebt. Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb besteht in einem ständigen Abschlusse solcher Rechte und Verbindlichkeiten erzeugenden Rechtsgeschäfte, die mit Dritten, also nicht mit Vereinsmitgliedern abgeschlossen werden und auf Grund deren ein entgeltlicher Übergang von Verkehrsgütern in das Vereinsvermögen erfolgt. — Ärztevereine: b) **RG.** JW. **14** 70, SchlHolstAnz. **13** 341, R. **13** Nr. 2959, 2960. Für die Frage, ob der Vereinszweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, muß der sog. innere Geschäftsbetrieb ausscheiden. Es kommt nur darauf an, ob sich die nach außen gerichtete Tätigkeit des Vereins im Verkehre mit Dritten als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb kennzeichnet. Auch wenn der Verein eine Güterentäußerung oder Arbeitstätigkeit im Interesse seiner Mitglieder übernimmt, liegt kein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vor, wenn jedes Entgelt für den Verein und die Mitglieder ausgeschlossen ist. Das aus den vom Vereine geschlossenen Verträgen — Verträge zwischen Ärztevereinen und Krankenkassen — den Mitgliedern wirtschatfliche Vorteile zufließen, begründet noch nicht die Annahme, daß der Vereinszweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. c) Lenel aaO. Ein Ärzteverein, der im Namen seiner Mitglieder Verträge mit den Kassen abschließt und die Honorare einzieht, verfolgt zwar wirtschaftliche Zwecke, hat aber keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Weder der Abschluß eines Vertrags, noch die Einziehung von Geldern in fremdem Namen stellt überhaupt ein Geschäft des Vereins dar. d) SchlHolstAnz. **13** 137 (LG. Kiel). Kassenärztliche Vereine haben keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. e) Dagegen: KGJ. **44** A 156, DJZ. **13** 644, R. **13** Nr. 1416, Rhein. ARV. **13** 43 (KG.). Ein Kassenarztverein, der an Stelle der Mitglieder mit den Krankenkassen Verträge abschließen und sich an ihrer Durchführung beteiligen, daneben die ärztlichen Standesinteressen wahren und fördern soll, ist ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Beim Zusammentreffen eines wirtschaftlichen und eines idealen Zweckes ist der Hauptzweck maßgebend. f) RheinARV. **13** 131 (LG. Bonn). Der Zweck eines lokalen Vereins

des Leipziger Ärzteverbandes ist auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. g) ZBlFG. **14** 311 (Dresden). Ein Berufsverein von Arbeitgebern, der durch Aufstellung von Lohntarifen eine Grundlage für den Abschluß von Verträgen schafft, an denen nicht er teilnimmt, sondern nur die Mitglieder, hat keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. h) Pr.OVG. **63** 293, R. **13** Nr. 73 (PrOVG.). Ein Verein, der nicht auf Gemeindewahlen, sondern auf Erfüllung der wirtschaftlichen Gemeindeaufgaben einzuwirken bezweckt, verfolgt nicht einen politischen Zweck. Die Förderung des Gemeinsinns unter den Bewohnern eines Ortes sowie die Pflege der Bildung und Erziehung des Bürgertums sind nicht ohne weiteres sozialpolitische Zwecke.

2. Zu Unrecht erfolgte Eintragung. a) **RG. 81** 206, JW. **13** 316, ZBlFG. **13** 669, R. **13** Nr. 690, NaumburgAK. **13** 31, DNotV. **13** 690. Ist ein Verein ins Vereinsregister eingetragen, so kann, solange diese Eintragung besteht, seine Rechtsfähigkeit nicht deshalb in Zweifel gezogen werden, weil die Voraussetzungen für die Eintragung nicht vorgelegen haben. Das erfordert die Sicherheit des Verkehrs. b) Vgl. Note 3 b.

3. Religionsgesellschaft. a) **RG.** RheinA. **110** 382. Die wiedererrichteten klösterlichen Ordensniederlassungen können juristische Persönlichkeit nur durch besonderes Gesetz erlangen; vor Erlaß eines solchen können sie als nicht rechtsfähige Vereine verklagt werden. b) DNotV. **13** 691, R. **13** Nr. 2122 (KG.). Eine Baptistengemeinde ist eine Religionsgesellschaft, auch wenn sie nach der Satzung neben dem religiösen noch andere Zwecke verfolgt. Ist ihre Eintragung erfolgt, so kann das AG. die Löschung von Amts wegen nach §§ 159, 142 FGG. herbeiführen, da der Verein durch die Eintragung Rechtsfähigkeit nicht erlangen konnte. c) HessRspr. **13** 237 (Darmstadt). Eine preußische Religionsgesellschaft kann die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in ein hessisches Vereinsregister nicht erlangen.

4. Vereine mit staatlich verliehener Rechtsfähigkeit. a) **RG. 81** 244, R. **13** Nr. 865, 866, 908. Durch Art. 82 EGBGB. sind nur die besonderen Vorschriften aufrechterhalten, die die früheren Gesetze für Vereine trafen, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruhten. Nicht etwa gelten für solche Vereine die früheren allgemein für Vereine gegebenen Rechtsnormen weiter, z. B. nicht die Befugnis des preußischen Rechtes zu sachlicher Nachprüfung eines Ausschließungsbeschlusses. b) Mothes aaO. Ein Verbot des Beitritts von Ausländern zu wirtschaftlichen Vereinen, deren Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht, schädigt diese Vereine und das Wirtschaftsleben.

§ 25. Heinsheimer aaO. 52. Vereinsstrafen. In Vereinssatzungen angedrohte Geldstrafen sind Vertragsstrafen. Deshalb ist die Androhung nichtig, wenn sie sich nicht an bestimmte Tatbestände knüpft. Vereinsstrafen gibt es im rechtlichen Sinne nicht. Androhung von Übeln, die nicht wie Ausschließung, Suspension, Geldstrafe, Abwandlungen des Rechtsverhältnisses selbst sind, haben keinen Rechtscharakter.

§ 26. a) **RG. 13** Nr. 1103. Steht die Vertretung nach außen dem Direktorium eines Vereins zu, so ist für einen Dritten die vom „Verwaltungsrate" dem Direktorium gegenüber erklärte Zustimmung rechtlich belanglos. b) SächsOLG. **34** 421, SeuffA. **68** 201 (Dresden). Der frühere Vorstand eines Vereins, der sich auf die ihm für den Verein zugestellte Klage im eigenen Namen einläßt, kann Kostenerstattung vom Kläger nicht beanspruchen.

§ 28. Literatur: Breme, Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters einer juristischen Person und § 181 BGB., R. **13** 514.

a) Breme aaO. Bei Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters einer juristischen Person ist § 181 BGB. stets anwendbar; jedoch ist in Fällen, wo anders die vom Gesetz oder Statut gewollte Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters nicht mög-

lich wäre, die im § 181 berücksichtigte Gestaltung des Kontrahierens mit sich selbst als vom Gesetz oder der Satzung stillschweigend normiert anzusehen. **b) RG. 81** 433. Wird ein mit einer juristischen Person geschlossener Vertrag wegen arglistiger Täuschung, begangen durch einen ihrer Vertreter, angefochten, so genügt es, wenn ein anderer, gutgläubiger Vertreter, den Vertrag geschlossen hat, während jener arglistige Vertreter von dem bevorstehenden Vertragsschluß und der Täuschung des Vertragsgegners Kenntnis hatte (s. unten II 1 zu § 123).

§ 29. BayObLG. **14** 153, SeuffA. **68** 463, SeuffBl. **13** 381, BayRpflZ. **13** 256, ZBlFG. **14** 219, R. **13** Nr. 1417. § 29 findet auch auf die G. m. b. H. Anwendung (vgl. JDR. **11** Noten).

§§ 30, 31. 1. Allgemeines. Begriff der Verrichtung. **RG.** JW. **13** 587, R. **13** Nr. 1242, 1243. Die Haftung aus §§ 30, 31, 89 erfordert stets einen zum Schadensersatze verpflichtenden Tatbestand. Er umfaßt nicht nur die rechtsgeschäftliche Vertretung, sondern auch Tätigkeiten ohne rechtsgeschäftlichen Inhalt.

2. Verfassungsmäßig berufener Vertreter. a) **RG.** DJZ. **13** 693. Der Verbandsrevisor ist kein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Revisionsverbandes (vgl. hierzu Havenstein, DJZ. aaO. und JDR. **11** Note 2 d, e). b) **RG.** JW. **13** 23, LeipzZ. **13** 63, ElsLothJZ. **13** 143 = JDR. **11** Note 4 c. Sieht das Statut einer Gesellschaft Zweigniederlassungen im allgemeinen und die Stellung von Filialleitern oder sonstigen Angestellten dafür nicht vor, so sind diese Personen nicht verfassungsmäßig berufen.

3. Haftung bei Kollektivvertretung. a) **RG.** LeipzZ. **13** 140. Die Haftung des Vereins wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß nur einem Gesamtvertreter eine unerlaubte Handlung zur Last fällt und daß die betreffende Verrichtung nicht diesem allein zugestanden hat. b) **RG.** LeipzZ. **13** 848. Verschulden einzelner Vorstandsmitglieder genügt. c) Die Entsch. JDR. **11** Note 3 a auch HoldheimsMSchr. **13** 17.

§ 32. a) **RG.** DJZ. **13** 529, WarnE. **13** Nr. 182, R. **13** Nr. 1089. Vereins- oder Vorstandsmitglieder, die sich am Gegenstande der Beschlußfassung persönlich beteiligt fühlen, sind deshalb von der Mitwirkung bei einem Beschlusse nicht ausgeschlossen. b) ZBlFG. **14** 307 (Dresden) behandelt die Erfordernisse der Wahl eines Vertreters einer sächsischen Altgemeinde.

§ 33. RG. R. **13** Nr. 2958. Die Einführung der Versicherung gegen Stellenlosigkeit bildet bei einem Berufsverein eine Satzungsänderung, wenn als Vereinszweck zwar die Förderung der wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder bezeichnet ist, jedoch unter Ausschluß derjenigen rein persönlicher Art sowie jeder politischen Parteibestrebung.

§ 35. a) **RG. 80** 389, JW. **13** 104. Eine Satzungsänderung, die bestimmt, daß ein mit dem Verein in Wettbewerb tretendes Mitglied sich in den Gesellschafterversammlungen vertreten lassen muß, trifft alle Mitglieder gleichmäßig und verletzt kein Sonderrecht einzelner Mitglieder. b) SächsOLG. **34** 79 (Dresden). Eine Satzungsbestimmung dahin, daß ohne Genehmigung der Gesellschafter eine bestimmte Handlung nicht vorgenommen werden kann, gibt dem einzelnen Gesellschafter kein Sonderrecht auf Widerspruch. c) *Dalberg, Zur Sanierung von Aktiengesellschaften, JW. **13** 519. Für die Beurteilung der Frage, ob bei der Sanierung einer Aktiengesellschaft eine Verletzung der Gleichberechtigung der Aktionäre oder von deren Sonderrechten vorliegt (§§ 35 BGB., 185 HGB.), und zwar dadurch, daß diejenigen alten Aktien, auf welche die Zuzahlung nicht geleistet wird, in stärkerem Verhältnisse zusammengelegt werden, als diejenigen, auf welche zugezahlt wird oder daß an die Zuzahlung unverhältnismäßige Vorteile geknüpft werden, ist nicht der Nennwert der alten Aktien, sondern deren wahrer Wert (evtl. Kurswert) maß-

geblich. **d)** Derselbe, LeipzZ. **13** 888. Ist im Gesellschaftsvertrag einer Aktiengesellschaft nicht bestimmt, daß eine Aktienausgabe für einen höheren Betrag als den Nennwert statthaft ist (§ 184 Abs. 2 HGB.), so kann bei einer gut rentierenden Gesellschaft die Ausgabe neuer Aktien nur an die Aktionäre selbst erfolgen. Ein Ausschluß des Bezugsrechtes der Aktionäre durch Ausgabe der Aktien an Fremde zu dem (niedrigen) Parikurs würde gegen Sonderrechte der Aktionäre verstoßen (§ 35 BGB.), denen dadurch ein Teil ihres gesellschaftlichen Vermögens entzogen würde.

§ 39. Literatur: Heinsheimer, vgl. vor § 21.

Austritt und Ausschließung von Mitgliedern. **a)** **RG. 80** 190, DNotV. 13 691 = JDR. **11** Note d). Eine Satzungsbestimmung, durch die die Befugnis der Gerichte ausgeschlossen werden soll, nachzuprüfen, ob eine beschlossene Ausschließung in den äußeren Bedingungen ihres Zustandekommens den Anforderungen der Satzung entspricht, ist wirkungslos. Bestimmt die Satzung, daß ein als „Schiedsgericht" bezeichnetes Vereinsorgan die Ausschließung bei der Mitgliederversammlung zu beantragen hat, so ist ein solcher Antrag kein Rechtsspruch in streitiger Sache, sondern eine Verwaltungsmaßregel in einer inneren Vereinsangelegenheit. Beschließt die Versammlung, dem Antrage zu entsprechen, so handelt es sich um die Frage der Ausübung eines satzungsmäßigen Rechtes gegenüber dem Mitgliede. Die Bestimmung, daß dieser Beschluß gerichtlich nicht angefochten werden kann, ist im Zweifel nur die Verneinung des ohnehin nicht bestehenden sachlichen Nachprüfungsrechts des Gerichts. Es besteht ein rechtliches Interesse des Mitglieds, daß alsbald festgestellt werde, daß es nicht schon durch den gegen es ergangenen Ausschließungsbeschluß, sondern durch seinen nachfolgenden freiwilligen Austritt aus dem Vereine ausgeschieden ist. **b)** **RG.** DJZ. **13** 529, WarnE. **13** Nr. 182, R. **13** Nr. 1087, 1088, 1090. Eine Ausschließung wegen ehrenrührigen Verhaltens ist ohne ausgiebigste Anhörung des Mitglieds und Erörterung der Sache nicht zulässig. Ist gegen den Beschluß des Vorstandes Berufung an die Mitgliederversammlung unbeschränkt zulässig, so ist eine Nichtanhörung durch den Vorstand unerheblich, wenn die Anhörung in der Mitgliederversammlung ausreichend erfolgt ist. Die Grundsätze des Zivil- und Strafverfahrens sind auf das Ausschließungsverfahren des Vereins nicht anwendbar. Es handelt sich um keinen Rechtsspruch in streitiger Sache und um kein Strafverfahren, sondern um einen Verwaltungsakt des Vereins. **c)** **RG.** WarnE. **13** Nr. 392, R. **13** Nr. 2825—2828, 2925. Die Gerichte haben die Ordnungsmäßigkeit des Ausschließungsverfahrens nachzuprüfen. Ist durch die Satzung ein anderes Organ („Ehrengericht") mit der Entscheidung über den Ausschluß von Mitgliedern befaßt, so ist die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung ausgeschlossen. Kann den Umständen nach das „Ehrengericht" nicht satzungsgemäß gebildet werden, so ist Satzungsänderung für den Ausschluß erforderlich. Schreibt die Satzung einen Sühneversuch vor Berufung des Ehrengerichts vor, so genügt die vom Ehrengerichte selbst versuchte Sühne nicht. **d)** **RG.** R. **13** Nr. 1960—1963. Mangels besonderer Satzungsvorschrift braucht die Tagesordnung nicht ausdrücklich den Namen des auszuschließenden Mitglieds zu enthalten. Eine Tagesordnung mit dem Gegenstande „zeitweiliger Ausschluß" genügt zur Ausstoßung eines Mitglieds, wenn auf die Satzungsbestimmung über Ausschluß Bezug genommen ist. Steht der Mitgliederversammlung das Recht auf Ausschluß eines Mitglieds in vollem Umfange zu, so kann der Ausschluß auch auflösend bedingt beschlossen werden; dies enthält kein bloßes Ruhen der Mitgliederrechte. Ob ein Grund besteht, von einem satzungsmäßig erfolgten Ausschlusse wieder abzugehen, untersteht nicht der gerichtlichen Entscheidung. **e)** Heinsheimer aaO. 23. Die Ausschließung ist ein Rechtsgeschäft, ein sog. Gestaltungsrecht. Ein Mitglied kann ausgeschlossen werden, wenn in seiner Person ein wichtiger oder ein in der Satzung angegebener Grund

vorliegt oder wenn in der Satzung ausgesprochen oder nach ihrem Gesamtinhalt oder nach der Art des Vereins anzunehmen ist, daß die Wirksamkeit der Ausschließung vom Vorliegen bestimmter Gründe nicht abhängig sein soll. Ist die Mitgliederversammlung zuständig, so müssen die gesetzlichen und statutarischen Voraussetzungen eines Versammlungsbeschlusses erfüllt sein. Das Erfordernis ist nach Treu und Glauben zu beurteilen. Das Erfordernis der Anhörung ist ein materiell-rechtliches, beim Fehlen einer Satzungsbestimmung aus der Verkehrssitte abzuleitendes, aber kein absolutes. Ist für die Ausschließung ein besonderes Organ (Ehrenrat) geschaffen, so fungiert dieses nicht als Schiedsgericht, sondern gibt seine Erklärung im Namen des Vereins ab. (64) Eine Ausschließung nach Austritt des Mitglieds ist begrifflich unmöglich. Ein rechtliches Interesse daran, daß die Unwirksamkeit einer solchen Ausschließung gerichtlich festgestellt werde, besteht nur, wenn der Verein die Rechtswirksamkeit des Austritts ernstlich bestreitet und von der Frage des Zeitpunkts des Ausscheidens jetzt noch Rechtsfolgen abhängen. Das gleiche gilt für die Fortsetzung des Rechtsstreits über eine Ausschließung trotz nachherigem Austritte. Die Wirkungen auf die Ehre des Betroffenen sind keine Rechtsfolgen. f) Über „Vereinsstrafen" vgl. oben zu § 25.

§ 45. KGJ. **43** Nr. 184 (KG.). Derjenige, dem das Vermögen einer Körperschaft (des öffentlichen Rechtes) bei deren Auflösung zufallen soll, kann unter staatlicher Genehmigung auch durch einen die frühere Verfassung abändernden oder ergänzenden Körperschaftsbeschluß bestimmt werden, selbst wenn dieser Beschluß erst zugleich mit dem Auflösungsbeschlusse gefaßt wird. Die Bestimmung des Anfallberechtigten durch Satzung oder nachträglichen Beschluß bewirkt keine Gesamtrechtsnachfolge. Das Vermögen einer preußischen Schulgemeinde geht, auch wenn diese bei Inkrafttreten des PrSchulunterhaltungsG. vom 28. Juli 1906 infolge staatlich genehmigter Auflösung nur noch im Auseinandersetzungsstadium fortbesteht, auf den Eigen- oder Gesamtschulverband im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über.

§ 54. Literatur: Raddatz, Zur Auslegung des § 80 ZPO., DJZ. **13** 689. — Derselbe, Braucht der Vorstand im Aktivprozeß eines nicht rechtsfähigen Vereins Vollmacht? GruchotsBeitr. **58** 77. — Schmitt, Die Käsküchengemeinschaften im Allgäu, BayNotZ. **14** 19. — Derselbe, Besondere Gemeinschaftsverhältnisse, BayNotZ. **14** 148. — Silberschmidt, Die örtlichen Verwaltungsstellen der Arbeiterverbände, BayRpflZ. **13** 77.

1. Allgemeines. Wesen des nicht rechtsfähigen Vereins. a) Heinsheimer aaO. 76. Nicht jede korporative Vereinigung ist ein Verein. Die Bindung muß als rechtlich wirksam gewollt, die Gründung ein Rechtsgeschäft sein. Studentische Korporationen sind nur organisierte Freundschaftsbünde. Die Klagemöglichkeit aus § 50 Abs. 2 ZPO. ist aber gegen jedes Gebilde anzuerkennen, das sich tatsächlich als Verein darstellt, mag auch der rechtliche Bindungswillen im Innenverhältnisse fehlen. Für Klagen der Mitglieder gegen den Verein gilt dies nicht, sogar bei wirklichen nicht rechtsfähigen Vereinen ist trotz der allgemeinen Fassung im § 50 Abs. 2 ZPO. die Zulässigkeit solcher Klagen zweifelhaft. b) * Raddatz, GruchotsBeitr. **58** 77. Der Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins braucht im Aktivprozesse desselben keine Vollmacht. Der Vorstand ist als leitendes und ausführendes Organ ein notwendiges Erfordernis des nicht rechtsfähigen Vereins und nimmt als ausführendes Organ hinsichtlich des Verkehrs mit Dritten nach §§ 54,714 BGB. die Rechtsstellung ein, die dem geschäftsführenden Gesellschafter zukommt. Auf Grund seiner Geschäftsführungsbefugnis ist der Vorstand, wenn die Satzung nicht ein anderes bestimmt, ermächtigt, die sämtlichen Vereinsmitglieder Dritten gegenüber zu vertreten. Diese Befugnis erstreckt sich auch auf Prozesse. Der Vorstand ist kein Bevollmächtigter, geschweige denn Prozeßbevollmächtigter des Vereins oder seiner Mitglieder (vgl.

JDR. **11** Ziff. 8, b). c) **RG.** JW. **13** 974, R. **13** Nr. 2408. Das Merkmal der „dauernden" Verbindung kann schon in einer auf 10 Jahre geschlossenen Vereinigung gefunden werden. Ob eine Gesellschaft oder ein nicht rechtsfähiger Verein vorliegt, bestimmt sich nach dem objektiven Inhalte der Satzung, nicht nach der Absicht der Beteiligten.

2. Beitritt zu anderen Vereinen, Haupt- und Zweigvereine. a) **RG.** BayRpflZ. **13** 45. Ein Gewerkschaftskartell und seine Zahlstellen („Mitgliedschaften"), die beide eigene Organisation und eignes Vermögen besitzen und nach außen selbständig auftreten, sind als besondere Vereine anzusehen. **b)** *Silberschmidt aaO. Die örtlichen Verwaltungsstellen der Arbeiterverbände sollen nach Schall (JheringsJ. **52** 1 ff.) niemals selbständige Vertragsparteien sein. Nur der Zentralverband sei ein nicht rechtsfähiger Verein, die örtlichen Verwaltungsstellen seien nur dessen Organe. Tatsächlich muß nach den Satzungen der einzelnen freien Gewerkschaften unterschieden werden und zwar danach, ob die eigenen Verwaltungsstellen eigene Generalversammlungen mit freier Befugnis der Vorstandswahl und der Geldbeschaffung sowie eigene Kassen besitzen. Nach diesen Unterscheidungsmerkmalen ergibt sich, daß z. B. die örtlichen Verwaltungsstellen des deutschen Holzarbeiterverbandes, des Verbandes der Bäcker und Berufsgenossen Deutschlands, möglicherweise auch die örtlichen Stellen der Gewerkschaft der Schneider nicht rechtsfähige Vereine darstellen, während die örtlichen Verwaltungsstellen des deutschen Metallarbeiterverbandes und des Verbandes der Hafenarbeiter und verwandter Berufsgenossen Deutschlands nur Organe des Hauptverbandes bilden. **c)** SchlHolstAnz. **13** 72 (LG. Kiel). Ein nicht rechtsfähiger Verein kann nicht Mitglied eines Vereins sein.

3. Anwendung des Vereins- und Gesellschaftsrechts. a) **RG.** R. **13** Nr. 313. Ein Verein, der vor dem Inkrafttreten des BGB. eine ereaubte Privatgesellschaft im Sinne des PrALR. war, ist auch jetzt noch nach den Vorlchriften des PrALR. zu beurteilen. Hiernach ist formelle und sachliche Nachprüfung sines Ausschließungsbeschlusses zulässig. **b)** DJZ. **13** 171 (PrOVG.). Die Bestimmungen über die Gesellschaft können nur „entsprechende" Anwendung finden, denn zum Teil stehen sie mit dem Wesen des Vereins nicht im Einklange.

4. Wer ist nicht rechtsfähiger Verein? a) **RG.** WarnE. **13** Nr. 449, BayRpflZ. **13** 442. Studentische Korporationen sind nicht rechtsfähige Vereine. **b)** Gegenteiliger Meinung Heinsheimer, vgl. Note 1a. **c)** ElsLothZ. **13** 29 (Colmar). Ein freiwilliges Feuerwehrkorps in Elsaß-Lothringen ist ein selbständiger Verein, keine Veranstaltung der Gemeinde. **d)** SächsRpflA. **13** 526 (Dresden). Eine freiwillige Feuerwehr ist ein nicht rechtsfähiger Verein. **e)** Schmitt aaO. Die Käsküchengemeinschaften im Allgäu können als nicht rechtsfähige Vereine angesehen werden. **f)** Vgl. Note 2 f zum 2. Titel, Note 3 a zu §§ 21, 22.

5. Haftung der Mitglieder. a) **RG.** JW. **13** 737, SeuffA. **68** 385. Was ein Organ des Vereins, ein befugter und gültiger Vertreter der Mitglieder tut, wirkt als ob es von allen Vereinsmitgliedern, also vom Verein vorgenommen wäre. (Haftung eines Kriegervereins für Beschädigungen bei einer Veranstaltung seines Vergnügungsausschusses). **b)** **RG.** WarnE. **13** Nr. 449, R. **13** Nr. 2961. Der nicht rechtsfähige Verein haftet für das Verschulden seiner Vertreter nicht nach §§ 30, 31, ihre Vertreter können aber nach außen als zu Verrichtungen bestellte Personen erscheinen, für die sie nach § 831 einzustehen haben. **c)** RheinARV. **13** 80 (LG. Cöln). § 31 findet auf nicht rechtsfähige Vereine keine Anwendung. — **d)** Entgegengesetzt: BayRpflZ. **13** 466 (Zweibrücken). § 31 ist auf nicht rechtsfähige Vereine entsprechend anwendbar. Ein Grund zur verschiedenen Behandlung des rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Vereins ist nicht gegeben. Das Gesellschaftsrecht enthält keine Regelung dieses Punktes. **e)** SächsRpflA. **13** 526 (Dresden). Durch

§ 54 Abs. 2 wird die Haftung der Mitglieder nicht ausgeschlossen. Es kommt jeweils auf die Auslegung des vom Vertreter mit dem Dritten geschlossenen Vertrags an. **f)** SeuffA. **68** 345 (Dresden). Schon die besondere Natur des Vereins und der von ihm verfolgten Zwecke kann dazu führen, die gesamtschuldnerische Haftung für stillschweigend ausgeschlossen und die Haftung der Mitglieder als auf das Vereinsvermögen beschränkt zu erachten. Die Haftung kann auch dahin beschränkt werden, daß jedes Mitglied nur nach einem Kopfteil haftet.

6. Haftung des Handelnden. **RG.** 82 294, R. **13** Nr. 1843—1845. Ein Handeln namens des Vereins ist auch anzunehmen, soweit der Handelnde satzungsgemäß hierzu nicht befugt war, ebenso wenn er die Erklärung namens eines Vereinsorgans (des Vorstandes oder des Aufsichtsrats), abgegeben hat. Die Haftung aus § 54 Abs. 2 kann zwar vertragsmäßig ausgeschlossen werden, doch muß bei der Annahme stillschweigenden Ausschlusses vorsichtig verfahren werden. Vor allem genügt nicht, wenn der Dritte weiß, daß der Handelnde eine persönliche Verpflichtung nicht übernehmen will.

7. Ausschluß und Austritt von Mitgliedern. **a) RG.** R. **13** Nr. 1867, 1868. § 738 BGB. ist dispositiv. Die Satzung kann bestimmen, daß die Ausschließung eines Mitglieds durch den Vorstand erfolgen kann. Ist dem Vorstande die Ausschließungsbefugnis erteilt, so kann er sie nicht einem anderen Vereinsorgane oder einzelnen Vorstandsmitgliedern übertragen. Hat der Vorstand ein Mitglied ausgeschlossen, falls es nicht eine beleidigende Äußerung widerruft, so hat er auch darüber zu beschließen, ob jene Voraussetzung eingetreten ist. **b) RG.** R. **13** Nr. 313. Bei den dem PrALR. unterstehenden Vereinen ist formelle und sachliche Nachprüfung des Ausschließungsbeschlusses zulässig. **c) RG.** LeipZ. **13** 769. Wichtiger Grund zur Kündigung der Mitgliedschaft in einem auf wirtschaftliche Zwecke gerichteten Verein ist es, wenn die Majorität der Mitglieder einen Beschluß faßt, der geeignet ist, den Kündigenden im Falle seines Verbleibens wirtschaftlich zu ruinieren.

8. Prozessuales. a) Raddatz aaO. Die Entsch. IDR. **11** Note 8 b (vgl. unten zu b), wonach der Vorstand auf Erfordern beglaubigte Prozeßvollmacht aller Vereinsmitglieder beizubringen hat, würde zur völligen Rechtlosigkeit des nicht rechtsfähigen Vereins führen, wenn er eine größere Anzahl von Mitgliedern hat. Sie ist aber falsch. Der Vorstand eines solchen Vereins hat die Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters nach § 714 BGB. und ist als solcher mangels anderweitiger Satzungsbestimmung zur Vertretung sämtlicher Vereinsmitglieder Dritten gegenüber befugt, namentlich auch in Prozessen. Zu seiner Legitimation bedarf er daher nur des Nachweises der satzungsmäßigen Berufung. Die Befugnis beruht nicht auf Vollmachterteilung. Event. aber ist die Vollmachterteilung in einem Beschlusse der Mitgliederversammlung zu erblicken, der die Minderheit bindet. **b) RG.** JW. **13** 43, LeipZ. **13** 148, WarnE **13** Nr. 118, R. **13** Nr. 75 (= IDR. **11** Note 8 b). Ist zunächst im Namen des nicht rechtsfähigen Vereins geklagt, und wird dies nachher dahin erläutert, daß sämtliche einzeln aufgeführte Mitglieder, Kläger sein sollen, so ist das eine zulässige Richtigstellung. **c)** R. **13** Nr. 2688 (Hamburg). In der Regel können nur sämtliche Mitglieder klagen; es ist aber nicht ausgeschlossen, aus der Satzung das Klagerecht einzelner oder der Mehrheit der Mitglieder zu schließen. **d)** PrOVG. **62** 282 (PrOVG.). Soweit ein nicht rechtsfähiger Verein zur Lustbarkeitssteuer herangezogen ist, kann dessen Vorstand die Fähigkeit als Partei aufzutreten im Verwaltungsstreitverfahren nicht versagt werden.

2. Eingetragene Vereine.

§ 57. Literatur: Marcus, Sitz, Betriebs-Verwaltungs-Geschäftsstelle und Zweigniederlassung handelsrechtlicher Korporationen, KGBl. **13** 79.

a) Marcus aaO. Ein Sitz ist für eine juristische Person wesensnotwendig. Körperschaftliche Zweigniederlassungen sind mangels anderweitiger Statuten-

bestimmung zulässig, ihre Existenz kann aber nur in der Gesellschafterversammlung beschlossen werden. Der Betriebs- und Verwaltungsort hat mit dem Sitz rechtsnotwendig nichts zu tun. b) OLG. **27** 307 (Dresden). Auch andere juristische Personen können ihren Sitz anderswo haben als wo die Verwaltung geführt wird.

§ 60. a) KGJ. **44 A** 163, R. **13** Nr. 2783 (KG.). Wird gegen einen die Anmeldung eines Vereins zurückweisenden Beschluß die sofortige Beschwerde nach der ZPO. eingelegt, so richtet sich die Beschwerdebefugnis nach dem FGG. Den Behörden der allgemeinen Verwaltung steht gegen den Beschluß, durch den die Eintragung eines nach ihrer Ansicht einen wirtschaftlichen Zweck verfolgenden ärztlichen Vereins angeordnet ist, ein Beschwerderecht nicht zu, wenn nicht besondere gesetzliche Bestimmungen dies rechtfertigen. b) RJA. **12** 240, DNotV. **13** 691 (KG.). Die Verwaltungsbehörde kann die Beschwerde gegen die Eintragung eines Vereins nicht darauf stützen, daß der Zweck des Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei.

II. Stiftungen.

Literatur: Langheinrich, Das Ortskirchenvermögen und seine Verwaltung, BayRpflZ. **13** 82, 101, 142—185. — Thiesing, Zur Aufhebung und Änderung der Verfassung einer Stiftung, DJZ. **13** 318. — Zeiler, Stiftungszweck und Zeitablauf, WürttZ. **13** 207 (vgl. JDR. **10**).

§ 80. 1. Allgemeines. WürttJ. **25** 235 (WürttVerwGH.). Die Vereinigung der Verwaltung des allgemeinen Stiftungsvermögens mit demjenigen des Gemeindevermögens ist gesetzlich unzulässig.

2. Familienstiftung. a) **RG.** R. **13** Nr. 1824, 1825. Der rechtliche Charakter einer Familienstiftung wird nicht dadurch berührt, daß auch einzelne nicht zur Familie gehörige Personen im Wege des Vermächtnisses, mit dem die Stiftung belastet ist, Zuwendungen erhalten sollen. Die Befreiungsvorschrift des § 11 RErbschStG. ist nicht deshalb unanwendbar, weil ein etwaiger Überschuß über die Verwandtenversorgung einer anderen Stiftung zufließen soll. Das ist nur ein unerheblicher Nebenzweck. b) **RG.** SchlHolstAnz. **13** 17. Nach gemeinem Rechte ist es zulässig, in der Stiftungsurkunde über eine Familienstiftung die Administratoren zu Schiedsrichtern über alle Streitigkeiten über die Person der Nutzungsberechtigten zu bestellen. c) **RG.** **82** 197. Zum Begriffe der Familienstiftung im Sinne von § 11 Nr. 5 RErbschStG. d) **RG.** DJZ. **13** 1498 über Änderung der Satzung einer Familienstiftung durch bloßen Beschluß des Familienrats nach preußischem Rechte.

3. Milde Stiftungen. a) PrVerwBl. **34** 787 (PrOVG.). Der Hauptzweck einer milden Stiftung im Sinne des RKommAbgG. muß auf Unterstützung hilfsbedürftiger Personen durch unentgeltliche Zuwendungen an diese gerichtet sein; die Hilfsbedürftigkeit kann auch auf anderen Gebieten als denen der materiellen Not hervortreten. b) Desgl. PrVerwBl. **34** 844 (PrOVG.). c) Die Entsch. JDR. **11** Note 3 a auch **RG.** **80** 145, JMBl. **13** 153, DNotV. **13** 438. d) R. **13** Nr. 2462 (Düsseldorf). Die Einkünfte aus einer Familienstiftung sind nur dann fortlaufende, wenn in jedem Jahre von neuem die Bedürftigkeit des Betreffenden geprüft wird. e) FrankfRundsch. **47** 71 (Frankfurt). Familienstiftung, nicht Familienfideikommiß liegt vor, wenn die fideikommissarische Erbeseinsetzung fehlt, der Genuß eines unteilbaren Vermögens den Familienmitgliedern zugute kommen soll und das Vermögen unter besondere Verwaltung gestellt ist. f) HansGZ. **13** Beibl. 249 (Hamburg) behandelt den Unterschied zwischen Stiftung und Familienfideikommiß nach hamburgischem Rechte. g) WürttZ. **13** 361 (Stuttgart) behandelt die behördliche Beaufsichtigung von Familienstiftungen in Württemberg.

4. Kirchliche Stiftungen. a) R. **13** Nr. 171 (KG.). Eine durch Privatrechtsgeschäft gegründete, rechtsfähige Stiftung, die einem Bistume derart einverleibt ist, daß sie als dessen Glied und Einrichtung erscheint, ist eine Stiftung des öffent-

lichen Rechtes. Ihr Vorstand ist eine öffentliche Behörde, eine vom Vorstand innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in satzungsmäßiger Form aufgenommene Urkunde eine öffentliche Urkunde. b) BraunschwZ. 13 7 (BraunschwVerwGH.). Die Pfarren sind selbständige, mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Stiftungen.

§ 81. a) **RG.** HansGZ. 13 Beibl. 21. Zur Gültigkeit einer von Todes wegen errichteten Stiftungsurkunde ist Testamentsform erforderlich. § 81 Abs. 1 gilt nur für das Stiftungsgeschäft unter Lebenden. Bei einer Auslegung dahin, daß der Stifter sich schon unter Lebenden zur Übertragung des künftigen Vermögens an die Stiftung verpflichten wollte, wäre das Geschäft nach § 310 BGB. nichtig, bei einer Auslegung dahin, daß er die Verpflichtung zu einer entsprechenden künftigen Verfügung von Todes wegen hätte übernehmen wollen, nach § 2302 BGB. Staatliche Genehmigung kann solche Mängel nicht heilen. In der Geltendmachung der Nichtigkeit hindert den Stifter nicht § 81 Abs. 2. b) FrankfRundsch. 47 71 (Frankfurt). Nach gemeinem und Frankfurter Rechte ist für Stiftungen zur Erlangung der Rechtsfähigkeit ein besonderer Akt der Staatsgewalt nicht erforderlich.

§ 85. a) Thiesing aaO. Aus § 85 ergibt sich, daß die Landesgesetzgebung Bestimmung über Veränderung und Beendigung der Stiftung treffen kann. § 87 steht nicht entgegen. Er dient nicht zum Schutze der Stiftung gegen weitergehende landesgesetzliche Bestimmungen, sondern zum Schutze der Allgemeinheit gegen gemeinschädlich oder in ihrer Zweckbestimmung unerfüllbar gewordene Stiftungen. Durch das Stiftungsgeschäft kann § 87 nicht ausgeschlossen werden. Zulässig ist aber eine Bestimmung, die der Stiftung von vornherein eine zeitliche Grenze setzt oder sie auflösend bedingt. b) OLG. 26 115 (Rostock). § 1816 BGB. findet auf den Verwalter einer Stiftung keine Anwendung.

§ 86. a) **RG.** R. 13 Nr. 609. Eine Stiftungsbestimmung, durch die Angehörige einer bestimmten Gemeinde bedacht sind, kann ohne Rechtsirrtum dahin ausgelegt werden, daß später eingemeindete Gebiete nicht dazu gehören. b) R. 13 Nr. 531 (BayVGH.). Wenn in einer Stiftungsurkunde für die Berechtigung zum Stiftungsgenuß die Zugehörigkeit zu einer namentlich aufgeführten „Gemeinde" ohne weiteren Beisatz gefordert wird, so ist hierunter die politische Gemeinde zu verstehen.

§ 87. Vgl. § 85 Note a.

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

Literatur: Grünebaum, Haftung öffentlicher Vereine für ihre gesetzlichen Vertreter, R. 13 355. — Kraft, Die Haftpflicht aus der Anlage und dem Betriebe kommunalgewerblicher Anlagen, PrVerw. 34 497. — Martin, Wie haftet in Hamburg der Staat für rechtswidriges Verhalten seiner Vertreter und Gehilfen? HansGZ. 13 Bes. Beil. — Matthies, Die Rechtsstellung der Hamburger Kaiverwaltung, HansGZ. 13 225.

§ 89. 1. Allgemeines. Wer ist juristische Person des öffentlichen Rechtes? a) **RG.** GruchotsBeitr. 57 679 (= R. 12 Nr. 3444, nicht 3344, vgl. IDR. 11 Note 2 d). Hat der schuldige Beamte innerhalb des Bereichs seiner Vertretungsmacht gehandelt, so kann der Staat nicht einwenden, daß der Betreffende verfassungsmäßig berufener Vertreter eines anderen Verwaltungszweigs gewesen sei (Preuß. Kreisbauinspektor bei Abnahme eines dem Bereiche der Zollverwaltung angehörenden Gebäudes). b) Vgl. § 80 Note 4 a.

2. Verfassungsmäßig berufener Vertreter. a) Vgl. §§ 30, 31 Note 1, 2. b) **RG.** 81 317. An der Auffassung der Entsch. IDR. 9 Note 2 b, c; 10 Note 2 a wird festgehalten. c) *Grünebaum aaO. führt gegenüber den zu b erwähnten Entscheidungen im Sinne der früheren Rechtsprechung des RG. (vgl. IDR. 8 Note 5 e) aus, daß bei der Gleichheit der Aufgaben die Beamten, die gewohnheitsmäßig in deren größeren Betrieben zu Vertretern öffentlicher Verbände geworden sind, auch als verfassungsmäßig berufene Vertreter angesehen

werden müssen, ohne Unterschied, ob sie z. B. in einer Stadt Mitglieder des Verwaltungskörpers sind, ob sie durch Orts-Kreisstatut oder durch besonderen Beschluß des Vertretungskörpers berufen sind (Stadt-, Kreisbaumeister, Gas-, Schlachthofdirektor usw.). **d)** **RG.** GruchotsBeitr. **57** 971, R. **13** Nr. 1842. Der Kommandeur eines selbständigen Bataillons ist verfassungsmäßig berufener Vertreter des Militärfiskus, nicht aber der Vorsitzende der ihm beigeordneten, unter seiner Kontrolle und Verantwortlichkeit stehenden „Übungsverwaltung". **e)** **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1142. Der Regimentskommandeur ist in bezug auf das Krümperfuhrwesen der verfassungsmäßig berufene Vertreter der Heeresverwaltung. **f)** **RG.** WarnE. **13** Nr. 321, R. **13** Nr. 640. Desgl. **g)** **RG.** SchlHolstAnz. **13** 116. Bestätigung der Entsch. JDR. **11** Note 2 k. **h)** SchlHolstAnz. **13** 248 (Kiel). Der Landesbauinspektor ist verfassungsmäßig berufener Vertreter des Provinzialverbandes. **i)** SchlHolstAnz. **13** 22 (Kiel). Ein städtischer Schutzmann ist kein Vertreter der Stadt. **k)** ElsLothJZ. **13** 29 (Colmar). Ein Feuerwehroffizier ist kein Vertreter der Gemeinde.

3. Einzelne Fälle der Haftung. **a)** **RG.** JW. **13** 587, R. **13** Nr. 1242, 1243. Unterschlägt der Bürgermeister von ihm als Vertreter der Stadtgemeinde in Empfang genommene Gelder, so handelt er hierbei nicht als Vertreter. Er schädigt die Stadt, nicht den Dritten. Dagegen handelt er als Vertreter, wenn er durch falsche Vorspiegelungen den Dritten zur Übersendung von Geld an die Stadt veranlaßt. Ob er zu der Handlung überhaupt oder allein ermächtigt war, ist gleichgültig. **b)** **RG.** LeipzZ. **13** 67, R. **13** Nr. 150, EisenbE. **29** 334. Eine Kontrolle der ordnungsmäßigen, rechtzeitigen Beleuchtung der Bahnhofszufahrten ist im allgemeinen nicht von den Mitgliedern der Eisenbahndirektion und dem Vorstande der Betriebsinspektion zu fordern, jedoch hat die Eisenbahnverwaltung Vorsorge zu treffen, daß diese Kontrolle bei einem nur mit zwei untergeordneten Beamten besetzten Bahnhofe durch irgendwelche höhere Beamte in geeigneter Weise erfolgt. **c)** **RG.** JW. **13** 203. Der Postfiskus haftet nicht ohne weiteres für einen Unfall, der durch ein durch den Fahrplan hervorgerufenes Verhalten des Postillions entstanden ist. **d)** **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 11. Bestätigung des Urteils JDR. **11** Note 4 q. **e)** **RG.** HessRspr. **14** 18. Die Gemeinde haftet für genügende Beleuchtung des Zuganges zu einer öffentlichen Brücke. **f)** **RG.** SchlHolstAnz. **13** 230. Der Fiskus haftet, wenn die von ihm betriebene Anstalt zur Unterbringung Geisteskanker nicht genügende Schutzmaßregeln gegen Selbstmordversuche der Geisteskranken getroffen hat. **g)** SchlHolstAnz. **13** 241 (Kiel). Desgl. **h)** SchlHolstAnz. **13** 248. Die Provinzialverwaltung haftet für genügende Beleuchtung eines durch Sandanhäufung auf einer Chaussee entstehenden Hindernisses für den Wagenverkehr. **i)** DJZ. **13** 872, SchlHolstAnz. **13** 52 (Kiel). Die Gemeinde haftet für die Sicherheit der Einrichtungen ihres Seebads. **k)** HansGZ. **13** Beibl. 166. Der (wegeunterhaltspflichtige hamburgische) Staat haftet, wenn ein Wagen gegen einen in den Luftraum über dem Fahrwege hineinragenden Baumast stößt und dadurch der Kutscher verletzt wird. **l)** SchlHolstAnz. **13** 246 (Kiel). Die Gemeinde haftet für Folgen der verabsäumten Streupflicht. **m)** BayRpflZ. **13** 46 (BayVerwGer.). Der Bürgermeister ist im allgemeinen nicht verpflichtet, bei Glatteis für die Bestreuung der öffentlichen Wege außerhalb der Ortschaft zu sorgen. **n)** ElsLothJZ. **13** 206 (Colmar). Eine Gemeinde haftet für Unfälle infolge mangelhafter Beleuchtung einer öffentlichen Straße, auch wenn sie vertraglich die Beleuchtung einer Elektrizitätsgesellschaft übertragen hat. **o)** BayRpflZ. **13** 403 (LG. Augsburg). Hat eine bayerische Distriktsgemeinde die Unterhaltung einer „Ortstraverse" der Ortsgemeinde als „Präzipualleistung" übertragen, so haftet die Ortsgemeinde für deren verkehrssicheren Zustand.

4. Die §§ 31, 89 und Art. 77 EGBGB. **a)** HansGZ. **13** Hptbl. 107 (Hamburg). Ein Schaden, den eine Polizeibarkasse bei einer Patrouillenfahrt verursacht,

ist in Ausübung der öffentlichen Gewalt angerichtet. Der Staat haftet dafür nach See- bzw. Binnenschiffahrts-Handelsrecht. **b)** HansGZ. **13** Beibl. 185 (Hamburg). Eine baupolizeiliche Auflage, die auf fahrlässig unrichtiger Anwendung der Bauordnung beruht, ist in Ausübung obrigkeitlicher Gewalt gemacht. Der lübeckische Staat haftet dafür nach Maßgabe der §§ 10—12 LübAGGVG. **c)** R. **13** Nr. 3096 (LG. Augsburg). Wenn auch die Wegeunterhaltungspflicht einer Gemeinde im öffentlichen Rechte wurzelt, so liegt darin doch nicht die Ausübung öffentlicher Gewalt. **d)** Mathies aaO. Die Hamburger Kaiverwaltung ist eine staatliche Behörde, tritt aber denen, die ihre Dienste in Anspruch nehmen, nicht als Repräsentantin staatlicher Hoheitsrechte, sondern als Inhaberin eines Gewerbebetriebs entgegen. **e)** v. Olshausen, DJZ. **13** 215. Von der Art der Auskunft hängt es ab, ob eine in Angelegenheiten der Reichsversicherung erteilte amtliche Auskunft in Ausübung der öffentlichen Gewalt oder privatrechtlicher Verrichtungen erteilt ist.

5. *Waldecker, Über den Begriff der Korporation des öffentlichen Rechtes nach preußischem Rechte. Das Charakteristikum der Korporation des öffentlichen Rechtes besteht nicht in ihrem besonderen Zwecke oder in der Ausstattung mit gewissen Privilegien oder in einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Erfüllung ihrer speziellen Zwecke, sondern entscheidend ist nur die Tatsache, daß sie vom Staat als solche anerkannt, daß sie selbst ein Stück öffentliches Recht ist. Dies kommt zum Ausdruck in der Gesamtauffassung, die erkennen lassen muß, ob der Staat das Gemeinleben der Korporation für wichtig genug erachtet, sie gleichartigen Normen zu unterwerfen, wie sie sein eigenes Gemeinleben beherrschen, wobei die Ausstattung mit Hoheitsrechten usw. ein wichtiger Anhaltspunkt ist. Eine dahingehende Untersuchung muß ausgehen vom jeweiligen Rechte des jeweiligen Staates; hieran hat sich auch nichts dadurch geändert, daß die Einzelstaaten einen Teil ihrer Zuständigkeit an das Reich abgetreten haben. Im einzelnen wird diese Untersuchung dann für Preußen durchgeführt. — 35: § 89 BGB. nimmt die öffentlich-rechtliche Korporation in jeder Hinsicht, also auch inhaltlich von den Vorschriften des BGB. aus, soweit dieses nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt ist. Deshalb ist auch heute noch zulässig, kraft Landesrechts einer Korporation des öffentlichen Rechtes nur beschränkte private Rechts- und Handlungsfähigkeit zuzubilligen.

Zweiter Abschnitt. Sachen.

Literatur: Schlechtriem, Urheberrecht und Eigentum am Bildwerke, Gruchots Beitr. **57** 822—826. — Wolff, Über die Frage nach der Zubehörigenschaft der Baumaterialien, BayRpflZ. **13** 177—182.

§ 90. Über *Weck, Luft und Luftraum als Sache s. unten zu § 905.

§ 91. Über die Auslegung eines Bierbezugsvertrags handelt **RG.** 28. 2. 13, SeuffBl. **13** 263 ff., JW. **13** 539. Es ist auf die Anschauungen des konsumierenden Publikums, selbst wenn sie auf Vorurteil beruhen, das entscheidende Gewicht zu legen. Bier ist, auch wenn es von einer gleich guten Beschaffenheit in derselben Brauerei hergestellt wird, ein anderes, wenn nur der Name der Brauerei mit der Person des Inhabers gewechselt hat. Vgl. auch WürttJ. **25** 266 ff. (Stuttgart).

§§ 93, 94. 1. Maschinen wesentliche Bestandteile (JDR. **11**). **a)** **RG.** 5. 12. 12, SeuffBl. **13** 183 ff. darüber, ob Maschinen, die in einem Elektrizitätswerk aufgestellt sind und dessen Betrieb bedienen, wesentliche Bestandteile des Grundstücks sind. **b)** **RG.** 15. 1. 13, WarnE. **6** 226. Gegenstände, die zu einer Turbinenanlage für eine Säge- und Mahlmühle geliefert und in die Fundamente einzementiert und einbetoniert sind, sind nicht wesentliche Bestandteile des Mühlengrundstücks. **c)** SeuffA. **68** 387, SächsRpflA. **13** 339 f. (Dresden). Ein Bierdruckapparat ist nicht wesentlicher Bestandteil eines Restaurationsgebäudes.

d) HessRspr. **14** 82 (LG. Gießen). Ein in einer Schreinerei aufgestellter Gasmotor ist nicht wesentlicher Bestandteil des Gebäudes.

2. **RG.** 8. 7. 13, JW. **13** 1046 erachtet das Leitungsnetz eines Eletrizitätswerkes, das sich auf eine Entfernung von mehreren hundert Kilometern von dem Gebäude, in dem die Kraft erzeugt wird, erstreckt, nicht für Bestandteile des Grundstücks, von dem der Strom verteilt wird. Wohl aber könnte es, wie die dazu gehörigen Transformatoren, als Bestandteile des Elektrizitätswerkes, der industriellen Anlage als wirtschaftlicher Einheit angesehen werden.

3. WürttJ. **25** 259 ff., R. **13** Nr. 1244 (Stuttgart). Ein Backofen ist wesentlicher Bestandteil schon nach § 93, ohne Rücksicht auf § 94, weil er durch einen Abbruch zerstört würde; unerheblich ist, daß er vielleicht wieder zusammengesetzt werden könnte.

4. KGBl. **13** 63 (KG.). Zum Dachstuhle bestimmtes Bauholz ist Bestandteil des Grundstücks geworden, wenn die einzelnen Balken schon miteinander verbunden und auf diejenigen Stellen gelegt worden sind, auf denen sie endgültig festgemacht werden sollten.

5. Türen und Fenster (JDR. **6** 4 a, **9** u. **10** Ziff. 1 zu § 94). KGBl. **13** 94 (KG.) nimmt an, daß verputzte in die Rahmen eingehängte Türen bereits dann zur Herstellung des Gebäudes eingefügt sind, wenn die Bänder und Scharniere fest angeschlagen, die Türen selbst aber noch nicht verstrichen und verglast sind. Die Türen brauchen noch nicht endgültig in den Zustand versetzt sein, der Hauptsache zu dienen.

6. BayObLG. R. **13** Nr. 1418. Es ist zulässig, ein Doppelhaus derart zu teilen, daß die im Hofraum angebrachte Stadeltreppe dem Verkäufer bleibt, während der Stadel selbst verkauft wird.

§ 95. 1. Verbindungen durch Mieter und Pächter (JDR. **10, 11** 2). **RG.** 30. 10. 12, SchlHolstAnz. **13** 36. Die Verbindung oder Einfügung, die ein Mieter oder Pächter etwa auf Grund einer ihm obliegenden Instandhaltungs- oder Instandsetzungspflicht zu dem Zwecke vornimmt, das Grundstück zu erhalten oder zu verbessern, ist keine solche zu einem nur vorübergehenden Zwecke, und es ist nicht als richtig anzuerkennen, wenn das Berufungsgericht ausführt: im Gegensatze zu dem einen dauernden Charakter und Zweck habenden dinglichen Rechte tue derjenige, der kraft eines persönlichen Rechtes verbindet, dies nur zu einem vorübergehenden Zwecke. Von entscheidender Bedeutung dafür, ob der Zweck der Verbindung ein nur vorübergehender, ist eben auch nicht die Natur oder die Dauer des den Verbindenden hinsichtlich des Grundstücks zustehenden Rechtes, sondern die Absicht, in der, oder der Zweck, zu dem er die Verbindung vornimmt.

2. *Delbrück, Überbau, ABürgR. **39** 406. Daß ein nach § 912 zu duldender Überbau im Eigentume des Überbauenden steht, ist nicht aus § 95 zu folgern — der auf diesen Fall gar nicht paßt —, sondern aus dem grundlegenden Gedanken, daß dieser übergebaute Gebäudeteil zunächst und vor allem wesentlicher Bestandteil des ganzen Gebäudes ist und daher nicht wesentlicher Bestandteil des überbauten Grundstücks werden kann. Der Standpunkt des RG. in dieser Frage ist verfehlt (438). Dieser Satz gilt nicht nur für den nach § 912 zu duldenden Überbau, sondern ganz allgemein für jeden Gebäudeteil, der über die Grundstücksgrenze gebaut ist.

§ 96. **RG.** 5. 7. 13, **83** 54 ff. Zündwarensteuerkontingente sind nicht Bestandteil des Grundstücks, auf dem die Zündholzfabrik betrieben wird; sie sind nicht mit dem Eigentum an den Fabrikgrundstücken verbunden. Die Fabrikationsunternehmungen, die als die Träger der zugeteilten Kontingente zu erachten sind, bestehen für sich und unabhängig von dem Eigentum an den Fabrikgrundstücken.

§ 97. 1. Maschinen (vgl. zunächst oben Ziff. 1 zu §§ 93, 94). SächsRpflA. **13** 101 ff. (Dresden) handelt über die Voraussetzungen, unter denen Webstühle und Textilmaschinen im Verkehr als Zubehör angesehen werden.

2. Baumaterialien (JDR. **10** 4). a) *Th. Wolff, BayRpflZ. **13** 177 ff. Die auf einem Grundstücke liegenden Baumaterialien sind nicht Zubehörungen des Grundstücks; dasselbe gilt von verbrauchbaren Sachen überhaupt, sowie von der Materialreserve, den Versandgefäßen und Verpackungsgegenständen einer Fabrik. Diese und die verbrauchbaren Sachen hält dagegen **RG. 66** 356, **77** 38, JW. **07** 703 für Zubehörungen, und zwar aus Gründen, aus denen, wenn sie richtig wären, sich die Zubehöreigenschaft auch der Baumaterialien unmittelbar ergeben würde. Das RG. hat aber JW. **10** 4 Nr. 1 diese Konsequenz nicht ziehen, sondern die Frage nach der Zubehöreigenschaft der Baumaterialien unbeantwortet lassen wollen. b) Eckstein, SeuffBl. **13** 151 ff. wendet sich gegen KGBl. **12** 81 (KG.) und begründet die Ansicht, daß unverbaute Baumaterialien nicht Zubehör des Baugrundstücks seien. c) DJZ. **13** 812 (KG.). Baumaterialien dienen dem wirtschaftlichen Zwecke des Neubaues, bestimmungsgemäß fertiggestellt zu werden, und damit dem des Baugrundstücks, der Hauptsache selbst. Sie sollen diesem Zwecke dauernd dienen, niemals wieder zu anderen Zwecken verwendet, sondern so eng mit der Hauptsache verbunden werden, daß sie ihre Selbständigkeit verlieren und als Bestandteile in diese aufgehen, sie sind aber auch dazu bestimmt, solange sie bewegliche Sachen sind und solange die Hauptsache, der unfertige Bau, überhaupt besteht, also auch als Zubehör dauernd für den wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache benutzt zu werden. Ebenso KGBl. **12** 83, JDR. **11** 3. AM. OLG. **22** 120, KGBl. **11** 97.

3. SchlHolstAnz. **13** 297 (Kiel). Motorwagen einer gleislosen elektrischen Straßenbahn, die zur besseren Aufschließung und Veräußerung des Gebäudes einer Terraingesellschaft dient, sind als Zubehör der Grundstücke der Gesellschaft anzusehen.

4. HansGZ. **13** Beibl. 38 (Hamburg). Kontormöbel, die nicht für den betreffenden Raum besonders gearbeitet und ihm angepaßt sind, können nicht Zubehör eines Fabrikgrundstücks sein. — Automobile und Schreibmaschinen sind den persönlichen Bedürfnissen des Fabrikleiters dienende Gegenstände. Über Fische als Zubehör eines Gutes vgl. *Dickel, Rechtsf. Heft 1 Erl. 253 ff.

5. PosMSchr. **13** 89 (Posen). Eine Sache kann auch Zubehör mehrerer beweglicher oder unbeweglicher Hauptsachen sein (Kohler, BGB. I 475, Staudinger I 328).

§ 98 1. Gastwirtschaftsinventar (JDR. **10** 3). HansGZ. **12** Beibl. 209 ff. (Hamburg). Gastwirtschaftsinventar wird in Hamburg nicht als Zubehör des Grundstücks angesehen, auf dem die Gastwirtschaft betrieben wird.

2. Pferde als Zubehör (JDR. **5** 2, **6** IV. 8, **7** IV e). a) SchlHolstAnz. **13** 25 (Kiel). Pferde und Wagen sind in der Regel nicht als Zubeör des Grundstücks anzusehen, auf welchem ein Fuhrgeschäft betrieben wird. b) SeuffBl. **13** 68 (München). Pferde, die in einem landwirtschaftlichen Betriebe verwendet werden, sind Zubehör des Landguts auch dann, wenn sie zugleich bei einem nebengewerblich betriebenem Lohnfuhrwerke benutzt werden.

§ 101. RG. JDR. **11** jetzt auch GruchotsBeitr. **57** 902 ff., BayRpflZ. **13** 107.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

Erster Titel. Geschäfsfähigkeit.

Literatur: Levis, Mängel der Geschäftsfähigkeit und Sicherheit des Verkehrs, ZBlFG. **14** 277—293.

§§ 104 ff. 1. Kritiken von Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne (vgl. JDR. **11**). Engelmann, SeuffBl. **12** 490; Geller, ÖstZBl. **30** 1007; Biermann, DJZ. **13** 298; Ehrenzweig, GrünhutsZ. **34** 717—722; Fuchs, GruchotsBeitr. **57** 736—741; Hellmann, KrVJSchr. **51** 425—437; Friedrichs, JLBl. **25** 37.

2. Levis, ZBlFG. **14** 249 ff., 277 ff. Rechtsgeschäfte sind wegen Mangels der vollen Geschäftsfähigkeit eines Mitwirkenden häufig unwirksam; diesem Übelstand ist entgegenzuwirken: I. Im Verkehre muß man vorsichtiger sein (vgl. insbesondere § 113). Namentlich sollte man von jedem nicht sicher Geschäftsfähigen einen Standesregisterauszug verlangen. Dieser Standesregisterauszug müßte durch die Gesetzgebung einen reicheren Inhalt erhalten (hierüber Ziff. II und § 113). II. 1. Im Geburtsregister wären einzutragen: A. a) Alle Volljährigkeitserklärungen. b) Alle Entmündigungen. B. In einem Beiregister (gesetzliche Vertretungsregister) zum Geburtsregister wären alle Tatsachen zu sammeln, die bei nicht voll geschäftsfähigen Personen die Person des gesetzlichen Vertreters feststellen lassen. 2. Der Geburtsurkundenaustausch mit dem Ausland ist zu ergänzen, derart, daß von allen im Auslande geborenen Deutschen Geburtsurkunden ins Inland kommen. Sie sollten beim Reichsjustizamte gesammelt werden (möglichst mit den Ergänzungen, wie sie unter 1. angegeben sind). C. Bei im Inlande lebenden Ausländern sollte durch vertragliche Vereinbarungen angestrebt werden, daß jeder einen Paß bei sich führt, der a) die Staatsangehörigkeit (wegen Feststellung des Heimatrechts), b) den Geburtstag, sowie die etwaige Volljährigkeitserklärung und Entmündigung des Paßinhabers und c) die wesentlichsten Vorschriften des Heimatsrechts über die Geschäftsfähigkeit enthalten müßte. Wegen der Feststellung der heimatrechtlichen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit und was damit zusammenhängt wäre D. eine internationale Auskunft zu organisieren, was durch die an dem Haager internationalen Privatrechtabkommen beteiligten Staaten am besten geschähe. [Wertvolle Vorarbeit können die neuerlich zusammengeschlossenen gemeinnützigen Rechtsauskunfsstellen liefern, DRZ. **13** Nr. 20]. III. Die Gerichte und sonstigen Behörden sollten der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften wegen Mangels der Geschäftsfähigkeit der handelnden Personen entgegenwirken. a) § 104 Ziff. 2 ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung nur anzuwenden, wenn ein Kranker nicht vorübergehend auf dem Gesamtgebiete der Willensentschließung erheblich gehemmt ist, was nur bei Geisteskranken im Sinne des § 6 denkbar ist. b) Ein Pfleger sollte gemäß § 1910 bei Entmündigungsreifen möglichst selten bestellt werden und es sollte zugleich c) bei Entmündigungsreifen möglichst auf Entmündigung hingewirkt werden, beides, damit durch die Entmündigung der Verkehr eine in gewissem Umfange maßgebliche Feststellung über die mangelnde Geschäftsfähigkeit des Kranken erhält (vgl. auch § 646 ZPO.).

§ 104. 1. *Levis, ZBlFG. **14** 249 ff., 277 ff. Dem gutgläubigen Geschäftsgegner eines nicht erkennbaren Geisteskranken das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, ist unsachgemäß; eine dahingehende vielfach empfohlene Gesetzesänderung ist nicht zu empfehlen. Ersatz ist vielmehr nach den Grundsätzen der Billigkeit im Einzelfall (in Anlehnung an § 829 BGB.) zu leisten.

2. *Dickel, Rechtsf. Heft 1 Erl. 265. Die Vermutung spricht gegen geistige Anomalie. Diese Vermutung ist eine Erfahrungsvermutung. Wer die geistige Anomalie behauptet, hat sie zu beweisen.

§ 105. 1. *Danz, JW. **13** 1016 ff. Auch § 105 ist nach dem Zwecke auszulegen (dem Geisteskranken Schutz zu gewähren). Er darf also nicht angewendet werden in den Fällen, wo der Geisteskranke hierdurch geschädigt würde, z. B. der Geisteskranke hat ein Darlehen gegen Bürgschaft gegeben. Der § 105 soll nicht völlig unbeschränkt zugunsten des Geisteskranken wirken; der § 105 hat nicht den Zweck, stets den gesunden Gegner zu schädigen, sondern nur den Geisteskranken gerade insoweit in Schutz zu nehmen, als er in dem konkreten Rechtsgeschäfte durch den Mangel an Überlegung wegen seines krankhaften Zustandes anders disponiert hat, als ein verständiger ge-

sunder Mann disponiert haben würde. Hätte solcher ebenso gehandelt, so bleibt demnach das Rechtsgeschäft gültig.

2. Über Levis s. Ziff. 2 zu §§ 104 ff. u. Ziff. 1 zu § 104.

§ 107. v. *Rottenburg, Die Übereignung als lukratives Rechtsgeschäft: Die Rechtsgeschäfte der Geschäftsbeschränkten sind gültig, wenn der Geschäftsinhalt lediglich Vorteile einschließt. Die Übereignung an einen Geschäftsbeschränkten ist gültig. Ihr Inhalt ist nur Erwerb des Eigentums. Der Inhalt oder Charakter des Kausalgeschäfts oder des Zweckes, z. B. der Erfüllung, hat wegen der Abstraktheit der Übereignung hierauf keinen Einfluß. Ob das Kausalgeschäft gültig ist bzw. der Zweck erreicht wird, richtet sich nach deren Charakter; insbesondere tritt die Erfüllung dem Geschäftsbeschränkten gegenüber trotz Gültigkeit der Übereignung nicht ein. Dies gilt nicht, wenn die Übereignung von dem Kausalgeschäft oder dem Zwecke durch Bedingungssetzung abhängig gemacht ist; es gilt nicht für die Übereignung durch Besitzkonstitut.

§ 108. Über einen Fall der replica doli gegen den Einwand der Minderjährigkeit vgl. *Dickel, Rechtsf. Heft 1 Erl. 119.

§ 113. 1. *Levis, ZBlFG. **14** 249 ff., 277 ff. Keine selbständige in Dienst- oder Arbeit tretende in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person sollte in Dienst oder Arbeit genommen werden, ohne daß grundsätzlich eine schriftliche Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters vorliegt. Der Verkehr und nötigenfalls die Gesetzgebung sollte dahin wirken, daß diese schriftliche Ermächtigung stets auf einen Geburtsregisterauszug (vgl. oben Ziff. 2 zu §§ 104 ff.) gesetzt wird. De lege ferenda müßte eine so erteilte Ermächtigung wirken, solange sie nicht vernichtet oder durch öffentliche Bekanntmachung (oder durch besondere Erklärung gegenüber einem bestimmten in Betracht kommenden Rechtsgenossen) widerrufen ist.

2. HessRspr. **14** 214 (LG. Gießen). Damit, daß der Gewalthaber seinem Kinde die Ermächtigung nach § 113 erteilt, gibt er die elterliche Gewalt und die ihm daraus obliegenden Rechte und Pflichten nicht auf. Er hat nach wie vor Recht und Pflicht, für seinen doch immer noch minderjährigen Sohn zu sorgen, und zwar für Person und Vermögen desselben. Deshalb ist dem Gewalthaber in den §§ 1650, 1651 auch nur die Nutznießung, nicht die Verwaltung an dem freien Vermögen des Kindes entzogen, zu dem ja auch der Erwerb aus Arbeit gehört. Bleibt dem Gewalthaber aber das Verwaltungsrecht, so kann er nicht nur über den dem Sohne bereits ausbezahlten Lohn Bestimmung treffen, sondern auch hinsichtlich der Lohnansprüche (vgl. Zirkel, JW. **11** 633 ff., Planck [3] Anm. 2 Abs. 2 zu § 113).

3. *Klein, ÖstZBl. **31** 203.

Zweiter Titel. Willenserklärung.

Literatur: André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte (Festgabe für Enneccerus). Marburg 1913. — Becker, Die rechtlichen und sozialen Probleme des 1500-M.-Vertrags, GruchotsBeitr. **58** 1—59 (auch JW. **13** 1166—1169). — Feßler, Gehaltsverfügungen zum Nachteile der Gläubiger, BayRpflZ. **13** 182—185. — Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte (Festschrift für Enneccerus). Marburg 1913. — Harnier, Nochmals Gehaltsverträge zur Benachteiligung der Gläubiger, JW. **13** 295—297. — Karger, Die Billigung beim Kauf auf Probe, Halle 1913. — Klein, Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn der Anfechtungsberechtigte dem Anfechtungsgegner die bloße Mitteilung zugehen ließ, er habe sich bei Abgabe seiner Willenserklärung geirrt, oder: seine Willenserklärung sei unrichtig übermittelt worden? SeuffBl. **13** 447—449. — Perl, Aktienerwerb und Willensmängel, JW. **13** 177—182. — Rath, Die Verwendung von Blankozessionen zur Übertragung von Kuxen, JW. **13** 706 ff. — Alfons Schmidt, Zum Streite um die Rechtsnatur der Rechtsgeschäfte zu Inkassozwecken, GruchotsBeitr. **57** 241—253. — Siegel, Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde. Eine Studie zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem Rechte des BGB. unter Berücksichtigung der ZPO., AZivPr. **111** 1—134. — Silberschmidt, Die rechtswidrige Überwindung des freien Willens im bürgerlichen Rechte und Strafrechte,

SeuffBl. **13** 249—257. — Simon, Die Gefährdung der Banken durch Geschäftsabschlüsse mit unerkennbaren Geisteskranken, JW. **13** 291—295. — Sonnenschein, Sicherungsübereignung und Sicherungsmißbrauch im Systeme des fiduziarischen Rechtes (Greifswalder Dissertation). — Striemer, Unsittliche Gehaltsverträge, JW. **13** 182—188.

Vorbemerkung: Eine Reihe beachtenswerter Aufsätze sind zu diesem Titel geschrieben worden. Es sei hier nur auf die umfangreiche Siegelsche Studie zu der Lehre von den Willenserklärungen hingewiesen, aus der mehrfach Selbstberichte aufgenommen worden sind. Zahlreiche Äußerungen liegen zur Frage der Gültigkeit des sog. 1500 M.-Vertrags vor. Das Reichsgericht, dessen Stellungnahme erhebliches Aufsehen gemacht hatte, hat seine Ansicht von neuem verteidigt und in gewissem Maße ergänzt und berichtigt. (Vgl. insbes. **RG. 81** 41 ff.) Mit der Anfechtung prozessualer Erklärungen befaßt sich eingehender **RG. 81** 177 ff. (vgl. II 2 zu § 119).

§ 116 ff. 1. Das Skripturrecht. *Siegel, AZivPr. **111** 109 ff. Die angebliche Eigenart des Skripturrechts erklärt sich daraus, daß das in der Urkunde enthaltene Versprechen sich nicht nur an den Empfänger, sondern gleichzeitig an Dritte wendet und zwar bei Order- und Inhaberpapieren an eine unbestimmte Personengruppe. Es sind Verträge zugunsten Dritter. Abstrakte Forderungen sind Anerkenntnisse, diskrete Forderungen Feststellungserklärungen. Daher kommt nur der Einwand der Bereicherung in Betracht. Da zwischen dem Versprechenden und Dritten keine Kausalrelation besteht, ist die Bereicherungseinrede ausgeschlossen. Diese Regelung ist nicht eine Folge des Schutzes des Vertrauens auf einen unrichtigen Tatbestand, sondern Haftung aus der wirklichen Rechtslage. Das hat weder mit der Wertpapiernatur, noch mit der Schriftlichkeit etwas zu schaffen. Dagegen gilt die Bereicherungseinrede gegenüber dem ersten Empfänger des Versprechens und gegenüber demjenigen, der mit dem Empfänger durch liberale causa verbunden ist. Die Anfechtung von Skripturobligationen geschieht nach Maßgabe der Anfechtung von Verträgen zugunsten Dritter. Irrtum bei Abgabe der Skripturerklärung berechtigt auch zur Anfechtung gegenüber dem Dritten (Schutz desselben durch § 122 BGB.); dagegen ist Arglistanfechtung nach Maßgabe des § 123 Abs. 2 Satz 2 möglich. Auch die Wirkung des Blanketts hängt nicht mit besonderen „skripturrechtlichen Gesichtspunkten" zusammen (gegen Voß, JheringsJ. **56** 412).

2. Haftung aus nicht begebenen Urkunden. *Siegel, AZivPr. **111** 1 ff. Aus nicht begebenen Urkunden entsteht keine Haftung, soweit nicht Deliktshaftung in Frage kommt (gegen OLG. **7** 393). Die gesetzliche Spezialbestimmung des § 794, welche ihre Bedeutung erst durch § 796 gewinnt, ersetzt lediglich den Begebungsakt; der Einwand von anderen Mängeln ist schlechthin zulässig. Die Bestimmungen erklären sich daraus, daß die Ausstellung Teil eines rechtsgeschäftlichen Aktes ist, der in der Begebung endigt; sie ist Teil einer durch Sukzessivbetätigung ins Leben gerufenen Willenserklärung. Das Gesetz läßt aus dem Teilverhalten die Haftung wie aus dem Gesamtverhalten eintreten. Die Singularität der Bestimmung erklärt sich aus den spezifischen Eigentümlichkeiten der Inhaberpapiere. Wie der bona-fides-Erwerber von abhandengekommenen Inhaberpapieren aus Verkehrsrücksichten geschützt sein soll, so soll auch der Erwerber der vor der Begebung entwendeten Urkunden geschützt sein.

3. Willenserklärung. *Siegel, AZivPr. **111** 1 ff. Zum Begriffe der Erklärung gehört neben dem objektiven Tatbestand ein subjektiver, das Bewußtsein der Schlüssigkeit. Trotz Fehlens einer Kundgebungsabsicht kann das Bewußtsein der Schlüssigkeit vorhanden sein; es liegt eine Erklärung vor, welche wir als „Eventualerklärung" bezeichnen. Ein schlüssiges Verhalten ohne Bewußtsein der Schlüssigkeit bezeichnen wir als „Kundmachung" (z. B.: Schriftstück, das gegen den Willen des Ausstellers zur Wahrnehmung Dritter gelangt). Einen Tatbestand, der fälschlich den Anschein einer Erklärung erweckt, bezeichnen wir als Quasikund-

machung (z. B. A probiert eine Feder, B findet das Schriftstück und hält es für eine Willenserklärung). Quasikundmachung und Kundmachung fassen wir mit dem Ausdruck „Quasierklärung" zusammen. Eine Urkunde kann Erklärung, Kundmachung oder Quasikundmachung sein. — Unterschrift: Wer eine Urkunde unterschreibt, ohne sie zu lesen, ist sich des Erklärungswertes seines Verhaltens bewußt und erklärt. Doch ist bei jeder Unterschrift sorgfältig zu prüfen, auf welchen Teil des Textes sie sich erstrecken soll; sie wird beispielsweise den Vordruck einer Urkunde häufig nicht mitumfassen (gegen RG. HoldheimsMSchr. **05** 236). Auch die Blankettunterschrift ist Erklärung. Wo keine Eigenhändigkeit vorgeschrieben ist, wie in der ZPO., genügt auch Faksimile. Eine Urkunde im Sinne des § 406 ZPO. liegt auch vor, wenn die Unterschrift nicht eigenhändig ist. Es muß aber feststehen, daß die nichteigenhändige Unterschrift von dem Unterschriftsinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung auf das Papier gebracht wurde. Da die Urkunde nicht notwendig Erklärung zu sein braucht, so muß der Erklärungstatbestand insbesondere auch nach der subjektiven Seite festgestellt werden. § 416 ZPO. überhebt dieses Nachweises. Gegenbeweis ist nicht nur möglich, sondern zulässig, Eideszuschiebung und richterlicher Eid jedoch ausgeschlossen. Ein Datum auf der Urkunde ist kein Beweis, daß die Urkunde datumsgemäß errichtet wurde, wohl aber ein Bekenntnis des Ausstellers zu diesem Datum. Je nach dem Schlusse, der aus der Urkunde gezogen werden soll, sprechen wir von Nächst-, Nah- und Fernindizierung. Beweisurkunden sind „schlichte" Beweisurkunden, wenn sie nur dem Beweiszwecke dienen, „qualifizierte", wenn sie im Zeitpunkte der Abfassung rechtserzeugende Funktionen hatten und jetzt gerade diese beweisen. Wir unterscheiden zwischen „Primärurkunden", welche die erste Bindung zwischen den Parteien darstellen, und Sekundärurkunden, welche ihrerseits in „reproduzierende" und „novierende" zerfallen.

4. *Karger, Die Billigung 45 ff. Unter Willenserklärung ist nur eine Erscheinungsform des juristischen Tatbestandes zu verstehen, kein selbständiger, losgelöster Begriff. Nur soweit das rechtliche Verhalten etwas soll, ist es Willenserklärung, im übrigen juristische Tatsache, die weitere Rechtsfolgen von Gesetzes wegen hervorbringen kann.

§ 117. 1. Fiduziarisches Rechtsgeschäft (JDR. **9** 1). *Sonnenschein 73, 98 ff. Fiduziarische Geschäfte stehen nicht im Gegensatze zu simulierten Geschäften und sind daher nicht, wie üblich, aus diesem Gegensatze heraus zu erklären, da im Einzelfall ein fiduziarisches Geschäft simuliert sein kann; ebenso wie der Kauf nicht aus dem Gegensatze zum Scheinkauf erklärt werden, im Einzelfalle dagegen ein Scheinkauf sein kann. — Es ergibt sich die Natur des fiduziarischen Geschäfts auch nicht aus dem Gegensatze von Wirtschaft und Recht, da rechtliche Gebilde zu ihrer Erklärung in rechtliche Elemente zerlegt werden müssen. Das Wesen der fiduziarischen Rechtsgeschäfte ergibt sich aus der Funktion zwischen bestimmten obligatorischen und dinglichen Rechtsinstituten (Sichern mit beweglicher Sache: Faustpfand; Auftrag zum Wechselinkasso: Prokuraindossament) und der durch die abstrakte Natur der dinglichen Rechtsgeschäfte gewährten Möglichkeit, diesen Zusammenhang zwischen bestimmten Grund- und bestimmten Vollzugsgeschäften absichtlich zu zerstören, ein „Mehr" an dinglichem Rechte zu übertragen, als dem Grundgeschäft entspricht. Das dingliche „Mehr" wird durch eine bedingte Rückforderung obligatorisch ausgeglichen. Der Eintritt des dinglichen Mehr in den dinglichen Machtbezirk des Fiduziars, die Voraussetzung des fiduziarischen Geschäfts, hat als Wirkung die Möglichkeit des Mißbrauchs der dinglichen Macht durch den Fiduziar sowie die Realisierung der Haftungsbeziehungen der Gläubiger des Fiduziars. Denn jedes dingliche Recht ist den Gläubigern des Rechtsträgers verhaftet. Durch den Austritt aus dem dinglichen Machtbezirke des Fiduzianten [a) Schiebungsproblem] und den Eintritt in den des Fiduziars [b) Aussonderungsproblem] ist das

fiduziarische Rechtsgeschäft charakterisiert. a) Im Verhältnisse von Fiduziant zu Fiduziar ist das fiduziarische Risiko, die Folge des dinglichen Zuviel, freigewollt, als Voraussetzung der fiduziarischen Freiheit von Gesetzesschranken (z. B. §§ 1205 und 1253); die logische Wirkung ist, daß der Fiduziant nicht aussondern kann (anders bei Inkassozession s.u.). b) Im Verhältnisse von Fiduziant zu seinen Gläubigern ist die Übertragung des fiduziarischen „Zuviel" dagegen unbegründet und als unentgeltlich (bei Unpfändbarkeit im übrigen) anfechtbar. — Da ein fiduziarisches Geschäft stets Hilfsgeschäft ist, ist es auch aus den Gründen des Hauptgeschäfts anfechtbar. Ein eigentliches fiduziarisches Geschäft liegt aber nur vor bei zweiseitigen fiduziarischen Geschäften (z. B. Sicherungsgeschäften), wo der Fiduziar ein selbständiges Interesse an der dinglichen Macht hat. Wäre hier nicht faktisch auch nach innen dingliche Macht übertragen, so könnte der Fiduziar im Konkurse des Fiduzianten das Sicherungsobjekt nicht herausverlangen. Bei einseitigen fiduziarischen Geschäften (Erleichterung der Verwaltung: Inkassozession, Auflassung zwecks Parzellierung) liegt dagegen keine Übertragung von dinglichem Rechte vor, sondern es wird nur die Stellung als Zessionar, Eigentümer usw. verschafft: die Zession oder Übereignung ist simuliert, dissimuliert, daher gültig die Ermächtigung, als Berechtigter zu verfügen (s. unten Ziff. 1 zu § 185). Hier ist das fiduziarische Risiko nicht ernsthaft gewollt, da die Verschaffung der Stellung als Berechtigter, nicht des Rechtes selbst, den Parteien genügt. Ob im Einzelfall ein fiduziarisches Rechtsgeschäft simuliert ist, hängt nicht von der Ernsthaftigkeit der weitern Absicht ab. Denn jedes simulierte Geschäft verfolgt ernsthaft weitere Absichten. Daher ist der Schluß, eine Zession, damit der Zedent als Zeuge auftreten kann, ist nicht simuliert, weil der Zedent dies ernsthaft wollte, unrichtig, denn diese Absicht wird ebenso durch eine Scheinzession verwirklicht, natürlich nur, falls ihre Scheinnatur nicht aufgedeckt wird; damit darf aber kein Simulant rechnen. Kriterium der Ernsthaftigkeit ist daher nur die nähere Absicht, die unmittelbare Rechtswirkung, beim fiduziarischen Geschäfte das Wollen des fiduziarischen Risikos. Wird dieses Risiko durch die Zubilligung der Aussonderung beseitigt, so entfällt auch jegliches Kriterium. Die Erklärung, ernsthaft zu übertragen, ist dann in der Wirkung von der Erklärung, zum Scheine zu übertragen, nicht mehr verschieden, daher inhaltslos.

2. *Alfons Schmidt, GruchotsBeitr. **57** 241 ff. Das mit den Rechtsgeschäften zu Inkassozwecken verfolgte Ziel der Einziehung und Einklagung von (schlichten und Wechsel-) Forderungen für Rechnung des Gläubigers durch einen Dritten im eigenen Namen läßt sich auf dreifachem Wege erreichen: mittels voller Rechtsübertragung — der Inkassafiduziar ist zu einer Verwertung seiner Rechtsmacht im Interesse des Inkassofiduzianten nur obligatorisch verpflichtet (fiduziarische Theorie), mittels beschränkter Rechtsübertragung — der Inkassotreuhänder wird durch Hinzufügung einer auflösenden Bedingung beschränkt (Treuhändertheorie), mittels bloßer Rechtsüberlassung — der Inkassomandant behält das materielle Recht, der Inkassomandatar erhält die Befugnis zur angriffsweisen Ausübung dieses Rechtes (Legitimationstheorie). Die Gangbarkeit des letzten Weges wird mit Unrecht bestritten; das dem Prozeßrecht entnommene Bedenken, nur der Materiellberechtigte sei klageberechtigt, besteht nicht. Klageberechtigt ist nicht allein der Inhaber des materiellen Rechtes, sondern auch jeder, dem die angriffsweise Ausübung des Rechtes übertragen ist, sei es durch Rechtsgeschäft, d. h. mit Willen des Berechtigten, sei es durch Rechtssatz, d. h. ohne Willen des Berechtigten. Ein solches Rechtsgeschäft ist aber, wenn es die Überlassung einer schlichten Forderung zum Gegenstande hat, keine Zession. Die Überlassung des Wechselrechts erfolgt durch Vollindossament. Folgerungen aus der Legitimationstheorie sind: der Inkassomandatar ist klageberechtigt, der Inkassomandant hat die Klage aus § 771 ZPO. im Falle der Pfändung der Forderung oder des Wechsels durch einen Gläubiger des Inkassomandatars sowie

das Aussonderungsrecht im Konkurse des Mandatars, der Schuldner kann geltend machen gegenüber dem klagenden Inkassomandatar Einreden aus der Person des Inkassomandanten, dagegen nicht — abgesehen von durch das Rechtscheinprinzip bedingten Ausnahmen — Einreden aus der Person des Inkassomandatars; gegenüber dem nach Abweisung des Mandatars klagenden Inkassomandanten die Einrede der Rechtskraft. Für ein Rechtsgeschäft im Sinne der Legitimationstheorie spricht eine tatsächliche Vermutung.

3. *Kiefer, Gehaltsverfügungen 98 ff. Gehaltsverträge zugunsten eines Dritten sind simuliert, wenn es dem Schuldner und dem Arbeitgeber nicht darum zu tun ist, den Dritten zum Träger des Rechtes auf das Gehalt oder Mehrgehalt zu machen. Die Nichtigkeit ergreift in der Regel auch das Kausalverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Dritten. In Geltung bleibt das verdeckte Geschäft, das dem Schuldner den vollen Lohn zusichert. Die Wahrscheinlichkeit spricht aber für die Ernstlichkeit derartiger Gehaltsverträge. Auch wenn der Dritte das Zugewendete nicht zur freien Verfügung erhält, sondern z. B. zur Bestreitung des Unterhalts der Familie des Schuldners, so rechtfertigt dies keinen Schluß auf eine Simulation; es liegt vielmehr nur ein fiduziarisches Verhältnis zwischen ihm und dem Schuldner vor.

4. *Becker, Die rechtlichen und sozialen Probleme des 1500-M.-Vertrags, GruchotsBeitr. **58** 1, 3, 9. Kritik der speziellen Literatur und Rechtsprechung. — Ob und in welchem Umfange Scheingeschäft vorliegt, ist nach Lage des Einzelfalls zu beurteilen. Im Verhältnisse zwischen Schuldner und seiner Ehefrau ist der Vertrag jedenfalls fiduziarisch; der Gläubiger kann daher den Anspruch des Schuldners aus der fiducia pfänden. Vgl. auch unten Ziff. 12 c zu § 138 und bei § 3 LohnBG. und § 3 AnfG.

5. *O. Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 12. Es handelt sich um Geltung des verdeckten Geschäfts, nicht um Umwandlung (140) des Scheingeschäfts. Letzteres ist der Umwandlung nicht zugänglich, wohl aber das verdeckte Geschäft (vgl. auch 77 und **RG. 70** 353).

6. In einem von *Dickel, Rechtf. Heft 1 Erl. 148 besprochenen Rechtsfalle wird § 117 auch dann anwendbar, wenn nur ein bestimmter Teil des schriftlich geschlossenen Vertrags von den Parteien als Scheinbestimmung gewollt war (vgl. auch unten Ziff. 1 zu § 405).

7. *Riedinger, JW. **13** 1161. Fiduziarische Natur von Geschäftsverschiebungen und 1500-M.-Verträgen vgl. unten ZPO. § 771.

8. **RG.** 14. 1. 13. HoldheimsMSchr. **13** 85. Wer durch einen Scheinvertrag Verpflichtungen übernimmt, damit der andere Teil aus der Berufung auf die entsprechenden Rechte und deren Verwertung anderen gegenüber Vorteil zieht, kann dem gutgläubigen Erwerber jener Rechte die Scheinnatur des Schuldverhältnisses nicht entgegensetzen.

9. **RG.** 23. 9. 13, R. **13** 2962. Scheingeschäfte pflegen bei Vermögensübertragungen unter Ehegatten zum Nachteile der Gläubiger regelmäßig dann erst vorzuliegen, wenn ein erhebliches Entgelt geleistet wurde.

10. OLG. **26** 180 (KG.). Der § 117 ist auch auf die Auflassung anwendbar, da die zur Auflassung erforderlichen Erklärungen zwar vor dem Grundbuchamt, aber von jeder der Parteien gegenüber der anderen abgegeben werden.

§ 119. I. 1. Das Unterschreiben nicht gelesener Urkunden. (JDR. **6** IV 1, **8** II A 2, **9**, **10**, **11** II A 4.) *Siegel, Privatrechtliche Funktionen der Urkunde, AZivPr. **111** 1 ff. Wer eine Urkunde unterzeichnet, ohne sie zu lesen, weiß zwar, daß er den Text nicht kennt, hat aber für den Regelfall eine bestimmte Vorstellung über den Erklärungswert seines Inhalts; er irrt sich über letzteren und kann anfechten, wenn der Text der Urkunde anders lautet als vorgestellt,

und zwar gleichgültig, ob eine Täuschung von seiten des Erklärungsgegners vorliegt oder nicht. Bisweilen werden aber Urkunden mit der Absicht unterschrieben, ohne Kenntnisnahme den Inhalt sich anzueignen (z. B. der Chef eines großen Hauses unterschreibt ungelesen die gesamte Korrespondenz). Wir bezeichnen solche Erklärungen als Telquelerklärungen. Dazwischen steht eine als Risikoerklärung zu bezeichnende Gruppe, bei der der Erklärende mit einer beschränkten Abweichung des Textes von seiner Vorstellung rechnet (z. B. Unterschreiben großer Formularverträge). Der Anfechtende muß beweisen, daß er beim Unterschreiben überhaupt eine Vorstellung hatte und nicht eine Telquelerklärung abgeben wollte. Wird gegnerischerseits von einer Erklärung behauptet, sie sei eine Risikoerklärung, so muß der Anfechtende beweisen, daß er von falschen Vorstellungen erfüllt war und mit Abweichungen nicht gerechnet hat. — Für unverstandene Urkunden gilt das Gleiche. — Auch bei der Blanketterklärung ist Anfechtung möglich.

2. *Reichel, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung 25 ff. Die Anfechtung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Anfechtungsberechtigte inzwischen verklagt und mangels Erklärung der Anfechtung rechtskräftig verurteilt ist (gegen herrschende Meinung).

3. Über den § 119 BGB. und die Anfechtung einer Versteigerung vgl. *Dickel, Rechtsf. Heft 1, Erl. 96 ff.

4. Perl, JW. **13** 177 ff. Soweit eine Aktienzeichnung oder Aktienübernahme an sich wegen Willensmangels anfechtbar ist, hört die Möglichkeit der Anfechtung mit dem Zeitpunkte der Eintragung der AG. ins Handelsregister auf.

II. 1. Aus der Praxis. **RG.** 23. 4. 13, **82** 193 ff. Ein Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung liegt dann nicht vor, wenn der legitimierte Vertreter bei ihrer Abgabe irrtümlich annimmt, daß sie dem ihm von dem Vertretenen erteilten Auftrage entspricht. Denn der § 119 ergibt in Verbindung mit § 166 Abs. 1, daß es nur auf die Person des Erklärenden ankommt. Hat dieser den Inhalt der Erklärung gewollt, so ist es unerheblich, daß er nicht dem Willen des Vertretenen entspricht. Dasselbe folgt arg. e contrario aus der den Boten betreffenden Bestimmung des § 120. Für die Begründung der Irrtumsanfechtung steht der direkte Stellvertreter dem indirekten gleich. Es macht auch keinen Unterschied, wenn dem Gegenkontrahenten erkennbar geworden ist, daß der legitimierte Vertreter das Geschäft nicht aus eigenem freien Entschluß abschließt, sondern vorher eine Anweisung einholt. Die irrtümliche Abweichung von der Anweisung berührt den gutgläubigen Gegenkontrahenten nicht.

2. Anfechtung prozessualer Erklärungen (JDR. **10** 11 5). **RG.** 7. 1. 13, **81** 177 ff., SeuffA. **68** 337. Wenn es auch bei prozessualen Willenserklärungen für zulässig erachtet werden muß, eine offenbare, auf einem Verschreiben oder einem ähnlichen Versehen beruhende Unrichtigkeit in der Erklärung nachträglich richtig zu stellen, so hat dies doch bei sog. empfangsbedürftigen Willenserklärungen, insbesondere bei der Zurücknahme eines Rechtsmittels, infolge deren mit der Zustellung an den Gegner ohne weiteres kraft Gesetzes der Verlust des Rechtsmittels eintritt, zur Voraussetzung, daß dem Empfänger der Erklärung die hierbei untergelaufene Unrichtigkeit irgendwie erkennbar sein muß. Liegt für den Gegner nicht der geringste Anlaß zu der Annahme vor, daß die Erklärung so, wie sie klar und unzweideutig lautet, dem wirklichen, inneren Willen des Erklärenden nicht entspricht, so ist es nicht angängig, daß der Erklärende die durch seine dem Gegner tatsächlich abgegebene Erklärung geschaffene prozessuale Lage zu dessen Ungunsten dadurch wieder beseitigt, daß er nachträglich den Nachweis erbringt, er habe in Wirklichkeit nicht diese, sondern eine Erklärung anderen Inhalts abgeben wollen (179).

3. **a)** Eigenschaften einer Person (JDR. **10** 7, **11** 16). GewuKfmG. **18** 156 (KfmG. Berlin). Berechtigung des Prinzipals den Anstellungsvertrag an-

zufechten, wenn der Handlungsgehilfe an Kleptomanie leidet. **b)** Irrtum über Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit (JDR. **8** I 5, **9** II B 1). WürttRpflZ. **14** 17 (Stuttgart). Die Gefährdung der Rechts- und Verkehrssicherheit erfordert es, im einzelnen Falle strenge darauf zu sehen, ob auch wirklich bei der Kreditgebung ein Irrtum mitgewirkt hat und die Kreditgewährung wirklich durch einen Irrtum über die Kreditwürdigkeit hervorgerufen wurde. Vgl. Staudinger, (7/8) § 119 II zu Nr. 4 c. **c)** ElsLothZ. **13** 77 ff. (Colmar). Anfechtung einer Erbauseinandersetzung, in welcher infolge irrtümlicher Gesetzesauslegung durch die Beteiligten das Erbrecht des Ehegatten unberücksichtigt blieb. Der Irrtum des Ehegatten über sein Recht aus dem Nachlasse stellte sich zugleich als ein Irrtum über die Erbeneigenschaft der Verwandten erster und zweiter Ordnung des Erblassers insofern dar, als deren Anspruch sich gemäß §§ 1931, 1932 auf die Hälfte des Nachlasses nach Ausscheidung des dem klagenden Ehegatten zustehenden Voraus beschränkte.

4. Eigenschaften einer Sache. (JDR. **10** II 8, **11** II 7). **RG.** 28. 6. 12, LeipzZ. **13** 389 ff., ZBlFG. **13** 631, schon JDR. **11** Ziff. II 7 c.

§§ 121, 122. *Klein, SeuffBl. **13** 447. Die Mitteilung des Anfechtungsberechtigten, er habe sich bei Abgabe seiner Willenserklärung geirrt, oder: seine Willenserklärung sei unrichtig übermittelt worden, vermag Rechtswirkungen jedenfalls nicht auszulösen, wenn sie später erfolgt als in dem im § 121 für die Anfechtung angegebenen Zeitpunkte. — Im konkreten Falle ist stets zu prüfen, ob es sich bei der Mitteilung des Anfechtungsberechtigten in der Tat um eine bloße Mitteilung oder aber um eine Willenserklärung (Anfechtungserklärung, Kündigung, Offerte zu einem Abänderungsvertrage) handelt (§ 133). — Liegt in der Tat eine bloße Mitteilung vor, so gilt für sie gemäß § 122 Abs. 2 folgendes: Ist die Mitteilung vom Irrtum usw. vor Ablauf der im § 121 genannten Frist dem Anfechtungsgegner zugegangen, so handelt der Anfechtungsgegner auf eigene Gefahr, wenn er vor Ablauf der Anfechtungsfrist auf die anfechtbare Willenserklärung hin z. B. weitere „Vorbereitungshandlungen" vornimmt oder weiterhin an der Leistung wirkt. — Ist die Frist des § 121 abgelaufen, so kann die bloße Mitteilung nicht mehr wirken.

§ 122. 1. Geschäftsabschluß mit Geisteskranken. (Vgl. o. zu § 105 u. JDR. **7** 1). **a)** *Simon, JW. **13** 291. Bei den nach § 105 nichtigen Geschäftsabschlüssen unerkennbar Geisteskranker mit Banken tragen letztere die Gefahr, dürfen z. B. einen Zahlungsauftrag nicht in Rechnung stellen. Hiergegen könnte nur eine Gesetzesänderung (Zusatz zu § 122) helfen, im Wege der Auslegung des geltenden Rechtes wird nichts erreicht. Die analoge Anwendung des § 122 ist unzulässig, weil Irrtum und Irrsinn wesensungleich sind. Bei letzterem wird überhaupt kein „Wille" im Rechtssinn erklärt, wohl aber beim Irrtume. Die Analogie zu § 179 ist unzulässig, weil — wie Abs. 3 zeigt — der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit nicht einmal innerhalb derjenigen Lehre geschützt wird, die die volle Geschäftsfähigkeit nicht zum unbedingten Erfordernisse rechtserzeugender Willenserklärungen macht (§ 165). § 829 endlich gilt nur im Deliktsrechte und nur in Fällen einer Quasi Culpa (vgl. unten zu § 829). § 276 nennt ihn nicht. Gibt es aber in contractu keine Haftung Unzurechnungsfähiger, so erst recht nicht in contrahendo. **b)** Rümelin, Die Geisteskranken im Rechtsverkehre 60 ff., lehnt den u. a. von Kuhlenbeck und Rabel vertretenen Analogieschluß aus § 122 ab; es gehe nicht an, zu sagen, wer einen nichtigen Vertrag schließt, muß den Vertrauensschaden ersetzen, auch nicht wenn man die Einschränkung hinzufüge, daß die Nichtigkeitsgründe in der Person oder Sphäre des Ersatzpflichtigen entstanden sein müssen.

2. **RG.** 25. 2. 13, **81** 395 ff., JW. **13** 599. Hat der Anfechtungsgegner den Irrtum des Anfechtenden durch sein Verhalten verursacht, so steht der Geltendmachung seines auf § 122 Abs. 1 gestützten Schadensersatzanspruches die exceptio doli generalis

entgegen. Unerheblich für das Gebiet des § 122 ist es, ob die Herbeiführung des Irrtums durch den Beschädigten auf einer ihm zur Last fallenden Fahrlässigkeit beruht oder nicht. Die im § 122 anerkannte Schadensersatzpflicht ist unabhängig von einem Verschulden des Erklärenden und beruht auf dem reinen Veranlassungsprinzipe. Es ist deshalb andererseits durchaus gerechtfertigt, auch den Ausschluß der Haftbarkeit ohne Rücksicht auf eine Fahrlässigkeit bei Verursachung des Irrtums eintreten zu lassen (399).

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 213, GruchotsBeitr. **57** 907. Für die Berechnung des negativen Vertragsinteresses des Verkäufers ist, wenn der Kauf vom Käufer wegen Irrtums angefochten ist, derjenige Zeitpunkt maßgebend, zu dem der Verkäufer bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt den Irrtum des Käufers erkennen konnte.

§ 123. I. 1. *Silberschmidt, Die rechtswidrige Überwindung des freien Willens im bürgerlichen Rechte und Strafrecht, SeuffBl. **13** 249 ff. Die Anfechtung wegen Bedrohung setzt keine Willensschuld des Bedrohenden voraus, im Gegensatze zum Strafrechte, vielmehr bildet hier die Freiheit der Willensentscheidung die Voraussetzung für die Gültigkeit der Willenserklärung. Soweit bei Notwehr, Notstand oder erlaubter Selbsthilfe, ein Recht zur Drohung besteht, entfällt freilich auch die Anfechtung, weil insoweit niemand widerrechtlich durch Drohung bestimmt wurde. Aber es darf nicht umgekehrt die Anfechtung stets dann gewährt werden, wenn dem Drohenden kein subjektives Recht zur Drohung zur Seite stand. Die Drohung ist in solchen Fällen ohne Recht erfolgt, aber noch nicht in allen Fällen auch wider das Recht. Da die Inaussichtstellung jedes vom Willen des Drohenden abhängigen Übels, das nach Ansicht des Drohenden geeignet ist, den Willen des Gegners zu beeinflussen, den Inhalt der Drohung bilden kann, so geht schon im Strafrechte die Ansicht des RG. zu weit, wenn sie als „rechtwidrigen Vermögensvorteil" jeden betrachtet, der erlangt ist, ohne daß vorher ein Rechtsanspruch darauf bestand. Der Prokurist, der die Kündigung in Aussicht stellt, falls er nicht 1000 M. mehr erhält, droht, aber er begeht keine Erpressung und noch weniger ist die auf die Drohung hin erfolgte Aufbesserung um 1000 M. anfechtbar. Anders liegt aber der Fall, wenn derselbe Prokurist auf seine Unentbehrlichkeit pochend vom Geschäftsinhaber ein Geschenk von 100 000 M. oder die Leistung eines Meineids zu seinen Gunsten verlangt. Hier liegt Widerrechtlichkeit vor. Strafrechtlich ist Erpressungsabsicht gegeben, weil der Täter wohl weiß, daß es wider das Recht ist, ein solches Verlangen zu stellen; aber auch für das bürgerliche Recht ist die Freiheit der Willensentschließung aufgehoben. Man kann nun einwenden, daß hiernach die Drohung mit dem gleichen Übel je nach der erhobenen Forderung widerrechtlich oder nicht widerrechtlich ist. Tatsächlich ergibt sich auch erst aus der Betrachtung der Drohung und der Forderung, ob Widerrechtlichkeit vorliegt oder nicht. Die Drohung der Haushälterin, den alten Mann zu verlassen, falls er sie nicht zum Erben einsetze, ist rechtswidrig (**RG.** JW. **02** 286). Gleiches gilt für das Verlangen der Ehelichung; nicht rechtswidrig ist aber die Erklärung der gleichen Haushälterin, sie könne um den bisherigen Lohn nicht bleiben und verlange 10 M. im Jahre mehr. In den als rechtswidrig bezeichneten Fällen handelt es sich um die arglistige Ausnützung der schwachen Stellung des Gegners, in den nicht als rechtswidrig bezeichneten Fällen um Verhandlungen, wie sie durchaus üblich und zulässig sind. Manche Aufforderungen vertragen die Zufügung einer Drohung regelmäßig überhaupt nicht, z. B. die zur Erbeinsetzung oder Ehelichung.

2. *Reichel, Zur Kasuistik der Chantage, GroßA. **52** 74 ff. Wer im Bewußtsein der durch sein Auftreten, wenn schon nicht beabsichtigtermaßen, erregten Furcht des anderen sich von diesem eine Leistung versprechen oder machen läßt, — z. B. der Revolverblattredakteur, der von einem Skandalbeteiligten ein Douceur entgegennimmt — setzt sich der Anfechtung wegen Drohung aus.

3. *K a r g e r, Billigung 40 ff. Eine durch absolute Gewalt zustande gekommene Willenserklärung ist nicht an und für sich nichtig, vielmehr ist der Vergewaltigte als Werkzeug, der Vergewaltiger als Erklärender aufzufassen. ➠ Nichtig ist sie, 1. wenn es auf die Person des Erklärenden ankommt, 2. wenn der Erklärungsgegner die Art des Zustandekommens kennt und 3. wenn die Annahme einer mittelbaren Erklärung an natürlichen oder rechtlichen Hemmnissen scheitert. ⟵

II. A u s d e r P r a x i s. 1. **RG.** 4. 3. 13, **81** 433 ff. Zulässig ist die Anfechtung des von einer juristischen Person geschlossenen Vertrags wegen einer durch den Vertreter dieser begangenen arglistigen Täuschung auch dann, wenn den Vertrag ein anderer, gutgläubiger Vertreter schloß, jener erste Vertreter aber von dem bevorstehenden Vertragsschluß und der Täuschung des Vertragsgegners Kenntnis hatte. Die Billigkeitserwägung, die das Gesetz bestimmt hat, die Betrugsanfechtung bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen ausnahmsweise zu versagen, trifft hier nicht zu. Der Erklärungsempfänger — der Vertretene — war in der Lage, den Vertragsgegner aufzuklären und dadurch den Abschluß des Geschäfts zu verhindern. Es ist auch nicht richtig, das Unterlassen der Aufklärung als ein rechtlich bedeutungsloses Nichthandeln des arglistigen Vertreters zu betrachten oder sein Verhalten dann, wenn er den Vertragsschluß absichtlich herbeigeführt hat, nur als eigene unerlaubte Handlung zu würdigen. Vielmehr bewirkt die Kenntnis des Vertreters von dem Irrtume des Vertragsgegners, daß die Aufklärungspflicht in der Person des Vertretenen entsteht. Verabsäumt der Vertreter die Aufklärung, so ist es der Vertretene, durch den und auf dessen Verantwortung die Pflicht verletzt wird (436).

2. DJZ. **13** 926 (KG.) läßt die Anfechtung aus § 123 gegen einen Bankier durchgreifen, der dem Kunden gegenüber verheimlicht hat, daß er die ihm gewordenen Aufträge in der Regel nicht an der Börse durchführe, vielmehr durch sein ganzes Gebaren den Anschein erweckt hat, als wenn er die erforderlichen Deckungsgeschäfte an der Börse vornehme.

3. **RG.** 30. 1. 13, BayRpflZ. **13** 227. Auch eine einem Schuldner gegenüber gesetzliche Zwangsmaßnahme kann mit einer widerrechtlichen Drohung gegen einen Dritten verbunden sein, der nach dem Willen des Gläubigers durch die gegen den Schuldner geschaffene Zwangslage bestimmt werden soll, ohne eigene Überlegung und Prüfung der Sach- und Rechtslage sich zu einer Leistung zu verpflichten, zu der er ohne die Zwangslage sich nicht verpflichtet haben würde und auf die der Gläubiger kein Recht hatte (vgl. auch GruchotsBeitr. **57** 908 ff).

4. SächsRpflA. **13** 490 (Dresden). Der Verkäufer hat nach der Verkehrsauffassung nicht den Käufer über die rechtlichen Erfordernisse des Vertrags und dessen Rechtsfolgen aufzuklären; er ist nicht der rechtliche Berater des Käufers; jeder, der einen Vertrag schließt, hat sich selbst über die einschlagenden rechtlichen Vorschriften zu vergewissern, in dem bloßen Verschweigen gesetzlicher, sich auf das abzuschließende Geschäft beziehenden Bestimmungen kann regelmäßig eine rechtswidrige Täuschung nicht gefunden werden.

5. RheinA. **110** 139 ff. (Düsseldorf). Auch nach Anfechtung eines Vertrags wegen arglistiger Täuschung ist der Getäuschte berechtigt, Schadensersatz nach § 826 zu verlangen. Wenn **RG. 63** 270 gesagt wird, im Falle der Anfechtung gehe die Sondervorschrift des § 124 BGB. den allgemeinen Vorschriften der §§ 249, 826 vor, so kann damit nur der zutreffende Schluß gemeint sein, daß, wenn § 124 seinen Zweck nicht verfehlen solle, nach Ablauf der Anfechtungsfrist auch kein Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses nach § 826 mehr gegeben sein dürfe, da dieser sonst wieder zur tatsächlichen Beseitigung des Vertrags trotz Ablaufs der Frist führen würde.

6. **RG.** 10. 6. 13, **82** 375 ff. Durch die Erklärung, einer G. m. b. H. beizutreten, verpflichtet sich der Erklärende im Innenverhältnisse zu den übrigen Gesellschaftern oder zu der bereits gegründeten Gesellschaft, sich in Höhe der übernommenen Stammeinlage der Gesellschaft zu beteiligen. Die Übernahmeerklärung ist weiterhin dazu bestimmt, zur Bildung der Kapitalgrundlage mitzuwirken und insoweit hat sie der Allgemeinheit gegenüber die Bedeutung, für die übernommenen Stammeinlagen haften zu wollen, sobald die Eintragung in das Handelsregister erfolgt ist. Soweit nur die erstere Bedeutung der Übernahmeerklärung in Betracht kommt, handelt es sich allerdings um eine gewöhnliche bürgerlich-rechtliche Willenserklärung, die an sich wie jede andere der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 unterliegt. Soweit sich aber die Übernahmeerklärung mit ihrem besagten Inhalt an die Allgemeinheit richtet, duldet sie keine Anfechtung, denn das Interesse derer, die im Vertrauen auf die durch die Übernahmeerklärungen geschaffene Kapitalgrundlage mit der Gesellschaft in geschäftlichen Verkehr getreten sind oder treten wollen, verlangt, daß diese Kapitalgrundlage ungeschmälert erhalten bleibt. Diese Grundlage würde erschüttert, wenn man die Anfechtung der Übernahmeerklärung, auch soweit sie die Bedeutung einer Haftungserklärung gegenüber der Allgemeinheit hat, zulassen wollte (378).

§ 125. 1. Die verabredete Schriftlichkeit. *Siegel, ACivPr. **111** 46 ff. Verabredung der Beurkundung vor einer Einigung ist stets in dem Sinne gemeint, daß die Beurkundung zur Gültigkeit nötig ist, mündliche Nebenabreden sind nicht aus der Bedeutung der Vereinbarung der Schriftform heraus zu würdigen, sondern aus dem Parteiwillen bei Abgabe der mündlichen Erklärungen. Für letztere Frage greift § 125 Abs. 2 als Auslegungsvorschrift Platz. Vereinbarung der Beurkundung nach erfolgter Einigung bewirkt für den Normalfall nur die (nach § 894 ZPO.!) erzwingbare Pflicht zur Mitwirkung einer Formerfüllung; nicht aber soll Bindung erst mit der schriftlichen Redaktion eintreten. — „Ablösende und nichtablösende" Urkunden. — Die „reproduzierende" Urkunde ist Feststellungserklärung. Diese ist deklaratorisch, aber mit rechtsändernder Kraft. Die mündliche Einigung ist Grundgeschäft, die Feststellungserklärung Hilfsgeschäft. — War die mündliche Einigung anders als vorausgesetzt, dann ist gegen die Feststellungserklärung die Kondiktion gegeben. Aus dieser Theorie erklärt sich der Satz, daß die Urkunde die Vermutung der Vollständigkeit für sich habe, ferner die verbindliche Kraft des Datums. — Unterschied von der Anerkennung: Quittung und Schuldschein können konstitutiv sein, sind aber meist Feststellungserklärung. Daraus erklärt sich die Kondizierbarkeit der Quittung (§ 368 BGB.) und die rechtliche Natur des Anspruchs auf Rückgabe des Schuldscheins (§ 371 BGB.).

2. SächsOLG. **34** 131 ff. (Dresden). Gegen die Gültigkeit mündlicher Verabredungen neben dem schriftlich geschlossenen Vertrage spricht der Umstand, daß beide Urkunden, die notarielle sowohl wie die gerichtliche, protokolliert, nicht aber in der Weise hergestellt worden sind, daß ein bereits vorher fertiger Vertrag als Anlage zum Protokolle genommen wurde. Bei der Protokollierung hatten die Parteien Gelegenheit, etwa noch getroffene mündliche Vereinbarungen geltend zu machen und sie durch die in der Fassung von Verträgen geübte Urkundsperson in die gehörige Form bringen zu lassen. Gleichwohl sind die behaupteten Abreden in keine der beiden Urkunden aufgenommen worden, obwohl sie nach der in der Berufungsverhandlung aufgestellten Behauptung bei beiden Gelegenheiten getroffen sein sollen.

3. *Appel, Rechtsgeschäfte der preußischen Gemeinden, JW. **13** 531 ff. Die Vorschriften der preußischen Gemeindeordnungen über die Errichtung von Urkunden der Gemeinde sind wohl lediglich als Formvorschriften für Ur-

kunden erlassen und als solche durch das BGB. außer Kraft gesetzt. Die neuere Praxis des RG. faßt diese Vorschriften freilich als Legitimationsbeschränkungen der handelnden Organe auf und erklärt folgerichtig mündliche Verträge von Gemeinden überhaupt für unzulässig; in den Einzelheiten herrschen beim RG. aber verschiedene Rechtsauffassungen. In der Praxis können die Gemeinden den vom RG. gestellten Anforderungen überhaupt nicht genügen, so daß vor Verträgen mit Gemeinden geradezu gewarnt werden muß.

§ 126. 1. *Rath, Die Verwendung von Blankozessionen zur Übertragung von Kuxen, JW. **13** 706 ff. Eine nachträglich auf den Namen des Erwerbers ausgefüllte Blankozession genügt der Schriftform gemäß § 126 BGB. auch in denjenigen Fällen, in denen das Gesetz Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form vorschreibt, wie z. B. bei der Übertragung von Kuxen (§ 105 BergG.) ➵ und bei der Übertragung von Briefhypotheken (§ 1154 BGB.). ⇜ In diesen Fällen wird mit der bedingungslosen Übergabe einer unausgefüllten Blankozession dem Empfänger gleichzeitig die Vollmacht zur demnächstigen Ausfüllung und zum Abschluß eines weiteren abstrakten Übertragungsvertrags mit einer beliebigen dritten Person erteilt, und zwar mit unbeschränkter Substitutionsbefugnis. Geht dann die Blankozession unausgefüllt durch mehrere Hände, so erwerben die Zwischenmänner das abzutretende Recht nicht, da mangels Ausfüllung der Blankozession auf ihren Namen bezüglich ihrer Person der Schriftform nicht genügt ist. Dagegen erwirbt derjenige, auf dessen Namen schließlich die Blankozession ausgefüllt wird, das abzutretende Recht unmittelbar von dem ursprünglich Berechtigten, da sein Vormann auf Grund der unbeschränkten Substitutionsbefugnis der erteilten Übertragungsvollmacht als Vertreter des ursprünglich Berechtigten beim Abschlusse des abstrakten Übertragungsvertrags mit ihm anzusehen ist. Hat jedoch der Kuxeigentümer die Blankozession nicht zur Erfüllung eines von ihm geschlossenen Veräußerungsgeschäfts bedingungslos herausgegeben, sondern nur zum Zwecke der Erfüllung des Kuxes oder zur fiduziarischen Sicherung seines Vertragsgegners, so ist die mit der Übergabe der Blankozession erteilte Vollmacht nicht unbedingt erteilt, sondern von dem Eintritte der Pfandreife bzw. der Verfallbedingung abhängig. Verfügt der Empfänger vor Eintritt dieser Bedingungen durch Ausfüllung oder Weitergabe der Blankozession über das verpfändete Kuxrecht, so handelt er ohne Vertretungsmacht und in diesem Falle hängt die Wirksamkeit seiner Verfügung von der Genehmigung seitens des Kuxeigentümers ab. Solange dieser nicht genehmigt, liegt ein rechtswirksames Veräußerungsgeschäft bezüglich des Kuxes nicht vor, da es an dem rechtsgültigen abstrakten Übertragungsvertrage zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber fehlt, und in diesem Falle erwirkt derjenige, der den Kux von dem ungetreuen Pfandgläubiger kauft ebenso wie seine etwaigen Nachmänner das Kuxrecht nicht, auch wenn sie den Kux bar bezahlt haben und vielleicht gar auf Grund der ausgefüllten Blankozession ins Gewerkenbuch eingetragen worden sind. Der Eigentümer kann in solchen Fällen den Kux jederzeit von dem jeweiligen Inhaber zurückverlangen und Berichtigung des Gewerkenbuchs beantragen, auch wenn der betreffende Erwerber sich in gutem Glauben hinsichtlich der Verfügungsbefugnis seines Vormanns befand, denn die Vorschriften des BGB. über gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer (§ 932) beziehen sich nur auf bewegliche „Sachen" im Sinne des BGB., also nur auf körperliche Gegenstände, nicht aber auf Kuxe, die ein Recht und keine Sache im Sinne des BGB. darstellen. Da man eine solche Beschränkung der bei Hingabe der Blankozession erteilten Übertragungsvollmacht weder dem Kuxe noch der Blankozession ansehen kann, und auch guter Glaube den Erwerber in Fällen derartiger Vollmachtsbeschränkung nicht schützt, so liegt in der Verwendung der Blankozessionen, die sonst gewisse Vorteile für den Erwerber haben, doch eine Gefahr für die Sicherheit des Verkehrs.

2. Über *Siegel, AZivPr. **111** 21 siehe oben Ziff. 3 zu §§ 116 ff.
3. Vgl. *Klein, ÖstZBl. **31** 204.
4. Unterschrift durch Vertreter (JDR. **10** 1, **11** 2). **RG.** 19. 11. 12, **81** 1, JW. **13** 127. Wer bei einer urkundlichen Erklärung eine andere mit eigener Handlungsfähigkeit ausgestattete Person zur Mitwirkung in der Weise beizieht, daß er ihr die Vollziehung seiner für die Abgabe der Erklärung entscheidenden Unterschrift überträgt, benutzt diese Person regelmäßig nicht als bloßes Werkzeug, sondern als rechtsgeschäftlichen Vertreter. Es ist nicht notwendig, daß der Vertreter über den Inhalt der abzugebenden Erklärung unterrichtet ist, es genügt, wenn er bei der Unterzeichnung wußte, daß es sich überhaupt um eine rechtsgeschäftliche Erklärung handelte.
5. **RG.** JDR. **11** Ziff. 2 jetzt auch **RG. 80** 400 ff.

§ 133. **RG.** JW. **13** 87 über die Auslegung von Streikklauseln. — Für die Wirkung eines Arbeiterausstandes als Befreiungsgrund erscheint es nach Treu und Glauben und nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen notwendig, daß der Arbeiterausstand gerade den dem Vertrage zugrunde liegenden Geschäftszweig betroffen hat, sei es, daß eine derjenigen Arbeitergruppen, deren Tätigkeit zur Ausführung des Vertrags erforderlich ist, selbst in den Ausstand getreten ist, sei es, daß eine der beteiligten Arbeitergruppen, wenngleich selbst arbeitswillig, durch den Ausstand anderer Arbeitergruppen in der Entfaltung ihrer Tätigkeit beeinträchtigt wird. Andererseits vermag aber die Tatsache allein, daß der Ausstand einer bei der Vertragserfüllung nicht beteiligten Arbeitergruppe eine Lohnerhöhung bei anderen nicht in den Ausstand getretenen Gruppen oder sonstige Preissteigerungen zur bloß mittelbaren Folge gehabt hat, die Wirksamkeit der Klausel nicht zu begründen.

§ 134. 1. *Türk, KGBl. **13** 35 ff., 45 ff. Vermögensübertragungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Zwecke gleichmäßiger Befriedigung ihrer Gläubiger sind auch bei Verstoß gegen § 288 StGB. nicht nichtig (vgl. zu § 3 Nr. 1 AnfG.).
2. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 83. Nichtig, weil gegen die §§ 33, 45 GewO. verstoßend, ist die Abrede, daß der Verpächter seine Schankkonzession dem Pächter derart übertrage, daß der Pächter nur nach Außen als Vertreter des Verpächters erscheine.
3. *Striemer, JW. **13** 182 ff. Der sog. 1500-Mark-Vertrag verstößt nicht gegen ein Verbotsgesetz. Vgl. unten zu § 826 BGB. und § 850 Nr. 1 ZPO.

§§ 135, 136. *Kirchmann, LeipzZ. **13** 188 ff., 271 ff. Leistung aus einem Lebensversicherungsvertrag an den Inhaber der Police trotz eines Veräußerungsverbots. — Über die Tragweite beider Bestimmungen in ihrem Verhältnisse vgl. unten zu § 808.

§ 138. 1. *Eckstein, ABürgR. **39** 367 ff. Die Einrede der Unsittlichkeit ist anzuerkennen, obwohl sie im Gesetze nicht ausdrücklich geregelt ist. Abgrenzung der Einrede gegen die materielle Unsittlichkeit (369), ihr Verhältnis zur Vertragsauslegung (370); Abgrenzung gegen den Schikaneeinwand (372). Theoretische Begründung (374—381). Grundsatz der Anwendbarkeit, wo die Geltendmachung eines Rechtes zu ethisch-juristischem Unrechte führt. Rein moralisches Unrecht ist belanglos (382). Fälle der falschen Anwendung der Exceptio doli (385—394) gegen promissio sine causa, gegen Bereicherung (387), gegen ein Verhalten des Gläubigers zum Nachteile des Schuldners (388), gegenüber erregten Erwartungen (391). Hauptfälle der Anwendbarkeit der Einrede: gegen dolosen Vollstreckungsbetrieb (395), und zwar grundsätzlich, wenn sich die Unrichtigkeit eines Urteils nachträglich erweist und kein Rechtsmittel mehr gegeben ist. Ähnlich beim Vergleiche. Ferner gegen den frivolen Verjährungseinwand, selbst dann, wenn die Verjährung nicht arglistig herbeigeführt ist (398). Ferner bei Gefälligkeitsverhältnissen (Gefährdungshaftung) (401—405).

2. a) **RG.** 23. 4. 13, JW. **13** 682, GruchotsBeitr. **57** 922, SeuffA. **69** 89. Die Nichtigkeit des Grundgeschäfts gemäß § 138 hat nicht die Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit des abstrakten Abtretungsgeschäfts zur Folge. **b)** ElsLothJZ. **13** 641 ff. (Colmar). Ein Kaufvertrag über ein Haus, dessen Kaufzins mit Rücksicht auf seine Vermietung an Dirnen bewußt über den wahren Wert bemessen ist, ist nichtig. Der Eigentumsübergang durch Auflassung und Eintragung wäre aber nur dann ebenfalls nichtig, wenn gerade in der Eigentumsübertragung selbst das Verpönte läge (**RG. 63** 184). Beim Kaufe eines Freudenhauses ist aber nicht der Erwerb des Gebäudes, sondern das darin betriebene Geschäft das Unerlaubte.

3. Verhältnis des § 138 zu § 343. **RG.** 7. 1. 13, JW. **13** 319 ff., SeuffA. **68** 226. Der Richter hat nicht etwa die Wahl, ob er den § 343 oder § 138 Abs. 1 anwenden will, auch tritt nicht etwa bei ganz unsinnig hoher Strafe die Nichtigkeit des ganzen Vertrags, bei nur mäßiger Überschreitung hingegen das Herabsetzungsrecht ein. Der § 138 Abs. 1 greift vielmehr nur dann Platz, wenn zu dem bloßen Mißverhältnisse der Strafhöhe noch etwas weiteres hinzukommt, das dem Vertrag überhaupt den Stempel der Sittenwidrigkeit aufdrückt und ihn im ganzen als vernichtungswürdig erscheinen läßt.

4. Gastwirtswesen (JDR. **11** II 1). SeuffA. **68** 470 (München). Ein Vertrag, durch den sich ein Wirt verpflichtet, den gesamten für eine Wirtschaft erforderlichen Bierbedarf ausschließlich von einer bestimmten Brauerei zu beziehen oder für den Fall der Ausübung der Wirtschaft durch Dritte oder Besitznachfolger beziehen zu lassen und dafür zu haften, verstößt nicht gegen die Vorschriften des § 138 Abs. 1 und 2. Es ist keine übermäßige Härte oder drückende Beschränkung des Wirtes in seiner persönlichen Freiheit und seinem Gewerbebetriebe, wenn er ein Jahr oder anderhalb Jahre an die Bierbezugspflicht gebunden und wenn eine Strafe vereinbart ist, durch die er zur Erfüllung seiner Vertragspflichten nachdrücklich angehalten und durch die für den Fall der Nichterfüllung die mit Schwierigkeiten und Weiterungen verbundene Schadensliquidierung entbehrlich gemacht wird.

5. Konkurrenzverbot und ähnliches (JDR. **10** II 4, **11** II 5). **a) RG.** 18. 3. 13, LeipzZ. **13** 621 ff., GruchotsBeitr. **57** 841 hat einen Anstellungsvertrag mit Wettbewerbsverbot, der dem Angestellten nicht nur die Fabrikation von Maschinen der Firma, sondern auch die Feilhaltung von Fabrikationshilfsmitteln untersagte, wegen übermäßiger Beschränkung der gewerblichen Bewegungsfreiheit für nichtig erklärt. Es sei hierdurch fast jede Betätigung im Maschinenbau und Maschinenhandel verboten, weil es bei dem Umfange des Geschäftsbetriebs der Firma wohl wenig Maschinen gebe, die nicht wenigstens als Hilfsmaschinen anzusprechen seien.

b) RG. FrankfRundsch. **47** 107 hat einen Vertrag für ungültig erklärt, durch den sich eine Sängerin verpflichtete bis zum Ablauf ihrer Bühnenlaufbahn, jedenfalls aber bis zum 1. September 1919, ausschließlich in den von dem Kläger zu bestimmenden Theatern, Sälen, Varietees, Kabarets aufzutreten, gegen Zusicherung von 50 pCt. des Reingewinns, mindestens aber ihres Lebensunterhalts, nach der Lebensweise in einer bestimmten Pension bemessen.

c) RG. 14. 3. 13, R. **13** Nr. 1419. Eine Wettbewerbsbeschränkung verstößt gegen die guten Sitten, wenn dabei in rücksichtsloser Weise ohne einen auch nur versuchten Ausgleich der beiderseitigen Interessen und unbekümmert um die damit möglicherweise verbundene finanzielle Schädigung der Angestellten lediglich das Unternehmerinteresse gewahrt wurde.

d) OLG. Hamburg (JDR. **11** II 5 c) ist von **RG.** HansGZ. **13** Hptbl. 1 ff. MSchutz uWettbew. **12** 40 f. aufgehoben worden. Es verstößt allerdings gegen die guten Sitten, wenn der Ingenieur die Kenntnisse, die er nach Beendigung des Dienstverhältnisses verwertete, sich dadurch verschaffte, daß er während des Dienstverhältnisses heimlich

und gegen den Willen des Dienstherrn Zeichnungen der Maschine für seinen Gebrauch anfertigte. Auch sei es von Bedeutung, wenn der Beklagte von Anfang an darauf ausging, der Klägerin Konkurrenz zu machen.

6. Gewerblicher Wettkampf, Boykott (JDR. **11** II. 6). a) **RG.** 21. 10. 12, JW. **13** 146 ff. Eine Arbeitseinstellung auf Grund gemeinschaftlicher Verabredung ist, falls sie nicht unter Verletzung vertraglicher Verpflichtungen der Arbeiter erfolgt, grundsätzlich nicht unerlaubt, da eine Verabredung zur gleichzeitigen Ausübung des jedem Teilnehmer zustehenden Rechtes zur Niederlegung der Arbeit weder durch besondere Gesetzesvorschriften verboten ist, noch an und für sich einen Verstoß gegen Vorschriften des BGB. enthält. b) **RG.** 21. 11. 12, HansGZ. **13** Beibl. 257 ff. Ein Boykott verstößt gegen die guten Sitten, wenn er eine unbillige Härte enthält. Dies kann dann der Fall sein, wenn ein Gewerbetreibender nach den Satzungen seiner Zwangsinnung nicht unmittelbar mit der Arbeitnehmerorganisation verhandeln darf (260). Schmähungen und Verunglimpfungen des Gegners im wirtschaftlichen Kampfe werden ihrer Sittenwidrigkeit nicht dadurch entkleidet, daß infolge ihrer steten Wiederholung die Betroffenen oder das Publikum dagegen abgestumpft worden sind (261). c) **RG.** 7. 11. 12, GruchotsBeitr. **57** 845 ff. Die Bildung sog. Kartelle verstößt an sich nicht gegen die guten Sitten.

7. Arbeits- und Dienstverhältnis (JDR. **10** u. **11** II 3). **RG.** 30. 1. 13, JW. **13** 431. Wird bei einer Auskunft über einen früheren Angestellten eine durch diesen begangene vereinzelte Veruntreuung nicht aus persönlichen Interessen, sondern in der Überzeugung verschwiegen, der Angestellte werde bei der dem Anfragenden ausdrücklich empfohlenen strengen Kontrolle keine Unredlichkeit mehr begehen, so liegt eine Sittenwidrigkeit nicht vor.

8. Gesellschaftsrecht (JDR. **6** II B 9, **7** II B 12). a) **RG.** 12. 11. 12, **80** 385 ff. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn eine G. m. b. H. durch Abänderung des Gesellschaftsvertrags bestimmt, daß sich die Gesellschafter, welche mit ihr in Wettbewerb stehen, in den Gesellschaftsversammlungen durch Mitglieder der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrats vertreten lassen müssen, die nicht Konkurrenten der Gesellschaft sind. Eine solche Maßregel greift in die Freiheit und die Rechte der einzelnen Gesellschafter nicht weiter ein, als es die Lage der Umstände geboten erscheinen läßt (391). b) **RG.** 27. 5. 13, **82** 308 ff., JW. **13** 917, DJZ. **13** 1076. Ein Vertrag zwischen zwei Gesellschaften wegen Verstoßes gegen die guten Sitten ist nichtig, wenn sich darin die eine Pratei in ihrer Geschäftsführung vollständig dem Willen der anderen unterworfen hat.

9. Ärztliche Praxis (JDR. **10** II 5, **11** II 12). a) R. **13** 3101 (Hamburg). Ein Vertrag zwischen einem Zahnarzt und Zahntechniker, in dem dem letzteren bei einer Konventionalstrafe verboten wird, nach Lösung des Vertrags dem Zahnarzte Konkurrenz zu machen, verstößt gegen die guten Sitten, soweit sich das Konkurrenzverbot gegen zahnärztliche Tätigkeit richtet. b) **RG.** 24. 6. 13, R. **13** 2036. Die Gewährung von Prozenten auf die verschriebenen Medikamente und auf Handverkaufsartikel seitens eines Apothekers an einen Arzt verstößt da gegen die guten Sitten, wo die Errichtung von Apotheken dem Konzessionszwang unterliegt. c) Über den Verkauf einer ärztlichen Praxis **RG.** 17. 1. 13 im wesentlichen wie **RG. 66** 139, **75** 120.

10. Anwaltspraxis. a) **RG.** 24. 9. 13, **83** 110 ff., JW. **13** 1144. Das einem Rechtsanwalte gegenüber abgegebene Honorarversprechen ist nichtig, wenn es unter rücksichtsloser Ausnutzung der Sach- und Rechtslage seitens des Sachverwalters gegenüber dem von ihm abhängigen Klienten erwirkt ist. Eine Verletzung der Standesehre genügt allerdings nicht, einen Vertrag zu einem unsittlichen zu machen; die Vereinbarung muß vielmehr nach ihrem Gesamtcharakter mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden im Widerspruche stehen. Bei

Rechtsanwälten, die berufen sind, bei Wahrung des Rechtes mitzuwirken, ist aber in dieser Beziehung ein schärferer Maßstab anzulegen. b) SächsRpflA. **13** 349 (Dresden). Ein Rechtsanwalt, der sich ein Sonderhonorar ausbedungen hat, verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn er bei Übertragung der Sache an einen auswärtigen Kollegen diesen unter Verschweigung der Honorarvereinbarung veranlaßt, den Streitwert besonders niedrig anzusetzen. c) RheinA. **110** 155 (Düsseldorf). Das Versprechen eines Extrahonorars an den Prozeßbevollmächtigten für den Fall des Obsiegens im Rechtsstreite, das in einem Prozentsatze des erstrittenen Betrags bestehen soll, verstößt gegen die guten Sitten und ist ungültig.

11. Ehrenwörtliche Bestärkung vermögensrechtlicher Verbindlichkeiten (JDR. **11** II 10). a) Lade, GewuKfmG. **18** 238 tritt **RG. 78** 258 ff. (JDR. **11** II 10 a) bei, da es unserm sozialen Empfinden widerspreche, ideelle Güter des Menschen wie die Ehre im Rechtsverkehre zur gewöhnlichen Marktware herabzuwürdigen. Nur ausnahmsweise dürfe zu dem mit dem Ehrenworte verbundenen Gewissenszwange gegriffen werden, so wenn es sich um die Rechtspflichten aus einem Vertrauensverhältnisse handele, deren Verletzung als wirklich ehrlose Handlungen zu brandmarken sind. b) **RG.** 29. 4. 13, **82** 222 ff., JW. **13** 854. Verpfändung des Ehrenworts für Geldinteressen ist grundsätzlich unzulässig. Die Gefahr, wegen ganz geringfügiger und durchaus nicht unehrenhafter Handlungen des Ehrenwortbruchs geziehen und dadurch in seiner bürgerlichen Stellung und seinem Fortkommen stark geschädigt zu werden, läßt die ehrenwörtliche Bestärkung der Vertragspflichten als unsittlich und den Vertrag daher nach § 138 als nichtig erscheinen.

12. Der sog. 1500-M.-Vertrag (JDR. **11** II 8). a) *Kiefer, Gehaltsverfügungen 107 ff. Die vom **RG.** JW. **12** 689, LeipzZ. **13** 81 ausgesprochenen Grundsätze, nach denen sich die Unsittlichkeit von Gehaltsverträgen zum Nachteile der Gläubiger beurteilt, sind im allgemeinen zu billigen. Die Betätigung des Schuldners in dem Unternehmen seiner Frau verstößt im allgemeinen nicht gegen die guten Sitten. Unsittlich wäre ein solches Verhältnis nur dann, wenn es dem Manne den Umständen nach eine unwürdige, mit seiner Eigenschaft als Haupt der Familie unvereinbare Stellung zuweisen würde (126).

b) *Striemer, JW. **13** 182 ff. Der sog. 1500-Mark-Vertrag verstößt in der Regel nicht gegen die guten Sitten; liegt ausnahmsweise solcher Verstoß vor, so ist der Vertrag nicht nichtig, sondern macht nur schadensersatzpflichtig. Vgl. unten zu § 826.

c) *Becker, Die rechtlichen und sozialen Probleme des 1500 M.-Vertrags, GruchotsBeitr. **58** 1, 45. Der Vertrag kann auch sittenwidrig und daher ganz oder zum Teil nichtig sein und den Prinzipal zum Schadensersatze verpflichten. Dieser vom RG. allein gewährte Rechtsbehelf stellt aber einen Rückschritt der Rechtsentwickelung dar und führt zu großer Rechtsunsicherheit. Vgl. auch oben Ziff. 4 zu § 117 und zu § 3 AnfG. und § 3 LohnBG.

d) *Harnier, JW. **13** 295, befürwortet zu Gehaltsverträgen zur Benachteiligung der Gläubiger eine Gesetzesänderung dahin, daß die Gehaltsforderungen der Privatangestellten hinsichtlich der Pfändbarkeit den Gehaltsforderungen der Beamten gleichgestellt werden möchten.

e) **RG.** 29. 11. 12, **81** 41 ff., JW. **13** 199, LeipzZ. **13** 79 ff., GewuKfmG. **18** 138 ff. Ein 1500-M.-Vertrag verstößt dann nicht gegen die guten Sitten, wenn der Gesamtbetrag der gewährten Vergütungen nicht das Maß dessen übersteigt, was zum Unterhalte des Dienstverpflichteten und seiner Familie bei einer bescheidenen, dem Stande des Dienstverpflichteten entsprechenden Lebensführung erforderlich ist (46).

f) RheinA. **110** 186—195 (Cöln) erblickt nach Lage der Sache in der Zuwendung

des pfändbaren Gehaltsteils an die Ehefrau ein nach § 116 Satz 2 nichtiges Geschäft und erklärt auch den § 826 für anwendbar.

g) RheinA. **110** 226—232 (Düsseldorf) wendet den § 117 Abs. 1 und 2 an und führt aus: Wie eine solche Zahlungsverpflichtung gegenüber der Ehefrau rechtlich und wirtschaftlich begründet werden soll, ist nicht erfindlich. Rechtlich läßt sie sich überhaupt nicht qualifizieren; denn auch die formell der Ehefrau versprochenen 110 M. monatlich sollten Gegenleistung für die von dem Ehemanne zu leistenden Dienste sein, es ist aber bei der Wechselwirkung von Leistung und Gegenleistung mit dem Wesen eines Dienstvertrags unvereinbar, daß der Lohn einem anderen zustehen soll, als dem die Dienste Leistenden, und zwar dem ersteren als alleinigen selbständigen Gläubiger unter Ausschluß des letzteren von dem Schuldverhältnisse. In Wirklichkeit hat der Beklagte sich der Ehefrau gar nicht verpflichten wollen, sondern ihrem Ehemanne, der ja für das Geld arbeiten sollte, und dieser hat auch seinerseits den ganzen Lohn für sich beanspruchen wollen, denn die Ehefrau hat nach ihrer Zeugenaussage von den ganzen Verhandlungen gar nichts gewußt, auch nie daran gedacht, sich vom Beklagten etwas versprechen zu lassen und nur den ihr von ihrem Ehemanne vorgelegten fertigen Vertrag auf dessen Bitte unterschrieben, damit er nicht vom Beklagten entlassen würde.

h) Haager, BayRpflZ. **14** 18 weist darauf hin, daß es sich bei der Zuwendung des 1500 M. übersteigenden Betrags an die Ehefrau um ein einheitliches, und nicht um ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft handele. Die Gehaltsbestimmung in einem Dienstvertrag und die Gegenleistung hierfür seien als einheitliches Rechtsgeschäft zu erachten. Es könne daher die Gehaltszuwendung an die Ehefrau, wie in der Praxis angenommen worden sei, nicht nur insoweit nichtig sein, als sie das Maß dessen übersteigt, was zum Unterhalte der Familie des Dienstverpflichteten erforderlich ist, sondern die ganze Zuwendung sei nichtig. Der § 139 könne keine Anwendung finden.

i) Feßler, BayRpflZ. **13** 182 ff. gibt in der Frage der 1500-M.-Verträge der Ansicht des RG. schon aus allgemeinen Erwägungen den Vorzug, weil es die Sorge um die Familie höher stelle als das konkurrierende Recht des privaten Gläubigers. Sie werde aber auch noch in bemerkenswerter Weise gestützt durch die Vorschriften des geltenden Rechtes über die Unterhaltsverpflichtungen. Demnach besteht in der Regel kein für die Rechtsordnung in Betracht kommender Anspruch der Gläubiger darauf, daß ihr Schuldner seine wirtschaftliche Tätigkeit in einer Form ausgestalte, die es ihnen ermöglicht, ihre Hand auf den Ertrag zu legen. Nur der Unterhaltsberechtigte hat einen Rechtsanspruch darauf, daß der Unterhaltsverpflichtete seine Arbeitskraft zu seinen Gunsten ausnütze.

13. Übereignung von Warenlagern sicherungshalber (JDR. **11** II 7). a) *Melsbach, JW. **13** 404. Die Sicherungsübereignung von Warenlagern ist sittenwidrig nur unter besonderen Umständen, die in den vertraglichen Beziehungen des Übereigners und Erwerbers liegen müssen (407).

b) **RG.** 17. 12. 12, SchlHolstAnz. **13** 70 hält eine Sicherungsübereignung nicht für nichtig, weil die Waren auf eigene Rechnung der Firma weiter veräußert wurden, diese geschäftlich selbständig blieb und der Wert, der in dem Geschäft als solchem, dem Kundenkreis, enthalten war, der Firma und damit ihren übrigen Gläubigern erhalten und der Firma ein neuer Kredit von 30 000 M. eingeräumt wurde, ihr auch die Grundstücke, vor allem die Werkstatt und etwaiges bares Geld verblieb.

c) **RG.** 17. 12. 12, JW. **13** 318, GruchotsBeitr. **57** 916 ff. Es erscheint sittenwidrig, wenn ein Kaufmann sein bisher auf seinen Namen und seine Rechnung betriebenes Geschäft nach außen hin in alter Weise fortbetreibt, obgleich er die zum Fortbetriebe nötigen Waren nicht mehr für sich, wie die ihm auf Kredit liefernden

Personen nach Treu und Glauben anzunehmen berechtigt sind, sondern für den sichergestellten Gläubiger erwerben und sie nur in der Weise weiterveräußern will, daß die hierdurch erwachsenden Forderungen nicht ihm, sondern diesem Gläubiger zustehen sollen.

d) DJZ. **13** 1208 (Braunschweig) erklärt Sicherungsübertragung von Warenlagern mit wechselndem Bestande an sich für möglich (**RG.** JW. **11** 762, JW. **12** 144). Trotz der in der Abrede gebrauchten Bezeichnung eines Kommissionsverhältnisses ist ein solches aber zu verneinen, wenn ein Bankhaus ein Weinlager zur Sicherheit übertragen erhalten, der Veräußerer aber niemals über den erfolgten Weiterverkauf Rechnung abgelegt hat.

e) LeipzZ. **13** 167 ff., DJZ. **13** 471, SächsRpflA. **13** 146 (Dresden) bereits JDR. **11** II 7 b γ.

14. Öffentliche Ausschreibungen (JDR. **10** II 6). **a) RG.** JW. **13** 734, DJZ. **13** 922, GruchotsBeitr. **57** 836, BayRpflZ. **13** 297. Schutzabkommen Gewerbetreibender bei Einreichung von Preisgeboten verstoßen nur dann gegen die guten Sitten, wenn die beteiligten Unternehmer sich dadurch einen unangemessenen Geschäftsgewinn zum Schaden des Verdingenden sichern wollen. **b)** Vgl. auch LG. Magdeburg, NaumburgAK. **13** 67 mit eingehender Zusammenstellung der Judikatur.

15. Abtretung von Forderungen (JDR. **9** II B 8, **10** II 8). **a) RG.** 3. 1. 13, JW. **13** 317. Eine Zession ist nicht deswegen nichtig, weil sie in der Absicht erfolgt, den Zedenten als Zeugen auftreten zu lassen (wie **RG.** JW. **09** 270). **b) RG.** 7. 1. 13, **81** 175, JW. **13** 370. Die Abtretung einer Forderung an eine vermögenslose Person verstößt gegen die guten Sitten, wenn sie, ohne berechtigten Interessen des Abtretenden zu dienen, lediglich zu dem Zwecke erfolgt, um dem Gegner im Falle des Obsiegens die Wiedereinziehung der Kosten unmöglich zu machen. Es ist unerheblich, ob der Abtretende von der Aussichtslosigkeit des Rechtsstreits überzeugt ist.

16. Gewährung von Rabatten. **RG.** 3. 5. 12, MschutzuWettbew. **12** 247 ff. hält die von **RG. 78** 194 (JDR. **11** II 18) vertretene Auffassung aufrecht, daß in dem Gewähren von Sonderrabatt etwas Sittenwidriges nicht enthalten sei.

17. § 138 im Familienrechte (JDR. **10** II 11, **11** II 13). **a) RG.** 7. 1. 13, JW. **13** 321. Auch ein entgeltlicher Verzicht auf Einlegung der Berufung gegen das die Scheidung aussprechende Urteil seitens des allein für schuldig erklärten Ehegatten, dessen Widerklage abgewiesen wurde, verstößt nicht gegen die guten Sitten. **b) RG.** 3. 5. 13, JW. **13** 855, BayRpflZ. **13** 299. Die Unterhaltung eines Liebesverhältnisses mit einer verheirateten Frau ist von vornherein unsittlich und wenn sich ein Mann von dieser Frau dafür Entschädigung versprechen läßt, daß er diesem unsittlichen Liebesverhältnisse seine Zeit geopfert und dadurch die Gelegenheiten zu einer anderweiten Heirat verpaßt habe, so muß auch dieses Versprechen und seine Annahme als gegen die guten Sitten und gegen das allgemeine Anstandsgefühl verstoßend erachtet werden. Es ist möglich, daß im Einzelfalle eine andere und mildere Auffassung des Verhältnisses und damit auch des um seinetwillen abgegebenen Geldversprechens gerechtfertigt sein kann. **c)** HansGZ. **13** Beibl. 25 (Hamburg) hat auf Grund der besonderen Umstände eine Vereinbarung für gültig erklärt, durch welche die Alimentationspflicht des Mannes auch für den Fall festgelegt wird, daß die Ehe wegen Verschuldens der Frau geschieden wird. Auf eine solche Unterhaltsverpflichtung ist die Formvorschrift des § 518 nicht anwendbar.

18. § 138 und Anfechtungsgesetz (JDR. **6** II B 28). ElsLothZ. **13** 254 (Colmar). Wird dem Tatbestande des Anfechtungsgesetzes durch eine betrügerische Täuschung oder durch arglistige Verschleierung der den Gläubiger schädigenden

Machenschaften ein ihm an sich fremder Inhalt zugefügt, so tritt neben der Anfechtbarkeit nach dem Anfechtungsgesetze noch Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten ein.

19. **RG.** 18. 9. 13, JW. **13** 1100, SeuffA. **69** 91. Eine letztwillige Zuwendung, die darauf abzielt, die Religionsmündigkeit des Bedachten zu beeinträchtigen, verstößt gegen die guten Sitten.

20. Darüber, daß der Ausschluß der Haftung für Verschulden der bei der Schleppung durch den Kaiser-Wilhelm-Kanal beteiligten Angestellten der Kanalverwaltung nicht gegen die guten Sitten verstößt, vgl. **RG.** 12. 2. 13, **81** 320 (s. auch schon OLG. Kiel, JDR. **11** II 24).

21. NaumburgAK. **13** 1 (LG. Naumburg). Ein Mäklervertrag, durch den die Auftraggeber sich verpflichtet haben, dem Mäkler für den Fall der Zurückziehung des Auftrags ohne jede Zeitbeschränkung und ohne jede Rücksicht auf den Umfang der Leistungen des Mäklers diesem schlechthin den gleichen Betrag zu zahlen, wie er ihn bei der Ausführung des Auftrags verlangen konnte, ist nach § 138 nichtig.

22. **RG.** JW. **13** 489. Die Ausnutzung der Lage durch Festsetzung von für den anderen Teil unbilligen Bedingungen verstößt noch nicht gegen die guten Sitten. Ein solcher Verstoß läge jedoch z. B. dann vor, wenn eine Gemeindeverwaltung darauf ausginge, Grundstückseigentümer in eine Not- oder Zwangslage zu bringen, in der sie auf jeden, auch auf einen unter allen Umständen unangemessenen Preis eingehen müssen, nicht aber dann, wenn die Gemeindeverwaltung ihre Rechtsposition dazu ausnutzt, sich — im Interesse des von ihr vertretenen Gemeindewesens — unbilliger Forderungen der Grundstückseigentümer zu erwehren. Vgl. auch SchlHolstAnz. **13** 39.

23. **RG.** LeipzZ. **13** 392. Auch auf die Verletzung des § 138 kann eine Anfechtungsklage nach § 271 HGB. gestützt werden.

24. **RG.** FrankfRundsch. **46** 201, ZBlFG. **13** 629. Eine gegen § 270 PrStGB. verstoßende Vereinbarung ist weder aus § 134 noch aus § 138 nichtig.

25. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 552. Ob ein Rechtsgeschäft den guten Sitten zuwiderläuft, kann grundsätzlich nur nach der Zeit der Vornahme beurteilt werden. Spätere Ereignisse kommen nur insoweit in Betracht, als sie zur Zeit der Vornahme für die Beteiligten voraussehbar waren, und der Geschäftswille sie mitumfaßte. — Es besteht kein Rechtsgrundsatz, daß jeder auf unbegrenzte Zeit geschlossene Vertrag gegen die guten Sitten verstoße, sondern es kommt auf die begleitenden Umstände an, die den Mangel der zeitlichen Begrenzung als sittenwidrig kennzeichnen.

26. Über Vermögensübertragungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Zwecke gleichmäßiger Befriedigung der Gläubiger vgl. *Türk, KGBl. **13** 35 ff. oben § 134 Ziff. 1.

§ 138 Abs. 2. 1. **RG.** 1. 3. 13, JW. **13** 540, GruchotsBeitr. **57** 920. Ist ein Darlehnsvertrag wegen Versprechens wucherischer Vermögensvorteile nichtig, so ist auch die Einigung über die Bestellung der Hypothek zur Sicherung der Forderung des Wucherers aus dem Dahrlehnsvertrage nichtig und somit auch die Eintragung der Hypothek.

2. **RG.** 28. 1. 13, HoldheimsMSchr. **13** 163. Für die Frage des Wuchers sind die Verhältnisse zur Zeit des „Versprechens" der wucherischen Vermögensvorteile, also zur Zeit des Vertragsschlusses maßgebend.

3. Vgl. *Klein, ÖstZBl. **31** 208—210.

§ 139. 1. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 3 ff., 9, 79 ff. Es muß zur Aufrechterhaltung der von einer Unwirksamkeit direkt nicht betroffenen Teile die Mutmaßung bestehen, daß die Erklärenden im Zeitpunkte der Geschäftsvornahme bei Erkenntnis der wahren Sachlage das Geschäft auch ohne die unwirksamen Teile gewollt haben würden. Dazu genügen objektive Erwägungen, auch

außerhalb der Erklärung liegende Tatumstände. Es handelt sich nicht um einen nur durch Auslegung zu ermittelnden eventuellen Willen. § 139 ist gegen **RG. 79** 306 nicht nur bei richtigen, sondern auch bei anfechtbaren Geschäften, überhaupt allen unwirksamen Geschäften anzuwenden, nur nicht bei solchen, die nachträglich ihre Wirksamkeit eingebüßt haben, und bei schwebender Unwirksamkeit erst, wenn feststeht, daß das Geschäft nicht wirksam werden kann. — Etwas anderes an die Stelle des Erklärten zu setzen, gestattet § 139 nicht, sondern nur § 140.

2. *André, Festgabe der Marburger Fak. f. Enneccerus, untersucht die Voraussetzungen und die Bedeutung des § 139 auf Grund des in der Praxis angesammelten Materials. Bei Entscheidung der Frage, ob ein Teil eines Rechtsgeschäfts ungültig ist, unterscheidet er einfache, zusammengesetzte und verbundene Rechtsgeschäfte: nur für letztere kommt der § 139 in Betracht. Die Anwendung des § 139 wird auch in dem Falle bejaht, wenn ein obligatorisches und ein dingliches Geschäft verbunden sind.

3. **a)** **RG.** 3. 12. 12, JW. **13** 262. Ist die Vollmacht integrierender, unausscheidbarer Bestandteil eines kausalen, an sich formbedürftigen Dienstvertrags, so ist sie, wenn dieser nicht formgemäß abgeschlossen ist, gemäß § 139 nichtig. Denn sie ist dann nur ein Teil eines zu einem anderen Teile formbedürftigen, aber formwidrigen und darum zu diesem Teile und folgeweise im ganzen nichtigen Vertrags. **b)** **RG.** 1. 4. 13, **82** 124. Auf einen Pachtvertrag, zu dem die vormundschaftliche Genehmigung versagt ist (§ 1822 Nr. 5), findet der Grundsatz des § 139 Anwendung. An sich ist zwar die Pachtdauer eine Eigenschaft des Pachtvertrags; dies hindert jedoch nicht, den Pachtvertrag im einzelnen Falle in Zeitabschnitte dergestalt zu zerlegen, daß diese zugleich als Teile des Vertrags im Sinne des § 139 angesehen werden können.

§ 140. 1. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte. § 140 findet in denselben Grenzen wie § 139 auf unwirksame Geschäfte überhaupt Anwendung. Das gleiche wie bei § 139 gilt auch hinsichtlich der Feststellung des „mutmaßlichen Willens", die hier ergeben muß, daß etwas „anderes" bei Erkenntnis der wahren Sachlage angemessen und dem Willen der Beteiligten vermutlich nicht widersprochen haben würde. Das Ersatzgeschäft braucht nicht anderer Art zu sein. Weder Geltung noch Inhalt des Ersatzgeschäfts brauchen erkennbar gewollt zu sein. Es handelt sich um die Konstruktion eines nicht vorhanden gewesenen Willens für eine gar nicht vorhanden gewesene Sachlage. Die Erfordernisse des Ersatzgeschäfts müssen dem richtigen Geschäft in bezug auf Geschäftsfähigkeit, Form, Vertragsschluß usw. entsprechen, nicht aber bezüglich des Inhalts und dessen rechtlicher Qualifikation. Außerhalb des Falles des § 140 liegt die bloße Umdeutung des Wortlauts eines Geschäfts, die Aufrechterhaltung eines verdeckten Geschäfts, aber auch die Fälle, in welchen die Umwandlung schon gemäß einer besonderen gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Bestimmung eintritt.

2. HessRspr. **14** 210 (Darmstadt). Aufrechterhaltung eines unter der Herrschaft des alten Rechtes errichteten, formell ungültigen Testaments als Erbvertrag.

§ 142. 1. Unwirksamkeit (JDR. 2 2 u. 3, 4 1). *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 8 ff. „Unwirksam" ist der allgemeine gesetzliche Ausdruck für alle mangelhaften Geschäfte, bei denen der Mangel die Wirksamkeit beeinträchtigt. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sind Unterarten der Unwirksamkeit. Die Unwirksamkeit kann hier persönlich oder sachlich relativ sein. Sie kann heilbar sein. Es kann ein wirksames Geschäft nachträglich unwirksam werden. Es kann die Unwirksamkeit deklarationsbedürftig sein. Infolgedessen kann auch bezüglich der Unwirksamkeit ein Schwebezustand bestehen.

2. **RG.** JW. **13** 485. Die Anfechtung eines Vertrags wirkt absolut, deshalb ist über sie in erster Linie zu entscheiden, da nur dann, wenn die Anfechtung

verneint wird, Rechte geltend gemacht werden können, die ein Bestehen des Rechtsgeschäfts voraussetzen.

3. SächsOLG. **34** 127 (Dresden). Ist die Anfechtung erklärt, so kann nicht ohne weiteres unter Aufrechterhaltung des Vertrags Schadensersatz aus § 826 BGB. gefordert werden.

§ 144. 1. **RG.** 30. 10. 12, PosMSchr. **12** 140 über die Begründung des Bewußtseins des Anfechtungsberechtigten von der Anfechtbarkeit. Selbst wenn der Anfechtungsberechtigte sich bewußt gewesen ist, daß etwas Unberechtigtes von ihm verlangt werde, und wenn er auch von Anfang an nur dem Zwange gewichen wäre, so kann daraus noch keineswegs das Bewußtsein bei ihm entnommen werden, daß er ein Recht hätte, die erzwungene Erklärung anzufechten oder daß er auch nur mit der Möglichkeit eines solchen ihm zustehenden Rechtes gerechnet hätte.

2. SächsRpflA. **13** 126 (Dresden) über die Frage, ob die Bestätigung eines nach § 313 Satz 1 nichtigen Vertrags durch Anerkennung eines auf Grund des Vertrags eingeklagten Anspruchs erfolgen kann.

Dritter Titel. Vertrag.

Literatur: Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 290—313.

§ 145. **RG.** 4. 7. 13, WarnE. **7** 4, LeipzZ. **14** 71. Kein Zustandekommen eines Lotterievertrags, wenn unbestellte Lose zugeschickt werden.

§ 148. WürttJ. **25** 1 ff. (Stuttgart). Die Bestimmung des § 148 ist entsprechend anzuwenden, wenn die Beteiligten vereinbart haben, für die Erklärung über ein Angebot solle eine bestimmte Frist gelten. Die Annahmeerklärung muß innerhalb der gesetzten Frist dem Antragenden zugehen (**RG.** JW. **12** 133).

§ 152. **RG.** 28. 5. 13, BayRpflZ. **13** 331, LeipzZ. **14** 74, GruchotsBeitr. **57** 925 ff. Aus der Hinzufügung einer Fristsetzung bei einem Vertragsschlusse nach § 152 wird man zwar nicht die Rechtsvermutung entnehmen dürfen, das Zustandekommen des Vertrags solle davon abhängig sein, daß die Annahmeerklärung dem Antragenden noch innerhalb der Frist zugehe; es kann aber eine tatsächliche Vermutung unter Umständen nicht zu beanstanden sein.

§ 154. Über das Verhältnis des § 154 Abs. 2 zu § 125 Abs. 2 vgl. *Siegel, AZivPr. **111** 49, oben Ziff. 1 zu § 125.

§ 155. Last, Fragen der Besitzlehre 378. Haben die Vertragschließenden einen mehrdeutigen Ausdruck festgestelltermaßen in gleichem Sinne gebraucht, so liegt Konsens vor, und der beabsichtigte Vertrag ist zustande gekommen. Haben sie ihn aber festgestelltermaßen in verschiedenem Sinne gebraucht, die Bedeutung verkennend, die der andere Vertragsteil ihm beilegte, dann kann Dissens vorliegen, und dieser kann, wenn er vorliegt, nach § 155, je nachdem der Punkt, den der Dissens betrifft, wesentlich ist oder nicht, den Vertrag am Zustandekommen hindern oder nicht hindern (vgl. auch aaO. 353 ff.). Gegen Titze, Lehre vom Mißverständnis.

§ 157. I. 1. *Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 290—313. Der Versicherungsvertrag wird in besonderer Weise von dem Grundsatze der Beobachtung von Treu und Glauben beherrscht. Die Vielheit und Mannigfaltigkeit der Ereignisse, gegen welche Versicherung genommen wird, und der dieselben begleitenden Umstände, das von innerer Notwendigkeit der Sache und äußerem Zwange der Praxis getragene Streben der Versicherungsgesellschaften, sich den Verhältnissen anzupassen, das verschafft der Interpretation der einschlägigen Gesetzesstellen und des Versicherungsvertrags, dem ungeschriebenen Rechte im Versicherungsverkehre mehr als irgendwo anders Geltung und Bedeutung.

Im einzelnen äußert der Grundsatz von Treu und Glauben seine Wirkung besonders bei Auslegung der §§ 5, 16, 23, 34, 62, 64, 71, 97, 126 und 197 VVG.

2. Über die exceptio doli vgl. *Eckstein, oben Ziff. 1 zu 138.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 10. 7. 13, GruchotsBeitr. **57** 913 handelt darüber, inwieweit derjenige, dem eine Hypothek zur Sicherheit abgetreten worden ist, durch sein Verhalten gegenüber dem Zedenten für den Ausfall der Hypothek haftbar werden kann.

2. **RG.** 26. 2. 13, GruchotsBeitr. **57** 928 ff. Wie das RG. schon wiederholt ausgesprochen hat, ist, soweit nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, ähnlich wie bei Verwirkung von Vertragsstrafen Verschulden des Zahlungspflichtigen nötig, wenn aus der Nichteinhaltung von Nachsichtsfristen für die Zinszahlung die sofortige Fälligkeit oder doch Kündbarkeit des Kapitals gefolgert werden soll. Ein solches Verschulden kann aber jedenfalls dann nicht angenommen werden, wenn die Frage der Berechnung der Nachsichtsfrist rechtlich zweifelhaft ist.

3. **RG.** 7. 3. 13, SeuffA. **68** 358. Der Generalagent einer Versicherungsgesellschaft ist zwar nicht befugt, in Vertretung seiner Gesellschaft einen mit dem klaren Inhalte der Police und der allgemeinen Versicherungsbedingungen unvereinbaren, darüber hinausgehenden Vertrag abzuschließen, dennoch aber kann er im einzelnen Falle auf die rechtliche Gestaltung des Versicherungsverhältnisses einen seine Gesellschaft bindenden Einfluß dadurch ausüben, daß er dem Versicherungslustigen eine von ihm gewünschte Aufklärung über den Inhalt einer nicht ganz klaren, schwerverständlichen Bedingung oder Frage erteilt. In einem solchen Falle darf und muß der Versicherungsnehmer der Erklärung des Agenten, der von seiner Gesellschaft gerade zum Zwecke der Vermittelung und zur Belehrung des Publikums über Inhalt und Bedeutung sowohl des Fragebogens wie der Bedingungen angestellt ist, vertrauen und die Gesellschaft muß insoweit für die Erklärungen ihres Agenten einstehen (vgl. auch **RG.** JW. **12** 84.

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

Literatur: Krückmann, Die Wollensbedingung, BayRpflZ. **13** 345—347.

§ 158. 1. Krückmann, aaO. 345 ff. Bei gegenseitigen Verträgen ist die Bedingung si volam unter allen Umständen zulässig, bei formlosen einseitigen Versprechen macht sie unter allen Umständen das Versprechen unwirksam. Bei formgebundenen einseitigen Versprechen hindert sie die Wirksamkeit des Versprechens nicht, wenn die gesetzlichen Formen des Versprechens derartig erfüllt werden, daß der Versprechende des durch die Formvorschriften gewährten Schutzes endgültig ledig ist. Der Grund, weshalb die Bedingung si volam zulässig ist, ist in allen Fällen derselbe. Trotz dieser Bedingung wird doch immer irgendeine, wenn auch noch so bescheidene unbedingte Wirkung erzeugt, wird dem Gegner irgendein unbedingter rechtlicher Vorteil verschafft, seine Rechtsstellung in unbedingter Weise umfänglich zwar nur geringfügig, aber doch immer positiv verbessert.

2. *Heymann, Trustee und Trusteecompany 43 ff. Während ein Treuhänder bei Erwerb beweglicher Sachen vom Treugeber (Benefiziar) selbst durch eine Resolutivbedingung dinglich beschränkt werden kann, derart, daß bei Treubruch sowie bei Konkurs, Zwangsvollstreckung und Arrest gegenüber dem Treuhänder Rückfall mit dinglicher Wirkung an den Treugeber eintritt, ist dies bei Erwerb des Treuguts vom Dritten nicht anwendbar. Vielmehr ist eine Sicherung des Treugebers hier nur möglich durch suspensiv bedingte Rechtsübertragung seitens des Treuhänders an den Treugeber; diese Übertragung kann sofort beim Erwerbe vorgenommen werden, und zwar mittelst constitutum possessorium. Der bedingte Übereignungsvertrag kann dabei zwischen Treuhänder und Drittem als Vertrag zugunsten des Treugebers erfolgen. Es ist aber der suspensive Eigentumserwerb

des Treugebers auch durch Vertrag zwischen ihm und dem Treuhänder möglich. Die Offerte kann dann ein für allemal von dem Vertrauensmanne bei der Treuhandberedung abgegeben sein, so daß es nur der Akzeptation in jedem einzelnen Falle durch den Treuhänder bedarf; auf die Empfangsbedürftigkeit der Akzeptation kann verzichtet sein und sie kann schon dadurch erfolgen, daß der Erwerb in erkennbarer Weise (Buchführung, Schenkung für den Treuhandzweck usw.) für den Treuhandfonds erfolgt.

§ 159. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 5. Auch im § 159 ist das Willenserfordernis so aufzufassen, wie im § 139.

§ 162. 1. *Reichel, Mäklerprovision, 7, 41. Der § 162 ist unanwendbar, wenn Auftraggeber sich weigert, mit einem vom Mäkler zugeführten geeigneten Reflektanten abzuschließen; dagegen anwendbar, wenn Auftraggeber zwar formell ungültig abschließt, aber so, daß die Vorteile des Vertrags ihm faktisch zufließen.

2. *Unger, Selbstmord im bürgerlichen Recht 62 ff. Unter den Begriff der Bedingung fällt unter Umständen auch der Tod. Eine vom Tode abhängige Befristung ist in Ansehung von § 162 der Bedingung analog zu behandeln, insoweit eine wahrscheinliche Lebensdauer dem Rechtsverhältnisse wirtschaftlich zugrunde gelegt ist. Selbstmord ist, abgesehen von Ausnahmefällen, nicht als Herbeiführung oder Vereitelung der Bedingung oder der analog zu behandelnden Befristung im Sinne von § 162 anzusehen.

3. SeuffA. **68** 390 (Dresden). Allerdings ist nach § 162 Abs. 1 nicht entscheidend, ob eine vertragliche Verpflichtung zu der Handlung besteht, sondern nur, ob deren Vornahme nach Treu und Glauben geboten war (vgl. **RG. 79** 89, JDR. **11** 2); auch ist ein bloß fahrlässiges Handeln nicht ohne weiteres ein solches wider Treu und Glauben. Wohl aber ist es diesem dann gleichzustellen, wenn eine Vertragspflicht dadurch verletzt wurde.

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

Literatur: Bourier, Zur Auslegung des § 181 BGB., DNotV. **13** 553—587. — Burth, Soviel Kinder, soviel Teilungspfleger, BoschersZ. **13** 33—39. — Kalisch, Zur Bedeutung und Tragweite des § 181 BGB., ElsLothZ. **13** 217—221. — Rohde, Wann genügt bei Erbauseinandersetzungen für mehrere Minderjährige ein gesetzlicher Vertreter? ZBlFG. **14** 325—348.

§ 164. 1. *Alex Meyer, Schadensersatzrecht der Luftfahrt, 82 ff. Eine Stellvertretung bei Notstandshandlungen ist nicht anzuerkennen. Richtet also der Führer eines Luftfahrzeugs im Notstande bei einer Landung Schaden an, so ist nach heutigem Rechte nur er allein dem Beschädigten verantwortlich.

2. a) **RG.** SächsRpflA. **13** 343 ff. über den Umfang einer Generalvollmacht. Wenn jemand bevollmächtigt wird, zur Gründung einer Aktiengesellschaft das Erforderliche zu besorgen, so kann er jede Erklärung abgeben, die ihm nach Lage des besonderen Falles bei verständigem Ermessen als angezeigt erscheint. Nicht nur die essentiala und naturalia negotii, sondern auch bloße accidentalia kann er vereinbaren; nur ganz außergewöhnliche Abmachungen, die die Machtgeber voraussichtlich nicht billigen konnten, haben beiseite zu bleiben (vgl. Hupka, Vollmacht 189 ff.). b) **RG.** 11. 7. 13, JW. **13** 1034. Soweit der Umfang einer Vollmacht nicht aus dem Wortlaute zu entnehmen ist, ist er durch Auslegung zu ermitteln oder aus der Natur des aufgetragenen Geschäfts zu entnehmen. Im Zweifel muß der Grundsatz gelten, daß, soweit der größere Umfang nicht nachweisbar ist, nur der geringere angenommen werden kann (vgl. Hupka, Vollmacht 175, 186).

3. **RG.** 14. 2. 13, **81** 325 ff. Eine Gesamtvertretung kann wirksam in der Weise ausgeübt werden, daß von den beiden Vertretern nur der eine nach außen handelt, während der andere ihm durch eine an ihn gerichtete Erklärung Vollmacht erteilt. Auch von der Genehmigung ist das gleiche anzunehmen, da für eine unterscheidende

Behandlung der vorherigen und der nachträglichen Zustimmung kein Grund ersichtlich ist (329).

4. **RG.** 8. 5. 13, R. **13** Nr. 2971. Hat jemand seinen Wohnsitz im Ausland, aber zur Verwaltung seines inländischen Besitzes einen sog. Domäneninspektor bestellt, der zur selbständigen Besorgung des laufenden Geschäftsbetriebs berechtigt ist, so muß dieser auch zur Empfangnahme amtlicher Schriftstücke als befugt gelten.

5. **a)** SächsOLG. **34** 234 ff. Derjenige, dessen Name sich auf dem Firmenschild an einem Markthallenstande befindet, ist zur Bezahlung der dahin gelieferten Waren verpflichtet, auch wenn ein anderer das Geschäft betreibt. Er gilt nach außen jedenfalls als derjenige, auf dessen Rechnung das Geschäft betrieben wird, mag er auch nach innen verpflichtet sein, den Gewinn aus dem Geschäft an einen Dritten herauszugeben. **b)** Über Ansprüche aus einem Vertrage, den der Mann der Geschäftsinhaberin persönlich abschließt, LG. Mainz, HessRspr. **14** 36 ff. Auf Grund der besonderen Umstände war der Mann allein als Kontrahent anzusehen.

§ 166. **RG.** 23. 4. 13, **82** 193 ff., JW. **13** 733. Ein Vertrag, der von einem Vertreter abgeschlossen wird, kann nicht wegen Irrtums des Vertreters über den ihm erteilten Auftrag angefochten werden (vgl. schon **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1049). Das Nähere s. oben II 1 zu § 119.

§ 167. HessRspr. **14** 142 (LG. Gießen). Eine allgemeine Verkehrssitte dahin, daß derjenige, der Vollmacht zum Kaufabschlusse hat, damit zugleich auch ermächtigt ist, den Kaufpreis einzunehmen, besteht nicht.

§ 168. 1. SeuffA. **68** 263 (Jena). Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ist eine Vollmacht dann unwiderruflich, wenn sie nicht lediglich im Interesse des Vollmachtgebers, sondern auch im Interesse des Bevollmächtigten oder eines Dritten erteilt wird. — Die Ausstellung einer unwiderruflichen Vollmacht kann unter Umständen gegen die sittliche und wirtschaftliche Freiheit des Vollmachtgebers verstoßen und daher nach § 138 nichtig sein.

2. Widerruf bei Generalvollmachten. **RG.** JDR. **11** Ziff. 2 a jetzt auch GruchotsBeitr. **57** 411, HansGZ. **13** Beibl. 113 ff., und Ziff. 3 auch GruchotsBeitr. **57** 416.

§ 171. **RG.** 29. 1. 13, **81** 257 ff., DJZ. **13** 642. Die Bekanntgabe einer Vollmachtserteilung an den Dritten kann ebenso wie die Vollmachtserteilung selbst auch durch schlüssige Handlungen erfolgen. Wer einem anderen Grundschuldbriefe und zugleich unterschriebene Abtretungsformulare anvertraut, gibt damit nicht nur dem anderen, sondern auch jedem Dritten, der sich mit ihm einläßt, in der Regel zu erkennen, daß er den Urkundeninhaber zur freien Verfügung über jene Grundschuldbriefe ermächtigt habe.

§ 172. 1. a) Sartorius, HessRspr. **13** 316 hält § 172 nur für anwendbar, wenn gleichzeitig Haupt- und Untervollmachtsurkunde vorgelegt worden sind. Die strenge akzessorische Natur der Untervollmacht verlange, daß nicht nur eine Prüfung der Echtheit und des formellen Bestandes der Untervollmachtsurkunde, sondern auch der Hauptvollmachtsurkunde erfolge. **b)** Hiergegen Luley, aaO. **14** 60. Die Untervollmachtsurkunde gilt als unmittelbar von dem Hauptvollmachtgeber erteilt und ist unabhängig von einer etwa bestehenden Hauptvollmachtsurkunde. Einem Dritten, der sich auf die Vorlage der Untervollmachtsurkunde beruft, kann daher nicht vorgehalten werden, daß er auch die Vorlage der Hauptvollmachtsurkunde hätte verlangen müssen. Der Hauptvollmachtgeber muß die Gefahr dafür tragen, daß er seinem Hauptbevollmächtigten Vollmacht erteilt hat, eine Urkunde über die Substitution auszustellen.

2. OLG. Braunschweig JDR. **11**, jetzt auch SeuffA. **68** 434 ff.

§ 177. **RG.** 15. 11. 12, **80** 416 ff., SchlHolstAnz. **13** 49. Der § 177 muß nach dem ihm zugrunde liegenden Gedanken und seinem Zwecke, wenn nicht unmittelbar,

so doch entsprechend auf diejenigen Fälle Anwendung finden, in welchen jemand kraft vermeintlichen Amtes erkennbar in fremdem Interesse, als Verwalter fremden Vermögens einen Vertrag schließt.

§ 179. **RG.** 1. 11. 13, WarnE. **7** 1 ff. Der § 179 begreift unter dem Vertreter auch den gesetzlichen Vertreter.

§ 181. 1. *Bourier, DNotV. **13** 553. Rechtsgeschäft im Sinne des § 181 ist nicht jede Rechtshandlung, sondern der gesamte, der Herbeiführung eines als einheitlich gedachten Rechtserfolges dienende Tatbestand. Die Zustimmung ist nur eine (unselbständige) Rechtshandlung, ein Tatbestandsmoment des Rechtsgeschäfts, z. B. Kaufes. Ein Rechtsgeschäft wird „mit" jemanden vorgenommen, wenn durch die Rechtshandlung ein Rechtsgeschäft „zwischen" dem Handelnden und dem Jemand zustandekommt, also die Rechtsbeziehungen der beiden wechselseitig geregelt werden. Die Zustimmung des Kindes in fortgesetzter Gütergemeinschaft zur Veräußerung des Vaters enthält kein Rechtsgeschäft zwischen Kind und Vater. Gleichgültig ist, wem gegenüber eine Rechtshandlung vorgenommen, hier die Zustimmung erklärt wird, wenn ein Rechtsgeschäft zwischen Vertreter und Vertretenem nicht vorliegt.

2. *Burth, WürttZ. **13** 33 und DNotV. **13** 30. Zur Auseinandersetzung im Vermittelungsverfahren werden von den Beteiligten nur einseitige Einverständniserklärungen verlangt, welche nicht wie bei § 182 BGB. einem Beteiligten, sondern dem Nachlaßgerichte gegenüber abzugeben sind, das auf dem Wege des § 91 Abs. 2 Satz 2 oder Abs. 3 und § 93 FGG. auch die Erklärungen der nicht erschienenen Beteiligten für sich einholt und sodann durch seinen Bestätigungsbeschluß rechtsschaffend wirkt. Um Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen den einzelnen Erben handelt es sich nicht, also kommt auch § 181 BGB. nicht in Betracht und es genügt daher für minderjährige Geschwister regelmäßig an einem gesetzlichen Vertreter. Die notwendige vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist weder dem § 1831, noch dem § 1829 BGB. zu unterstellen; sie ist vor der Bestätigung einzuholen, ist also vor Abschluß des Vertrags (bzw. der durch die Bestätigung geschaffenen Fiktion eines solchen) erfolgt.

3. Breme, R. **13** 514. Bei Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters einer juristischen Person ist § 181 stets anwendbar; jedoch ist in Fällen, wo anders die vom Gesetz oder dem Statute gewollte Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters nicht möglich wäre, die im § 181 berücksichtigte Gestattung des Kontrahierens mit sich selbst als vom Gesetz oder der Satzung stillschweigend normiert anzusehen.

4. *Rohde, ZBlFG. **14** 325 ff. Wann genügt bei Erbauseinandersetzungen für mehrere Minderjährige ein gesetzlicher Vertreter? Nicht nur, wenn sie überhaupt kein Rechtsgeschäft miteinander vornehmen — Veräußerung ihrer Erbteile und Verfügung über ihre Anteile am Nachlasse, subjektiv beschränkte Teilung ohne Aufhebung der Erbengemeinschaft unter den Minderjährigen — sondern auch dann, wenn die unter ihnen vorgenommenen Rechtsgeschäfte lediglich Erfüllungsgeschäfte sind. Die Erbauseinandersetzung besteht ausschließlich in der Erfüllung von Verbindlichkeiten, wann und soweit sie den gesetzlichen Teilungsvorschriften entspricht. Teilbare Gegenstände sind nach §§ 2047, 752 BGB. in Natur zu teilen. Teilbar sind Geld, Geldforderungen (**RG. 65** 7), unter Umständen Wertpapiere. Nicht nur durch Versteigerung nach § 753 BGB., sondern auch durch gemeinschaftliche Veräußerung und Verfügung, also auch durch solche eines gemeinschaftlichen gesetzlichen Vertreters, und zwar auch zugunsten eines Miterben, können die Erben auch im übrigen den Nachlaß teilbar machen. Werden nun unter die Minderjährigen Gelder oder Geldforderungen entsprechend ihren Erbteilen geteilt, so genügt in der Regel ein gesetzlicher Vertreter für alle. Die Bestellung von Einzelpflegern ist regelmäßig nur in folgenden Fällen nötig: 1. Wenn nur einer von mehreren

Minderjährigen aus der im übrigen fortbestehenden Erbengemeinschaft ausscheidet, bedarf dieser eines gesetzlichen Vertreters. 2. Wenn einzelnen Minderjährigen einzelne nicht gemäß §§ 2047, 752 BGB. geteilte Nachlaßgegenstände zugewiesen werden, muß jeder der übernehmenden Mündel einen besonderen Pfleger haben. 3. Die Erbengemeinschaft wird zwar zwischen den Mündeln aufgehoben, aber gleichzeitig ein Rechtsverhältnis begründet, durch das eine neue Gemeinschaft auf anderer rechtlicher Grundlage unter ihnen entsteht (Gesellschaft, Gemeinschaft nach Bruchteilen, nicht ohne weiteres, wenn die Mündel Kommanditisten werden). Für das Vormundschaftsgericht ist die Notwendigkeit der Bestellung von Einzelpflegern nicht, wie das RG. annimmt, schon dadurch gegeben, daß die Auseinandersetzung auch unter den Minderjährigen stattfindet, sondern nur in den Ausnahmefällen, wo die Vornahme eines nicht als Erfüllungsgeschäft anzusehenden Rechtsgeschäfts in Frage kommt oder ein erheblicher Interessengegensatz zwischen den Minderjährigen besteht.

5. Kalisch, ElsLothZ. **13** 217 ff. behandelt die Frage der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens mittels Einschiebung eines Substitutionsbevollmächtigten. Gegen Planck und Dernburg und die überwiegende Praxis der Gerichte wird die Ansicht vertreten, daß die Ernennung eines Substituten die Anwendung des § 181 nicht ausschließe (so Staudinger und OLG. Colmar, ElsLothNotZ. **02** 23). Der Zweck des § 181 werde nicht erreicht, wenn der ohne Erlaubnis zum Selbstkontrahieren Bevollmächtigte bloß eine von ihm abhängige Person als Unterbevollmächtigten zu bestellen brauche, um dann mit ihr das gewünschte Rechtsgeschäft vorzunehmen (220).

6. ElsLothZ. **13** 91 (Colmar). Der Witwer kann wirksam als gesetzlicher Vertreter eines minderjährigen Miterben in die Auflassung des — von der Ehefrau eingebrachten, in dem Ehevertrag entliegenschafteten — Hauses an sich selbst einwilligen, wenn er in dem Ehevertrag ermächtigt ist, es vor der Auseinandersetzung der Errungenschaftsgemeinschaft wegzunehmen.

7. **RG.** 18. 3. 13, R. **13** Nr. 1252. Der wirklichen Gestattung steht nicht der Nachweis gleich, daß unter den damaligen Verhältnissen die Genehmigung auf Anfrage erteilt worden wäre.

8. ElsLothZ. **13** 355, ElsLothNotZ. **13** 133 (Colmar). Ein gegen die Vorschrift des § 181 abgeschlossenes Rechtsgeschäft ist auch dann nicht schlechthin nichtig, kann vielmehr durch nachträgliche Genehmigung gemäß § 177 wirksam werden, wenn es von einem gesetzlichen Vertreter (Pfleger) für mehrere Minderjährige abgeschlossen war (aM. Staudinger [7/8] Anm. 6 zu § 181). Die der Auseinandersetzung zu ihrer Wirksamkeit noch fehlende nachträgliche Genehmigung ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, bei dem alle fünf Kinder nicht unter sich eine rechtserhebliche Willenserklärung abgeben, sondern durch Erklärung gegenüber ihrem Vertreter, nämlich dem ersten Pfleger, ein von diesem bereits abgeschlossenes, jedoch infolge Verstoßes gegen den § 181 vorläufig unwirksames Rechtsgeschäft genehmigen. Eine rechtsgeschäftliche Erklärung eines Pflegers namens eines Minderjährigen mit sich als Vertreter der übrigen Mündel findet also im vorliegenden Falle nicht statt. Der § 181 hindert daher keineswegs, daß die nachträgliche Genehmigung eines bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäfts in Fällen wie dem vorliegenden für mehrere Vertretene von einem Vertreter gemeinschaftlich erklärt werde.

9. Um den Anschein zu erwecken, als läge ein Fall des § 181 nicht vor, war das Verfahren gewählt worden, daß das eine Vorstandsmitglied der Klägerin als deren Vertreter und ein anderes Vorstandsmitglied als Vertreter des Beklagten auftrat, während in Wahrheit beide Vorstandsmitglieder nur die Interessen der Klägerin wahrzunehmen hatten. Ein solches Verfahren hat **RG.** 30. 6. 13, GruchotsBeitr.

58 180 für unzulässig und dem Sinne des § 181 zuwider erklärt, wenngleich eine Form gewählt worden sei, die die Unzulässigkeit verdecken sollte.

Sechster Titel. Einwilligung. Genehmigung.

§ 182. **RG.** 25. 9. 12, **80** 395 ff. behandelt einen über ein fremdes Grundstück abgeschlossenen Mietvertrag und die Gebundenheit des Eigentümers aus den §§ 182 ff.

§ 185. 1. *Sonnenschein, 101 (s. oben 1 zu § 117). Die Ermächtigung ist Vollmacht, in eigenem Namen zu handeln. Sie begreift daher nur das Verfügenkönnen, nicht das Verpflichtenkönnen. Soweit sie in den Formen der Rechtsübertragung (Übereignung, Abtretung) vorgenommen wird, ist diese selbst simuliert, die Ermächtigung dagegen dissimuliert. Denn eine ernsthafte Übertragung liegt wegen des Risikos im Falle des Konkurses des Empfängers und wegen dessen Mißbrauchenkönnens nicht vor; daher: Aussonderung in diesem Konkurse, Einreden aus der Person des Übertragenden, dieser kann nicht Zeuge sein (s. § 117). Die Ermächtigung verleiht kein selbständiges dingliches Recht, das vom Ermächtigten ausgesondert werden könnte. Ob sie ein selbständiges Recht verschafft, das unwiderruflich, vererblich, übertragbar, pfändbar ist, ist nicht anders wie bei der Vollmacht zu entscheiden und ergibt sich aus dem Innenverhältnisse, dem Grundgeschäfte, dem selbständigen Interesse des Ermächtigten.

2. Legitimationsübertragung. *Jander, JW. **13** 471 ff. Die im Wechselverkehre, bei Aktien und Forderungen häufig vorkommende sogenannte Legitimationsübertragung ist weder eine Vollmachtserteilung, noch ein fiduziarisches Rechtsgeschäft, noch auch ein bloßes Scheingeschäft, sondern sie ist die in das Gewand der Rechtsübertragung gekleidete Erteilung der Einwilligung an einen Nichtberechtigten, im eigenen Namen über einen Gegenstand zu verfügen. Ihre Gültigkeit, ihre Wirkungen und ihr Erlöschen richtet sich daher nach § 185 und den dieser Bestimmung zugrunde liegenden Vorschriften der §§ 182 ff.

3. **RG.** 14. 3. 13, JW. **13** 594. Der Umstand, daß der Berechtigte selber eine Verfügung als Bevollmächtigter des Nichtberechtigten vornimmt, zwingt in der Regel dazu, in der von ihm abgegebenen Erklärung zugleich eine Einwilligung zu erblicken.

Vierter Abschnitt. Fristen. Termine.

§ 193. 1. KGBl. **13** 27 (LG. I Berlin). § 193 findet auf die Frist zur Kündigung eines Versicherungsvertrags jedenfalls dann Anwendung, wenn eine geräumige Frist vereinbart worden war.

2. NaumburgAK. **13** 83 (Naumburg). Die Vorschrift des § 193 ist nicht analog auf einen politischen Feiertag, z. B. den Tag des Regierungsjubiläums des deutschen Kaisers (16. Juni 1913), anzuwenden.

Fünfter Abschnitt. Verjährung.

Literatur: Loening, Die Verjährung des Anspruchs eines Kaufmanns auf Abnahme der Kaufsache, PosMSchr. **13** 113—114. — Schefold, Zur Frage der Verjährung der Bauforderungen, WürttRpflZ. **13** 237—241.

§ 194. Über die exceptio doli gegen den frivolen Verjährungseinwand s. *Eckstein oben Ziff. 1 zu § 138.

§ 196. I. Nr. 1. 1. Loening, PosMSchr. **13** 113. Aus der Natur der Abnahmepflicht als ein naturale negotii folgt nicht, daß der Abnahmeanspruch und der Zahlungsanspruch derselben Verjährung unterliegen. Auch ist die Abnahmepflicht keine Nebenleistung und von dem Hauptanspruch nicht abhängig im Sinne von § 224 BGB. Ob der Abnahmeanspruch der kurzen Verjährung unterliegt, kann nur aus § 196 BGB. entnommen werden. Folgt man bei Auslegung des § 196

BGB. der Ansicht, daß § 196 nur Ansprüche aus bereits erfolgter Lieferung im Auge hat, so unterliegt jedenfalls der Abnahmeanspruch nicht der kurzen Verjährung. Folgt man dagegen der an **RG. 62** 178 ff. anknüpfenden Ansicht, so müssen konsequent auch alle Ansprüche aus dem Kaufvertrag unter die kurze Verjährung fallen, also auch der Abnahmeanspruch. Dies führt aber zu unhaltbaren Konsequenzen. Auch die Gründe für die kurze Verjährung, die für den Zahlungsanspruch geltend gemacht werden, treffen bei dem Abnahmeanspruch nicht zu.

2. Forderungen der Bauunternehmer (JDR. **11** I 5). a) *Schefold, Zur Frage der Verjährung der Bauforderungen, WürttRpflZ. **13** 237 ff. Für Bauansprüche gewerbetreibender Architekten und Werkmeister, die nicht Kaufleute sind, greift die regelmäßige, dreißigjährige Verjährungsfrist Platz. b) **RG.** 7. 11. 12, JW. **13** 129, HansGZ. **13** Beibl. 147. Der Schadensersatzanspruch des Unternehmers eines Bauwerkes wegen Unterganges des Bauwerkes durch einen vom Besteller zu vertretenden Umstand verjährt in derselben Zeit wie der Anspruch auf den Werklohn. c) **RG.** 14. 11. 12, JW. **13** 196. Ansprüche der Bauunternehmer aus dem Werkvertrage fallen weder unter die Nr. 1 noch die Nr. 7 des § 196.

3. Gewerbebetrieb (JDR. **11** I 6). **RG.** 22. 11. 12, **81** 8, JW. **13** 195. Die Gewerbsmäßigkeit setzt zwar die Absicht voraus, nicht bloß ein einzelnes Geschäft, sondern einen Kreis von Geschäften zu unternehmen, um sich hieraus eine dauernde Einnahme zu verschaffen. Liegt aber diese Absicht vor, so stellt sich schon das erste Geschäft als Ausübung des Gewerbes dar. — **RG.** JDR. **11** I 6 a, auch Gruchots Beitr. **57** 935 ff.

4. a) LeipzZ. **13** 94 (LG. Hamburg). Weinflaschen sind als Emballage anzusehen; Nr. 1 findet auf sie Anwendung. b) DJZ. **14** 176 (LG. Hamburg). Ansprüche auf Rückgabe oder Bezahlung der Emballage unterliegen der kurzen Verjährung.

II. Nr. 7. **RG. 81** 8 ff. Die Verjährung nach § 196 Abs. 1 Nr. 7 bezieht sich nicht nur auf Ansprüche aus der Besorgung fremder Geschäfte und aus der Leistung von Diensten, wie sie im täglichen wirtschaftlichen Leben vorkommen, sondern auch auf Geschäftsbesorgungen und Dienstleistungen von größerer wirtschaftlicher Bedeutung (wie **RG. 72** 179, JDR. **9** II).

III. GewuKfmG. **18** 226 (GG. Leipzig). Die Ansprüche zwischen einem Gastwirt und dem Büffetier, der das Bier auf Rechnung hat, verjähren in dreißig Jahren, da es sich bei dem Rechtsverhältnis um einen Dienstvertrag handelt, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 BGB.).

§ 202. **RG.** 14. 10. 12, **80** 212 ff. Der Umstand, daß der Verfolgung des von einem Verletzten gegen den Unternehmer zu erhebenden Haftungsanspruchs der noch nicht in Rechtskraft übergegangene Bescheid einer Berufsgenossenschaft nach dem GUVG. insofern entgegensteht, als er dem Inanspruchgenommenen einen wirksamen Schutz gegen die Ansprüche des Klägers gewährt, rechtfertigt die Anwendung des § 202 Abs. 1.

§ 208. **RG.** 27. 2. 13, R. **13** Nr. 1253. Auch ein abgelehntes Angebot der Abfindung genügt zur Unterbrechung der Verjährung, wenn daraus das Bewußtsein der Schuld hervorgeht. Es ist nicht angängig zur Auslegung des Verhaltens des Schuldners gegenüber dem Gläubiger Äußerungen heranzuziehen, die einem Dritten gegenüber gemacht sind. Es kommt allein darauf an, ob sich aus demjenigen, was der Schuldner gegenüber dem Gläubiger zum Ausdrucke gebracht hat, ergab, daß er sich bestehender Ansprüche bewußt war.

§ 209. **RG.** JDR. **11** Ziff. 2 c auch SeuffA. **68** 131.

§ 212. **RG.** 2. 10. 13, R. **13** Nr. 3104. Mit dem vorbehaltlosen, im Einverständnisse mit dem Beklagten erfolgten Übergange von der Feststellungs- zur Leistungsklage fallen die Wirkungen der Unterbrechung der Verjährung hinsichtlich der den Leistungsantrag übersteigenden Ansprüche fort.

Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

Literatur: Hager, Schikane und Rechtsmißbrauch im heutigen bürgerlichen Rechte, München 1913, Abh. z. Privatr. u. Zivilprozeß **24** Heft 2.

§ 226. 1. *Hager, Schikane und Rechtsmißbrauch 6 ff. Das Schikaneverbot des § 226 ist eine Elementenkombination aus den Begriffen „Schikane" und „Rechtsmißbrauch" (17). Rechtsausübung im Sinne des BGB. ist jedes auf den Rechtszweck gerichtetes Verhalten innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung. Auch Geltendmachung ist Rechtsausübung (39—60). Über die einzelnen Rechtsausübungsarten (47 ff.). Über die allgemeinen Erfordernisse der Rechtsausübung (61 ff.). Zweck ist kein objektiver, sondern ein subjektiver Begriff und praktisch mit „Absicht" identisch (66—76). Ein zum Schädigungszwecke hinzutretender gemißbilligter Zweck hindert die Anwendbarkeit des § 226 nicht (76 ff.). § 226 enthält keine prozessuale Regel dahin, daß der Nachweis der ausschließlichen Schädigungsabsicht sich lediglich auf äußere objektive Tatumstände gründen soll, vielmehr kann diese Absicht auch durch direktes Nachgehen auf die innere Tatsache aufgedeckt werden (82—95). Der Begriff „unzulässig" ist mit „rechtswidrig" identisch; es liegt im § 226 ein Fall der sog. subjektiven Rechtswidrigkeit vor (99—105). § 226 kommt als Einredestütze gegenüber schikanöser gerichtlicher Geltendmachung eines Rechtes nie in Betracht, weil er insoweit durch § 242 vollständig konsumiert wird. § 226 kann schon aus diesem Grunde nicht als Verkörperung der exceptio doli generalis im heutigen Rechte gelten (139—144) — s. auch zu § 242 —. Ein Mißbrauchsverbot schließt innerhalb seines Geltungsgebiets das Schikaneverbot des § 226 stets aus, gleichviel, ob es als Total- oder Spezialmißbrauchsverbot, ob es auf dem Gebiete des ganzen oder des teilweisen Inhalts eines Rechtes auftritt. Das BGB. enthält vier verschiedene Stufungsformen des Mißbrauchsverbots (15—17, 123—127). Über die einzelnen Erscheinungsformen des Mißbrauchsverbots im BGB. vgl. 127—139.

2. Über die exceptio doli vgl. Eckstein oben 1 zu § 138.

§ 227. *Unger, Selbstmord im bürgerlichen Recht 215 ff. Die Aufwendungen des Notwehrers oder sein durch die Notwehr erlittener Schaden ist vom Angreifer gemäß § 823 auch dann zu ersetzen, wenn die Voraussetzungen dieser Gesetzesbestimmungen mit Ausnahme der „Verletzung", d. h. des Erfolgs des Angriffs, vorhanden sind. Demgemäß hat der Angegriffene in solchem Falle gegen den Angreifer auch Anspruch auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit gemäß § 904 oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn ein Dritter den Angriff abgewehrt hat.

§ 228. SchlHolstAnz. **13** 211 ff. über die Voraussetzungen für die Anwendung des § 228 bei der Tötung von in einem Jagdreviere wildernden Hunden.

Anhang zum sechsten Abschnitt. Unterlassungsklage.

Literatur: Rosenthal, Unterlassungsklage und öffentliche Strafandrohung, LeipzZ. **13** 899—907.

Über die Unterlassungsklage (vgl. den Anhang JDR. **5**, **6**, **9**).

1. Unterlassungsklage und öffentliche Strafandrohung. *Rosenthal, LeipzZ. **13** 899. Daß eine Handlung mit öffentlicher Strafe bedroht ist, steht der Unterlassungsklage nicht im Wege und verhindert insbesondere nicht den Erlaß der zivilrechtlichen Strafandrohung in dem auf Unterlassung erkennenden Urteile. Der 6. Zivilsen. des RG. hat (**RG. 77** 217) die Meinung ausgesprochen, daß in solchen Fällen für eine zivilrechtliche Strafandrohung kein Bedürfnis und kein Raum sei, abgesehen von den Fällen, wo „die Strafverfolgung der Willkür der verletzten Privatperson anheimgegeben werde (Privatklage)". Und

derselbe Senat hat gemäß diesem Standpunkte (JW. **13** 35) eine Unterlassungsklage wegen Verbreitung ehrenkränkender Behauptungen unter Hinweis auf die §§ 185—187 StGB. versagt. Eine Klage auf Unterlassung sei nicht gegeben, wenn das öffentliche Recht einer zivilrechtlichen Verfolgung entgegenstehe; soweit der Staat als Hüter der öffentlichen Ordnung eine Strafandrohung erlassen habe, könne nicht nebenher eine private Strafandrohung ergehen, welcher der Staat als Organ der Zwangsvollstreckung seine helfende Hand leihen solle. Mit diesem Standpunkte des 6. Senats wird das Gebäude, welches die Rechtsprechung des RG. der Unterlassungsklage errichtet hat, zu einem großen Teile wieder eingerissen. Diese Rechtsprechung stellt sich als eine ungerechtfertigte und geradezu willkürliche Beschränkung des privatrechtlichen Schutzes dar. Der zivilrechtliche Unterlassungsanspruch ist in keiner Weise davon abhängig, ob nebenher auch noch eine Strafnorm besteht. Das Strafgesetz will s ü h n e n, das zivile Unterlassungsgebot will s c h ü t z e n, indem es ferneren Zuwiderhandlungen vorbeugt. Dort handelt es sich um eine begangene Handlung, die, weil sie die Rechtsordnung durchbrochen hat, die im Strafrecht normierte Sühne nach sich zieht; hier aber ist erstrebt eine Vorbeugungsmaßnahme gegenüber weiteren Zuwiderhandlungen, damit bis zu der — oft in weiter Ferne liegenden — Sühne, deren Verhängung überdies durch subjektive strafrechtliche Voraussetzungen bedingt ist, dem Verletzer der Anreiz zu weiteren Verstößen genommen wird. Das mit Strafandrohung ausgestattete zivile Unterlassungsgebot ist ein gleichmäßig fortwirkender Schutz, der jederzeit schnell ausgelöst werden kann: „für jeden Fall der Zuwiderhandlung". Weshalb soll z. B. in Fällen, wo die Strafnorm nur Geldstrafe androht, während gemäß § 890 ZPO. die Unterlassung durch Haft bis zu 6 Monaten erzwingbar ist, dem privaten Rechtsschutzbedürfnisse die Ergänzung der — praktisch zur Erzwingung der Unterlassung nicht zureichenden — öffentlichen Strafandrohung versagt werden? Durchaus künstlich und durch keinerlei innere Gründe gestützt ist auch die Abtrennung der durch Privatklage zu verfolgenden Delikte. Der oben bekämpfte reichsgerichtliche Standpunkt würde auch dazu führen, daß der Verletzte gerade in den schwereren Fällen, die wegen des erheblichen Rechtsbruchs eine öffentliche Strafnorm zur Seite haben, einen geringeren Schutz genießt, als in den leichteren Fällen. Während der Verletzte durch das Bestehen einer Strafnorm geradezu in Schutz genommen würde, indem er vor allen zivilistischen Rechtsbehelfen bewahrt bliebe. Schließlich ist zu verweisen auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein Unterlassungsanspruch in den Fällen gegeben ist, in denen eine Strafvorschrift zum Schutze privater Interessen besteht. Vgl. auch D e l i u s, JW. **13** 6 und S c h m i t t, JW. **13** 669. Übrigens wird auf dem ganzen Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes die zivile Klageberechtigung auf Unterlassung nicht dadurch berührt, ob etwa nebenher eine Strafverfolgung eintreten kann und selbst die schon verhängte Strafe, etwa aus § 4 oder 15 § UnlWG., hebt das Recht des Klägers auf eine zivilrechtliche Verfolgung der gleichen Handlung aus §§ 3 und 14 UnlWG. nicht auf (vgl. D a f f i s, MschutzuWettbew. **12** 398). Nach alledem ist der Standpunkt des 6. Senats in den oben angezogenen Urteilen unhaltbar und dies scheint der Senat auch selbst erkannt zu haben. Denn in seinem Urteile vom 18. Januar 1913 (MschutzuWettbew. **12** 416) beginnt er die Rekonstruktion, indem er erklärt: „Die Kläger würden es nicht durchsetzen, b l o ß durch jedesmalige Strafanzeige — und wohl ebensowenig durch jedesmalige Privatklage — zugleich auch die drohenden Nachteile abzuwenden, die sie bei der Hartnäckigkeit des Beklagten durch dessen k ü n f t i g e Angriffe noch weiter zu besorgen hätten, und hier muß, wenn auch sonst für die Regel durch die Möglichkeit der Strafverfolgung eine Unterlassungsklage ausgeschlossen sein sollte (!), bei der Besonderheit des festgestellten Rechtsschutzbedürfnisses der Klägerin die Unterlassungsklage zugelassen werden. ➼ Inzwischen hat der 2. Zivilsen. des RG. (**RG.** in MschutzuWettbew. **13** 74) erklärt, daß der in

RG. 77 217 ausgesprochene Grundsatz „selbstverständlich nicht für solche Fälle gilt, in denen durch besondere Gesetzesvorschrift eine Unterlassungsklage gewährt ist; in Fällen dieser Art bleibt die Unterlassungsklage unberührt, auch wenn die zu untersagende Handlung gegen ein Strafgesetz verstößt." Wenn aber in all jenen Fällen, wo das UnlWG., WZG., PatG. usw. die Unterlassungsklage gibt, die nebenherlaufende Strafandrohung belanglos ist, dann kann doch das in **RG. 77** 217 aufgestellte und in **RG. 82** 60 leider wiederholte und erweiterte Prinzip, welches jenes Nebeneinander bestehen für unmöglich erklärt, nicht richtig sein! ←

2. *Delius, JW. **13** 1. Entgegen **RG. 77** 217 ist die zivilrechtliche Unterlassungsklage auch dann zuzulassen, wenn die zu untersagende Handlung bereits durch ein Strafgesetz unter Strafe gestellt ist.

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

Zu §§ 241 ff. Das Schuldverhältnis. Begriff. Gegenstand. Arten.

Literatur: Schreiber, Zwei Fälle von Schuld ohne Haftung im geltenden Rechte, DJZ. **13** 339. — Weiß, Zur Lehre von Schuld und Haftung im österreichischen Rechte, ÖstZBl. **31** 781.

Vorbemerkung: I. Die wissenschaftliche Erforschung des Rechtes hat sich in diesem Berichtsjahre dem Allgemeinen Teile des Rechtes der Schuldverhältnisse verhältnismäßig nur in geringem Umfange zugewandt. Bemerkenswert ist die Schrift von Heymann über das Verschulden beim Erfüllungsverzug in der Festgabe für Enneccerus, Marburg 1913.

II. Aus der Rechtsprechung seien hervorgehoben die Urteile des RG. über das Wesen des adäquaten Zusammenhanges (II, 2 zu § 249) und über die Zurückbehaltungseinrede gegenüber Geldforderungen (II zu § 273 und zu § 274).

III. Namentlich ist jedoch aufmerksam zu machen auf das Urteil des OLG. Kiel über die Haftung der Verwaltung eines Seebades wegen Unterlassung ausreichender Rettungsvorrichtungen. In Anbetracht seiner hervorragend praktischen Bedeutung ist das Urteil ausführlicher mitgeteilt als es sonst im Rahmen des Jahrbuchs üblich ist (V, 16 zu § 276).

§ 241. Schuld und Haftung. 1. Schreiber, DJZ. **13** 339. Unter Haftung wird man nicht, wie im allgemeinen vorgetragen wird, das „Einstehenmüssen für diesen Erfolg" zu verstehen haben, sondern die Zwangsrechte, die dem Gläubiger wegen des ihm in Aussicht gestellten Erfolges zustehen.

2. Schreiber, DJZ. **13** 339. Als Fälle von Schuld ohne Haftung werden erörtert: Das Verhältnis des Scheckinhabers zum bezogenen Bankier und das Verlöbnis eines Minderjährigen ohne Genehmigung des Gewalthabers.

§ 242. Literatur: Hager, Schikane und Rechtsmißbrauch im heutigen bürgerlichen Rechte. Abhdlg. z. Privatr. u. ZivProz., **26** Heft 2. 1913. — Melsbach, Vertragsbrüchige Streiks und Aussperrungen. Wiesbaden 1913.

I. Allgemeine Bedeutung. *Hager. § 242 stellt ein Rechtsmißbrauchsverbot für das gesamte Gebiet des Obligationenrechts dar und schließt als solches das Schikaneverbot des § 226 vollständig aus (123—130). — Auf Grund von § 242 kann jedem gerichtlich geltendgemachten Anspruch gegenüber, gleichviel ob er einem relativen oder einem absoluten Rechte entsprossen ist, der Einwand entgegengehalten werden, daß die Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoße; in dieser Funktion kann § 242 als die exceptio doli generalis im heutigen Rechte gelten (139—144). S. auch zu § 226.

II. Einzelfälle. 1. *Melsbach. Die Verpflichtung, den Arbeitsvertrag nach Treu und Glauben zu erfüllen, enthält zugleich die Pflicht, nicht gegen Treu und Glauben ihn zu lösen oder die Arbeit zu unterbrechen. Eine gegen Treu und Glauben versuchte Lösung und Unterbrechung läßt den Vertrag unerfüllt, bedeutet Vertragsbruch (27/28).

2. Wer aus dem eigenen vertragswidrigen Verhalten Vorteil zieht, handelt wider Treu und Glauben. **RG.** JW. **13** 129 Nr. 4, LeipzZ. **13** 557 Nr. 5, R. **13** Nr. 2546. Nach dem festgestellten Sachverhalte hat der Kläger zuerst durch seine grundlose, während des Vorprozesses fortgesetzte Weigerung den rechtzeitigen Vollzug des Vertrags vereitelt. Dann ist er, nachdem in dem Vorprozesse das ihm ungünstige Urteil des LG. ergangen war, unter Nachfristbestimmung seinerseits mit dem Erfüllungsverlangen hervorgetreten und das in einem Zeitpunkt, als der Marktpreis gegenüber der in dem Vertrage vorgesehenen Zeit der Erfüllung zu seinem Vorteile sich geändert hatte. Dabei hat er den Standpunkt eingenommen, daß er nur den hinter dem damaligen Marktpreise zurückbleibenden Vertragspreis zu zahlen habe, und trotz der ihm mitgeteilten gegenteiligen Auffassung der Beklagten sein Zahlungsanerbieten ausdrücklich auf den Vertragspreis beschränkt. Hätte die Beklagte, der nicht zuzumuten war, daß sie sich auf jeden dem Kläger etwa genehmen späteren Zeitpunkt eindeckte, damals um den Vertragspreis geliefert, so wäre die Folge davon gewesen, daß der Beklagte auf ihre Kosten aus seinem eigenen vertragswidrigen Verhalten Vorteil gezogen hätte. Das Verlangen des Klägers war deshalb mit dem Grundsatze des § 242 BGB. unvereinbar, und die Beklagte brauchte sich ihm nicht zu fügen.

3. **RG.** R. **13** Nr. 469. Die begleitenden Umstände können gegenüber der für klar und unzweideutig erachteten Urkunde nur dann rechtlich erheblich sein, wenn daraus zu entnehmen ist, daß die Parteien, dem Vertragsgegner deutlich erkennbar, dem in der Urkunde gebrauchten Ausdruck, entgegen seiner verkehrsüblichen Bedeutung, eine andere Bedeutung beigelegt haben. In diesem Falle erlangt der durch die begleitenden Umstände zum Ausdrucke gelangte wahre Wille der Parteien vertragliche Geltung.

4. **RG.** R. **13** Nr. 468. Ist jemand vertraglich berechtigt und verpflichtet, von einem anderen ein bestimmtes Präparat zu beziehen, so kann ihm nicht zugemutet werden, bei Verkauf dieses Präparats durch die beigepackten Reklamezettel für ein anderes Mittel Reklame zu machen, das er für unreell zu halten berechtigt ist.

5. BreslauAK. **13** 4 (Breslau). Inwieweit Änderungen des Bauplans auf den Verfall der für rechtzeitige Herstellung des Bauwerkes ausbedungenen Vertragsstrafe von Einfluß sind, hängt von dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Parteien ab.

6. **RG.** JW. **13** 977 Nr. 4. Der Sicherheitszessionar, der dem Zedenten die Mitteilung zugehen läßt, er werde die Grundstücke erstehen, ist verpflichtet, bei der Zwangsversteigerung darauf zu bieten.

7. R. **13** Nr. 812 (Stuttgart). Ein ohne zeitliche Begrenzung eingeräumtes Alleinverkaufsrecht erneuert sich im Zweifel mit jedem neuen Abschlusse.

8. **RG.** R. **13** Nr. 2045. Durch Stillegung einer Brauerei erlischt die Bierabnahmepflicht und erhält der Gastwirt freie Auswahl beim Bierbezuge.

9. **RG.** LeipzZ. **13** 215 Nr. 11. In der Regel hat der Verkäufer, auch wenn ein Übersendungsort vertraglich bestimmt ist, dem Verlangen des Käufers, an einem anderen Orte als dem vertraglichen anzuliefern, nach Treu und Glauben nachzukommen. Es wird dann auch, wenn bei Anlieferung an den vom Käufer nachträglich bestimmten Ort die in den Kaufpreis hineinkalkulierte vom Verkäufer übernommene Fracht sich verringert, der Betrag, um den sich die Fracht verringert, vom Kaufpreise zu kürzen sein. Der Käufer kann jedoch Anlieferung an einem

anderen Orte als dem vertraglich vereinbarten dann nicht verlangen, wenn die Anlieferung an einem anderen Orte dem Interesse des Verkäufers in erheblichem Maße zuwiderlaufen würde.

10. **RG.** R. **13** Nr. 3106. Übernimmt ein Kaufmann es, für den Verkauf der ihm zugesandten Sachen tätig zu sein, so tritt er, auch wenn ein Kommissionsgeschäft im Sinne der §§ 383 ff. HGB. nicht in Frage kommt, in ein gewisses Vertrauensverhältnis zu seinem Vertragsgegner; er hat daher die Erledigung der von ihm übernommenen Geschäftsführung, ähnlich wie ein Kommissionär, zugleich auch im Interesse seines Vertragsgegners zu bewirken.

11. **RG.** R. **13** Nr. 2703. Hat ein Unternehmer im Vertrage mit einem Unterübernehmer die Haftung für die von diesem verschuldeten Unfälle übernommen, ohne die Fälle des groben Verschuldens auszuschließen, so handelt der Unterunternehmer nicht arglistig, wenn er aus der Haftungsübernahme Ansprüche erhebt, selbst wenn sein Verschulden ein grobes gewesen sein sollte.

§ 243. Abs. 2. **RG.** JW. **13** 130 Nr. 5, LeipzZ. **13** 481, WarnE. **13** 59 Nr. 47, R. **13** Nr. 162, 163. Die im § 243 Abs. 2 vorgesehene Konzentration einer Gattungsschuld tritt dann nicht ein, wenn vertragswidrige Ware Gegenstand der von dem Schuldner vorgenommenen Leistungshandlungen ist (**RG. 69** 407). Die Konzentration im Sinne jener Vorschrift hat aber auch noch eine weitere Voraussetzung. Es genügt nicht, daß der Schuldner einzelne Sachen ausscheidet und zur Lieferung bereit hält. Er muß auch die ausgeschiedenen Sachen als solche dem Gläubiger anbieten (**RG. 57** 402). Solange er dies unterläßt, ist die Ausscheidung für die rechtlichen Beziehungen der Beteiligten ohne Bedeutung.

§ 248. KGJ. **44** 263. Die im § 248 Abs. 2 Satz 2 aufgestellte Ausnahme von der grundsätzlichen Nichtigkeit einer im voraus getroffenen Zinseszinsabrede gilt auch zugunsten ausländischer Kreditanstalten, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diese berechtigt sind, auch im Inlande Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszustellen und in den Verkehr zu bringen.

Literatur: Fromherz, Ein Beitrag zur Lehre von der Verursachung vom Standpunkte der deutschen Rechtsprechung, AZivPr. **110** 23—93. — Goldscheider, Der Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung bei Abschluß von Verträgen, SeuffBl. **13** 273 bis 279. — Hopmann, Zur Beweislast bei Schadensersatzansprüchen, JW. **13** 70 ff. — Dörr, Vereitelung und Beeinträchtigung von Forderungsrechten, R. **13** 453 ff. — Holländer, Die Entschädigung für Bergbauschäden, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Schadensersatze, Berlin 1913. — Güttschow, Vertragshaftung und Deliktshaftung in Frachtgeschäften, EisenbE. **30** 25.

§ 249. I. Begriff des Schadens. 1. **a)** **RG.** R. **13** Nr. 2974. Es ist nicht Ersatz zu leisten für Herabsetzung der Erwerbsfähigkeit schlechthin, sondern nur für einen durch die Herabsetzung entstandenen Schaden (JW. **08** 273 Nr. 8, **10** 19 Nr. 27). Kann der Verletzte zwar nicht in dem bisherigen Beruf, aber anderweit seine Arbeitskraft nutzbringend verwerten, und wird er in der neuen Betätigung durch die Folgen der Verletzung nicht beeinträchtigt, so ist für ihn ein Schaden, falls diese Betätigung ihm ebensoviel einbringt wie jener Beruf, überhaupt nicht entstanden. **b)** **RG.** R. **13** Nr. 1254. Wer auf sichere Geldanlage rechnet, ist schon dann geschädigt, wenn er zu einer völlig unsicheren Anlage verleitet wird.

2. Nachweis des Schadens. **a)** *Hopmann, JW. **13** 70. Kann wegen verschuldeten Nichtzustandekommens eines Rechtsgeschäfts (z. B. wegen mangelhafter Beobachtung der Testamentsform durch die Urkundsperson oder wegen nicht rechtzeitiger Annahme einer Vertragsofferte durch den Beauftragten) Schadensersatz verlangt werden, so ist der Ersatzberechtigte nicht hinsichtlich solcher die Gültigkeit des vereitelten Geschäfts betreffenden Umstände beweispflichtig, bez. deren er auch bei Zustandekommen des Geschäfts nicht beweispflichtig gewesen wäre. Ihn trifft

also nicht die Beweislast, wenn z. B. eingewendet wird, daß der Erblasser sich zur Zeit der Testamentserrichtung in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Geisteszustand befunden habe oder daß das geplante Geschäft wegen Wuchers oder wegen Verletzung der guten Sitten nichtig gewesen sei. Dies ergibt sich aus dem Gesichtspunkte der Naturalrestitution und widerspricht nur scheinbar dem Grundsatze, wonach der Schadensersatz Begehrende für den Kausalzusammenhang in jeder Hinsicht beweispflichtig ist. Denn es handelt sich hier bereits um eine Schadensfolge, welche der Ersatzpflichtige dadurch beseitigen muß, daß er selbst die Beweislast übernimmt. **b)** **RG.** R. **13** Nr. 2704. Wendet der Ersatzpflichtige ein, auch bei richtigem eigenen Vorgehen wäre der Schaden durch fremdes Verschulden gleichwohl entstanden, so trifft ihn hierfür die volle Beweislast. **c)** **RG.** R. **13** Nr. 1108. Verlangt der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung der dem Schuldner kraft eines positiven Schuldverhältnisses obliegenden Verpflichtung, so hat der Schuldner die Erfüllung zu beweisen. **d)** **RG.** DJZ. **13** 810. Kläger verlangt Schadensersatz, weil Beklagter ihm aus einer in der Jagdtasche mitgeführten Flasche statt Wein Seifenlauge verabreicht hat. Ob die Flasche im Keller vom Beklagten oder oben von der Frau verwechselt worden, ist unaufgeklärt. Dem Beklagten war bekannt, daß seine Frau schon an ihrem früheren Wohnort die Seifenlauge in eine leere Weinflasche gefüllt hatte, ohne diese mit einem unterscheidenden Merkmal zu versehen. Die Klage ist abgewiesen, die Revision zurückgewiesen. Der Kläger müsse einen Sachverhalt dartun, der eine Fahrlässigkeit des Beklagten erkennen lasse. Dies sei durch den Nachweis geschehen, daß ihm eine Flasche gereicht sei, die Seifenlauge enthielt; der Beklagte durfte ihm die Flasche nur überreichen, wenn er der Überzeugung war und sein durfte, daß die Flasche nichts Gesundheitschädigendes enthielt. Der Kläger brauchte namentlich nicht zu beweisen, daß die Verwechslung der Flasche auf einem Versehen des Beklagten beruhe. Er könne nicht wissen, wie die Flasche in den Rucksack gekommen, wohl aber der Beklagte, der anzugeben habe, weshalb er habe glauben dürfen, die Flasche enthalte Wein. Der Beklagte habe dargetan, daß die Beschaffung von Lauge zu den Obliegenheiten seiner Frau gehöre, daß er keinen Anlaß gehabt habe, an der Sorgfalt seiner Frau zu zweifeln, in der Benutzung der ungezeichneten, aber leicht von den übrigen Flaschen getrennt zu haltenden Flasche deshalb keine Gefahr erblickt habe.

3. Art des Schadensersatzes (siehe auch Anh. zu § 228). **a)** **RG.** JW. **13** 594 Nr. 6. Der Regel nach ist die zivilrechtliche Unterlassungsklage nicht für gegeben zu erachten, wenn gegen die unerlaubte Handlung, die dem Beklagten verboten werden soll, ein wirksamer, nach der Meinung des Gesetzgebers jedenfalls ausreichender Rechtsschutz durch Androhung öffentlicher Strafe gegeben ist, mag die Bestrafung von Amts wegen auf Antrag des Verletzten oder nur durch Privatklage des letzteren herbeigeführt werden. Gleichwohl ist, wie auch bereits in dem Urt. des erk. Sen. vom 18. Januar 1913, VI. 438/12, angenommen wurde, die zivilrechtliche Unterlassungsklage infolge der öffentlichen Strafandrohung nicht schlechthin für ausgeschlossen zu erachten; sie ist vielmehr zulässig, wenn vom Kläger ein besonderes Rechtschutzbedürfnis für den einzelnen Fall dargetan wird, sei es, daß der Strafverfolgung Hindernisse entgegenstehen, wie bei einem Aufenthalte des Täters im Auslande, sei es, daß bei der Privatklage die jedesmalige Strafverfolgung im Einzelfalle dem Verletzten die Abwehr ungebührlich erschweren und gegen die zu erwartende hartnäckige Wiederholung der Angriffe einen ausreichenden Schutz nicht gewähren würde. Nur, wenn in dieser Weise ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis für die zivilrechtliche Untersagung vom Kläger dargetan wird, das aus dem Sachverhalte von selbst im gegebenen Falle nicht erhellt, kann die erhobene Klage für zulässig erachtet werden. **b)** *Holländer, Entschädigung für Bergbauschäden. 1. Der zur Entschädigung Berechtigte hat ein vierfaches Wahlrecht: a) zwischen

Herstellung und Geldentschädigung, wenn eine der drei Voraussetzungen der §§ 250, 251 Abs. 1 BGB. vorliegt; das gleiche Wahlrecht hat der zur Entschädigung Verpflichtete im Falle des § 251 Abs. 2 BGB. (21), in den Fällen des § 250 und § 251 Abs. 2 BGB. bildet der Entschädigungsanspruch einen Ersatz, in den Fällen des § 251 Abs. 1 eine Ergänzung des Herstellungsanspruchs (29); b) zwischen Naturalherstellung und Zahlung des zur Herstellung erforderlichen Geldbetrags, wenn die Voraussetzung des § 249 Satz 2 BGB. vorliegt (34); c) zwischen Berechnung der Entschädigung nach Gebrauchs- und Tauschwert (39); d) zwischen der objektiven und der subjektiven Berechnung der Entschädigung (57). Die Wahlrechte müssen für den ganzen Anspruch einheitlich ausgeübt werden (31). 2. Der zur Herstellung erforderliche Geldbetrag ist mit der Entschädigung in Geld nicht identisch (23; vgl. **RG. 71** 214); maßgebend für die Höhe des zur Herstellung erforderlichen Geldbetrags ist die letzte mündliche Verhandlung (37); der Entschädigungsberechtigte hat die Wahl zwischen dem normalen Herstellungspreis und dem Selbstkostenpreis (38).

4. Schadensersatz bei arglistiger Täuschung. *Goldscheider, SeuffBl. **13** 273—279. Hat bei den Vorberedungen eines Vertrags der eine Teil den anderen getäuscht (z. B. über den Selbstkostenpreis einer Sache, die Güte einer Hypothek), und ist dann in der Folge der Vertrag abgeschlossen worden, so kann der Getäuschte den anderen Teil nicht bloß deshalb auf Entschädigung in Anspruch nehmen, weil er ohne die Täuschung den Vertrag nicht so, wie es tatsächlich geschah, abgeschlossen hätte (z. B. nicht zu einem so hohen Preise wie vereinbart gekauft hätte). Es ist vielmehr zu prüfen: 1. Liegt objektiv ein Schaden vor, d. h. ist der Inbegriff der geldwerten Güter des Getäuschten verringert worden? 2. Ist die Täuschung die Ursache der Vermögensschädigung? Diese beiden Fragen sind scharf auseinander zu halten; man muß sich vor einer Anwendung des subjektiven Standpunkts hüten, der dem Getäuschten dann schon einen Schadensersatzanspruch gewähren will, wenn er ohne die Täuschung die Vermögensverfügung nicht vorgenommen hätte. 3. Ist der Schaden vom Täuschenden verschuldet? 4. Wie ist der Schaden zu ersetzen? Es ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Daraus ergibt sich insbesondere: Nicht in allen Fällen kann der Getäuschte beim Vertrage stehen bleiben und Ersatz in Geld verlangen, das Regelmäßige ist vielmehr Rückgabe des Verlangten von beiden Seiten und Ersatz etwaiger Aufwendungen des Getäuschten; Ersatz in Geld kann der Getäuschte nur dann verlangen, wenn er nachweist, daß ohne die gelungene Täuschung der Vertrag ebenfalls abgeschlossen worden wäre, aber zu günstigeren Bedingungen für den Getäuschten, so daß er also für die Leistung eine geringere Gegenleistung gegeben hätte (beachte aber auch die analoge Anwendung des § 463 BGB. durch die Rechtsprechung).

5. Schadensersatz bei Vereitlung und Beeinträchtigung von Forderungsrechten. Dörr, R. **13** 453 ff. 1. Der Schuldner, der das Forderungsrecht schuldhaft vereitelt, hat den Gläubiger in Geld zu entschädigen. 2. Der Schuldner, der das Forderungsrecht schuldhaft beeinträchtigt, ist zur Herstellung verpflichtet. Soweit diese zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, tritt Geldersatz ein. Das Recht auf Geldersatz kann der Gläubiger sich durch Fristsetzung gemäß § 250 verschaffen. 3. Die Normen, die das BGB. in den §§ 280 Abs. 1, 286, 325 Abs. 1 Satz 1 und 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 aufstellt, ergeben sich — abgesehen vom Rücktrittsrecht — ohnedies aus dem Grundsatze, daß schuldhafte Vereitlung und Beeinträchtigung einer Forderung Schadensersatzpflicht nach sich zieht und den Normen des BGB. über den Inhalt der Schadensersatzpflicht in den §§ 249 ff. 4. Der Schuldner, der sich einer positiven Vertragsverletzung schuldig macht, ist zur Herstellung verpflichtet. Soweit diese zur Entschädigung des Gläubigers nicht ausreicht, tritt Geldersatz (Schadensersatz wegen Nichterfüllung) ein. Das Recht

auf Geldersatz kann der Gläubiger sich auch durch Fristsetzung gemäß § 250 verschaffen. 5. Teilweise Nichtbewirkung der Leistung bis zum Ablaufe der Nachfrist (§ 326 Abs. 1 Satz 3) setzt Teilleistung voraus. Gemäß § 266 BGB. ist der Schuldner zu Teilleistungen an sich nicht berechtigt. Er ist es nur, sofern eine Leistung der Natur der Sache nach nicht anders als in Teilen erfolgen kann oder insofern Teilleistungen — wie z. B. beim Sukzessivlieferungsgeschäfte — vereinbart sind. Logischerweise ist daher die Bestimmung des § 326 Abs. 1 Satz 3 nur auf diese beiden Fälle zu beziehen.

6. Umfang des Schadensersatzes. a) **RG.** JW. **13** 322 Nr. 7, EisenbE. **39** 440, R. **13** Nr. 647. Wer für die Gesundheitsschädigung eines anderen verantwortlich ist, hat auch diejenigen Folgen der Schädigung zu vertreten, die durch eine irrige Diagnose oder eine unrichtige Behandlung des zur Heilung zugezogenen Arztes herbeigeführt wurden, es sei denn, daß sie nicht auf der allgemeinen menschlichen und wissenschaftlichen Unvollkommenheit, sondern auf einem Kunstfehler des Arztes, also auf einem selbständigen Ereignisse beruhen, das die adäquat ursächliche Verknüpfung mit der Verletzung gelöst und einen neuen Ursachenverlauf eröffnet hat. b) **RG.** R. **13** Nr. 1851. Werden infolge des Unfalls jährliche Erholungsreisen nötig, so sind dem Verletzten die Aufwendungen, die er früher für freiwillige Erholungsreisen gemacht hat, nicht anzurechnen. c) **RG.** R. **13** Nr. 814. Wenn der Unfall das Hervortreten des Bruches nur beschleunigt hat, so hat der Haftpflichtige nur den durch das vorzeitige Austreten des Bruches entstandenen Schaden zu ersetzen. d) **RG.** R. **13** Nr. 3219. Hat der Ersatzpflichtige dem Geschädigten ein Grundstück wieder zu verschaffen, so ist eine von dem Ersatzpflichtigen auf das Grundstück geleistete Zahlung bei der Schadensbemessung zu berücksichtigen, etwa in der Weise, daß der Anspruch auf Löschung einer von dem Ersatzpflichtigen auf das Grundstück aufgenommenen Hypothek eine entsprechende Ermäßigung erfährt. Dagegen hat der Ersatzpflichtige wegen der geleisteten Anzahlung kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Schadensersatzanspruch. e) **RG.** LeipzZ. **13** 470 Nr. 27. Der zum Schadensersatze Berechtigte hat sich nicht auf die Möglichkeit eines Ersatzes verweisen zu lassen, die erst in der Zukunft zu seiner Befriedigung führen würde; er hat vielmehr nach der Bestimmung des § 249 Anspruch auf alsbaldige Erstattung dessen, was er durch das Verschulden des anderen eingebüßt hat (vgl. **RG. 80** 258). f) **RG.** R. **13** Nr. 15. Der durch Beteiligung an einer später zahlungsunfähigen Gesellschaft entstandene Schaden ist nicht dadurch ausgeglichen, daß der Gesellschaft der volle Gegenwert für Außenstände zugeflossen ist, die beim Eintritte fälschlich als gut bezeichnet wurden, um den Kläger zum Beitritte zu bewegen.

7. Vorteilsausgleichung. a) **RG.** R. **13** Nr. 2241. Vorteilsausgleich kommt bei Ansprüchen auf Vertragserfüllung nicht in Betracht, insbesondere nicht bei Beanspruchung aus einer Hypothekgarantie. Ebenso PosMSchr. **13** 5 (Marienwerder). b) **RG. 80** 162. Eine feste, allgemein gültige Norm für die Schadensausgleichung infolge Erstehung des Pfandgrundstücks, läßt sich kaum aufstellen; es müssen die Umstände des konkreten Falles entscheiden. c) **RG.** ZBlFG. **13** 626. Der Kläger will seine Einbuße deswegen erlitten haben, weil der Beklagte seine, des Klägers Hypothek nicht herausgeboten hat. Eben der Umstand aber, daß der Beklagte vertragswidrig unterlassen hat, seinerseits zu bieten und die Hypothek herauszubieten, hat den Kläger veranlaßt und zugleich in die Möglichkeit versetzt, das Grundstück selbst zu erwerben, und ist hierdurch auch nicht die Tatsache beseitigt worden, daß die Hypothek des Klägers in Höhe von 41 312,31 M. ausgefallen ist, so hat der Kläger anderseits doch dadurch, daß er das Grundstück zu einem Preise an sich gebracht hat, der vom Werte des Grundstücks übertroffen wird, einen Vorteil erlangt, der die im teilweisen Ausfalle seiner Hypothek bestehende Einbuße in Höhe des Unterschieds zwischen Erwerbspreis und Grundstückswert wieder ausgleicht.

Kommt mithin dieser Unterschied dem vollen Ausfallsbetrage gleich, dann ist der Kläger auch in vollem Maße gedeckt, und zurückzuführen ist dies Ergebnis im letzten Ende gerade darauf, daß der Beklagte die ihm obliegende Leistung unterlassen hat. Daß die Voraussetzung eines und desselben Ereignisses in Hinsicht auf die Vorteilsausgleichung nicht zu enge zu fassen ist, daß vielmehr den Maßstab der der Natur der Sache entsprechende Zusammenhang bildet und daß dabei auch die Billigkeit zu berücksichtigen ist, ist vom RG. bereits wiederholt ausgesprochen und namentlich auch in einem Falle angenommen worden, der dem vorliegenden insofern ähnlich lag, als auch dort der Kläger durch die Nichterfüllung eines Vertrags (eines Tauschvertrags) durch den Beklagten geschädigt sein wollte, anderseits aber festgestellt war, daß der Kläger das ihm vom Beklagten tauschweise zu gewährende Grundstück zu einem Preise unterhalb des Grundstückswerts bei der zwangsweisen Versteigerung des Grundstücks erworben hatte (vgl. das Urt. des erk. Sen. vom 11. November 1908, JW. **09** 46 Nr. 5). Diesem Standpunkte hat sich dann auch der II. Zivilsen. in seinem Urt. vom 22. Mai 1911, Rep. II. 592/10 angeschlossen. Auf das in **RG. 65** 57 ff. abgedruckte Urt. des III. Zivilsen. kann der Beklagte sich nicht berufen. Denn in dem damaligen Falle handelte es sich nicht wie hier um einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer vertraglich geschuldeten Leistung, sondern darum, daß der beklagte Notar die dortige Klägerin bei der Eintragung geschädigt haben sollte, weil er es unterlassen hatte, sie von einer bereits eingetragenen Grundstückslast zu benachrichtigen. **d) RG.** JW. **13** 25 Nr. 11. Bei Hypotheken eines Geschäftsmanns, der gewerbsmäßig derartige Transaktionen betreibt, wird häufig von vornherein eine vorteilhafte Erwerbung des Grundstücks bei einer später möglicherweise eintretenden oder in Erwartung stehenden Zwangsversteigerung ins Auge gefaßt, wo nicht geradezu daraufhin spekuliert worden sein. Anders wenn ein Privatmann, etwa ein Beamter oder kleiner Rentner, sein Geld in einer sicheren Hypothek anlegen will, lediglich sich einen bestimmten Zinsgenuß zu verschaffen und zu erhalten trachtet, sonst aber durchaus nicht mit Grundstücksgeschäften oder -erwerbungen sich abzugeben gesonnen ist. Wird ein solcher Hypothekengläubiger, sehr gegen seine Willensrichtung, genötigt, das Grundstück zwecks Vermeidung größeren Schadens in der Zwangsversteigerung zu erstehen, so kann man nicht ohne weiteres den Wert des Grundstücks als ein lucrum ansehen, das sich der Gläubiger, als einen durch die Schadenshaltung (adäquat) verursachten Vorteil auf seine Ersatzforderung anrechnen lassen müßte. Zumal nicht, wenn das Grundstück ein noch unfertiges Gebäude ist, dessen Fertigstellung, Besitz und Verwaltung dem Erwerber nicht nur unbequem, sondern auch mit erheblichem Risiko, größeren Aufwendungen und Lasten verknüpft sein kann. Der Erwerb setzt hier einen besonderen, selbständigen Entschluß des von Verlust bedrohten Hypothekengläubigers voraus, stellt ein spekulatives Geschäft dar, das durch das schädigende Handeln des Ersatzpflichtigen zwar veranlaßt, aber nicht auf diese Handlung als auf die Ursache im Rechtssinne zurückzuführen ist.

II. Ursächlicher Zusammenhang. 1. *Fromherz, AZivPr. **110** 23 (Literaturzusammenstellung im „Haftpflichtrecht" dess. Verf. zu § 3, vgl. § 823). Gegenüber der Behauptung, es herrsche auf dem Gebiete der Kausallehre eine „unglaubliche Verwirrung" wird auf die Notwendigkeit einer zusammenfassenden Bearbeitung der umfangreichen Literatur, die zunehmende Bedeutung der Lehre von der adäquaten Verursachung in der Rechtsprechung und in der täglichen Praxis hingewiesen. Es wird die Unbrauchbarkeit der reinen Bedingungslehre in der Rechtsanwendung, namentlich bei der Gefährdungshaftung gezeigt, zu deren Ausdehnung die heutige Rechtsentwicklung neigt. Sodann werden entwicklungsgeschichtlich Bedeutung und Unterschied der einschränkenden Kausallehren, namentlich derjenigen dargestellt, welche den Begriff der Ursache nach der objektiven Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit einschränken. Als hierher gehörig werden die Lehren von v. Bar,

Kries, Merkel, Thon, Heß, Thyren, Haß, Endemann, Litten, v. Rümelin und ihre Verschiedenheiten in Ansehung des einzunehmenden Beurteilungsstandpunkts und der zu berücksichtigenden Tatsachen bei der Fällung des Wahrscheinlichkeitsurteils erörtert. Im Anschluß an die grundlegenden Ausführungen von v. Rümelin werden die zahlreichen Versuche besprochen, die von v. Rümelin vorgeschlagenen Billigkeitsausnahmen von seiner zu weiten Fassung zu vermeiden; hier liegt die Bedeutung der im Zusammenhang erörterten Untersuchungen von Hartmann, Liepmann, Wiechowski, v. Rohland, Rumpf, Träger, Schmoller, Kriegsmann. Dabei werden wegen ihres zeitlichen Zusammenhanges die nicht auf dem Boden der Adäquanzlehre stehenden Lehren von Kohler, Torp und Bierling zu würdigen versucht. Im Anschluß an diese Versuche, die Billigkeitsausnahmen v. Rümelins zu vermeiden und durch einen brauchbaren einheitlichen, jedoch enger gefaßten Begriff zu ersetzen, wird an der Rechtsprechung des RG. gezeigt und an Beispielen dargetan, daß, ohne daß der juristische Ursachenbegriff dadurch an Objektivität verliert, dieser Begriff nach Maßgabe der allgemeinen (generellen) Vorhersehbarkeit entsprechend dem Gefahrbegriff und dem Sprachgebrauch eingeschränkt werden muß, und zwar derart, daß bei mehreren als Ursachen in Betracht kommenden Bedingungen, denen eine gewisse Selbständigkeit zuzukommen scheint, die aber dennoch zusammenwirken mußten, der Zusammenhang dieser Bedingungen der Gesetzmäßigkeit des Geschehens und der allgemeinen Vorhersehbarkeit entsprechen muß. Das ist auch stets dann der Fall, wenn der Täter selbst den Zusammenhang und den Verlauf richtig beurteilt und vorausgesehen hat. Hiernach ist jede Bedingung des Erfolges dann, aber auch nur dann, als Ursache anzusehen, wenn sie in ihrem, menschlicher Erfahrung, möglicher Voraussicht oder Berechnung entsprechenden Zusammenhange mit den gleichzeitig vorhandenen oder später eingetretenen Bedingungen einen Erfolg der eingetretenen Art in nicht ganz geringfügiger Weise begünstigt hat (58). Im Anschluß an die Fassung von Träger wird diese Begriffsbestimmung (60) genauer umschrieben. Der gewaltige Unterschied der verschiedenen Lehren für die Praxis wird an Beispielen erörtert und die Übereinstimmung der vertretenen Auffassung mit der neuesten reichsgerichtlichen Rechtsprechung gezeigt. Vom Standpunkte der gewonnenen Ergebnisse wird sodann die auf Kuhlenbeck und Torp zurückgehende, jede einschränkende Kausallehre verwerfende, Schrift von M. L. Müller kritisch beleuchtet.

2. **RG. 81** 359. Die neuere Rechtsprechung hat sich allerdings dahin entschieden, daß das Verhältnis der vertretbaren Vertragsverletzung zum Unfall als einer conditio sine qua non, sog. philosophischer Zusammenhang, noch nicht genügt, um den Schuldner für den entstandenen Schaden haftbar zu machen, daß vielmehr eine weitere Beziehung hinzutreten muß, welche den Schaden als eine adäquate Folge der wirkenden Tatsache erscheinen läßt (vgl. **RG. 50** 222, **66** 409, **69** 59, JW. **03** Beil. 114 Nr. 250, **08** 526 Nr. 11, **09** 358 Nr. 3, HansGZ. **10** Nr. 95, **12** Nr. 60). Dieses Erfordernis bedeutet, daß ein Kausalzusammenhang rechtlich dann nicht als gegeben zu erachten ist, wenn der Schaden nur unter Mitwirkung eines zweiten Ereignisses zustande gekommen ist, das mit dem ersten keinen Zusammenhang hat, so daß vom Standpunkt eines alle dem Menschen zu Gebote stehenden Erfahrungen und Kenntnisse beherrschenden Beurteilers zur Zeit der die Verantwortung begründenden Handlung eine derartige schadenstiftende Verkettung von Umständen ebenso wahrscheinlich erscheinen mußte, wenn jene Handlung unterblieb, als wenn sie erfolgte. Keineswegs aber setzt die Adäquatheit der Folge deren subjektive Vorhersehbarkeit seitens des Täters voraus (vgl. **RG. 69** 344). Ebensowenig auch, daß der verhängnisvolle Erfolg objektiv der Regel nach von der Handlung zu erwarten war (s. RGRKomm. Vorbem. 3 zu § 249). Es genügt, daß die objektive Möglichkeit eines Erfolges von

der Art des eingetretenen generell erhöht oder begünstigt wird (Träger, Kausalbegriff 162; **RG. 69** 59). Es genügt, daß die Sachlage für einen sie nach menschlichem Maßstabe soweit denkbar übersehenden Beurteiler infolge der Handlung in Richtung auf den demnächst eintretenden Schaden gefährlicher erscheinen mußte.

3. a) **RG.** LeipzZ. **13** 466 Nr. 14. Die Schadensersatzpflicht entfällt, wenn auch ohne das Dasein des pflichtwidrigen Verhaltens oder ohne die verpflichtende Tatsache sonstige selbständige und unabhängige Ereignisse zu demselben Schadenserfolge geführt haben würden. Dann ist die Kausalverbindung nicht mehr gegeben. Nur genügt nicht die Möglichkeit solcher Wirkung anderweiter Ereignisse, sondern es ist die Feststellung erforderlich, daß derselbe Erfolg aus anderer Ursache wirklich entstanden wäre (R. **06** 375 Nr. 932). b) SeuffA. **68** 145 Nr. 81 (Frankfurt). Klägerin führt ihren Unfall, d. h. ihre Erkrankung, auf die Einwirkung einer Betriebsstörung zurück, die, wie aus der Beweiserhebung zu entnehmen war, als eine im Betrieb elektrischer Straßenbahnen alltägliche und durchaus harmlose Erscheinung anzusehen war, die auch erfahrungsgemäß im gewöhnlichen Verkehr unter den Fahrgästen keinerlei psychische Erschütterungen auslöst. Wenn der Erfolg bei der Klägerin ein anderer gewesen ist, insofern das Vorkommnis eine schwere nervöse Erkrankung bei ihr herbeigeführt hat, so war die Annahme nicht von der Hand zu weisen, daß bei ihr eine Veranlagung ganz außergewöhnlicher Art vorgelegen haben muß, mag diese nun in einer besonderen hochgradigen Krankhaftigkeit im engeren Sinne oder in einer außergewöhnlichen Erregbarkeit gegenüber Erinnerungseindrücken bestanden haben, eine Veranlagung sonach, die den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Betriebe der Beklagten und dem Unfall ausschließt, und deren Vorhandensein nicht in Frage gestellt werden könnte, wenn ärztlicherseits etwa behauptet würde, die Klägerin habe vor dem Unfall im Umgange, wie bei ärztlicher Behandlung krankhafte Nervosität nicht gezeigt.

4. Mitverursachung genügt. **RG.** R. **13** Nr. 1105. Als rechtsirrig ist zu beanstanden, daß es an einem ursächlichen Zusammenhange zwischen dem angeblichen Schaden und den angeblichen Täuschungen der Beklagten fehle, wenn für die Entschließung der Klägerin, den neuen Vertrag einzugehen, neben jenen Schadenshandlungen auch andere Umstände mitbestimmend gewesen wären. Das Zusammenwirken mehrerer Ursachen stört den ursächlichen Zusammenhang zwischen ihnen und dem eingetretenen Schaden nicht; im Rechtssinne hat jede der Ursachen den Erfolg herbeigeführt (**RG. 73** 289), und wenn die Beklagten durch ihre unerlaubte Handlung den Entschluß der Klägerin, den neuen ihr ungünstigeren Vertrag abzuschließen, auch nur mitbestimmt haben, sind sie für den Gesamtschaden verantwortlich.

5. **RG.** R. **13** Nr. 2973. Die Pensionierung eines Beamten ist auch dann durch einen Unfall verursacht, wenn die vorgesetzte Behörde ihn vorher wegen schlechten Gesundheitsstandes hätte pensionieren können und sollen, davon aber abgesehen hatte.

III. Konkurrenz zwischen dem Schadensersatzanspruch aus dem Vertrag und dem aus unerlaubter Handlung. Gütschow. Wenn zwei Personen ihre Beziehungen zueinander durch Vertrag geregelt haben, sei es in Gemäßheit der für einen derartigen Vertrag getroffenen gesetzlichen Bestimmungen, sei es abweichend von diesen, für alles, was in den Rahmen dieses Vertragsverhältnisses fällt, so ist lediglich der Vertrag maßgebend. Für Verletzungen kann lediglich nach Maßgabe des Vertrags Entschädigung verlangt werden. Dabei ist der Rahmen des Vertrags entsprechend dem anzunehmenden Willen der Parteien, die ihr Verhältnis zueinander eben in der vereinbarten, vielleicht vom Gesetz abweichenden Weise gestalten wollten, möglichst weit zu ziehen. Ob die Leistung durch einen Erfüllungsgehilfen bewirkt ist, ist für die Haftung unerheblich. Es liegt kein Grund vor, dem Gläubiger, der mit diesen vertragsmäßigen

Rechten zufrieden war, inhaltlich oder zeitlich weitergehende, mit der Deliktsklage geltend zu machende Rechte zuzusprechen, sei es gegen den Schuldner selbst oder gegen dessen Erfüllungsgehilfen.

§ 250. *Holländer, Entschädigung für Bergbauschäden. Eine „Unverhältnismäßigkeit" der Herstellungskosten im Sinne des § 250 Abs. 2 kann nicht nur im Verhältnisse zur Größe des Schadens bestehen, sondern auch im Verhältnisse zu dem sich durch die etwaige Herstellung ergebenden Nutzen (28).

§ 251. *Holländer, Entschädigung für Bergbauschäden. Eine Herstellung ist nur dann möglich, wenn sie auf dem wirtschaftlich normalen Wege erfolgen kann; eine annähernde Herstellung wird im Verkehre meist als ausreichend empfunden (24). Eine Herstellung ist dann nicht möglich, wenn neue Beschädigungen zu erwarten sind (26). Die Geldentschädigung bei Sachbeschädigungen bewirkt (im Gegensatze zur Herstellung) eine prozentuale Vergütung des Sachwerts; bei künftigen Beschädigungen kann nur noch der nicht vergütete Teil des Sachwerts zugrunde gelegt werden (32). Die Berechnung der Entschädigung einer Sache nach Gebrauchs- oder Tauschwert ist nicht gleichbedeutend mit der subjektiven bzw. der objektiven Berechnung (40). Bei der Berechnung des Schadens nach dem Tauschwert ist der Kausalzusammenhang zwischen dem schadenbringenden Ereignis und der Schadensfolge ein logischer, kein mechanischer (Grund und Folge, nicht Ursache und Wirkung); dies ist für die compensatio damni cum lucro von erheblicher Bedeutung (42). Der Tauschwert wird nicht allmählich, sondern stoßweise und nicht gleichzeitig mit dem Gebrauchswerte vermindert; dies ist von Wichtigkeit bei Wertveränderungen, ferner für die Aktivlegitimation zur Zeit des Besitzwechsels und für die Verjährung (47). Jede einzelne zu ersetzende Verminderung des Tauschwerts ist prozentual vom gesamten Sachwerte zu berechnen (51). Infolge der einheitlichen Ausübung des Wahlrechts zwischen Gebrauchs- und Tauschwert kann nicht neben der Entschädigung des Tauschwerts noch Ersatz für entzogene Nutzungen, entgangenen Gewinn usw. verlangt werden; dieser Ersatz ist bereits enthalten in den Zinsen der Entschädigungssumme (55, 69). Wird der Schaden nach subjektivem Maßstabe berechnet, so kann auch Ersatz des konkreten (mittelbaren) Schadens begehrt werden, d. h. desjenigen Schadens, der andere Werte als den unmittelbar verletzten Vermögenswert betrifft. Ein solcher mittelbarer Schaden liegt nur vor, wenn der unmittelbar getroffene Vermögenswert werbend auf die mittelbar verletzten Werte oder wenn umgekehrt die mittelbar verletzten werbend auf den unmittelbar betroffenen verwandt werden sollten (60). Der unmittelbare Schaden muß durch das schädigende Ereignis selbst, nicht durch die Fortdauer des schadenbringenden Zustandes verursacht sein; im letzteren Falle kann der Schaden nur unter dem Gesichtspunkte des Verzugsschadens ersetzt verlangt werden (62, 65). Der Verzugsschaden ist ein mittelbarer Schaden, er wird subjektiv, bei Geldschulden auch objektiv, berechnet. Er ist vollkommen unabhängig von dem Hauptschaden und kann daher sowohl bei der Berechnung nach dem Gebrauchswert als auch bei der nach dem Tauschwerte begehrt werden (65). Bei regelmäßig wiederkehrenden, nicht vorübergehenden Schadensfolgen ist Entschädigung nicht in Form einer Rente, sondern einer Kapitalsabfindung zu leisten; maßgebend für den der Kapitalabfindung zugrunde zu legenden Betrag ist die Höhe des Schadens zur Zeit seines Eintritts, jedoch muß eine spätere Veränderung bei der Kapitalisierung berücksichtigt werden. Bei der Kapitalabfindung steht der Ersatzberechtigte insofern häufig wirtschaftlich schlechter als beim Rentenbezug, als er Verzinsung der Kapitalabfindung nur im Falle einer unerlaubten Handlung schon seit Eintritt des Schadens (§ 849 BGB.), sonst aber erst vom Eintritte des Verzugs an verlangen kann (74).

§ 252. 1. *Holländer, Entschädigung für Bergbauschäden. a) Der entgangene Gewinn wird nach dem Gebrauchswert und nach subjektivem Maßstabe

berechnet. Verschieden ist die (streitige) Frage, welcher Zeitpunkt für die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des entgangenen Gewinns maßgebend ist, von der Frage, welcher Zeitpunkt für seine Höhe maßgebend ist; letztere Frage beantwortet sich danach, wann der entgangene Gewinn voraussichtlich realisiert worden wäre (69). b) Zinsen können vom entgangenen Gewinn erst von dem Zeitpunkt an beansprucht werden, in welchem der Gewinn entgangen sein würde; ist dieser Zeitpunkt zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht eingetreten, so müssen die Zwischenzinsen abgezogen werden (73).

2. **RG.** DJZ. **13** 697. Für die Frage, welcher Gewinn als zu erwarten anzusehen sei, kommen auch nachträglich eintretende Umstände in Betracht.

§ 253. RG. R. **13** Nr. 2976. Wird nachträglich der „Verruf" seitens einer Burschenschaft als Versagung des Waffenschutzes erläutert, so genügt dies; einer ausdrücklichen Rücknahme des Wortes „Verruf" bedarf es nicht.

§ 254. I. Allgemeines. 1. Anwendungsgebiet. a) RheinZ. **5** 138 (Colmar). Die Bestimmung des § 254 hat auch in dem Anwendungsgebiete des Art. 22 EisenbahnpolizeiG. vom 15. Juli 1845 Platz zu greifen. Die gegen die Anwendung jenes Paragraphen im Gebiete des preußischen Eisenbahngesetzes bestehenden Bedenken (vgl. einerseits **RG. 63** 270, OLG. **16** 349; andererseits **RG. 66** 402) können gegenüber der einheitlichen Gesetzgebung des französischen Staates im Falle des Art. 22 nicht aufkommen. **b)** Entsprechende Anwendung. **RG. 80** 252. Unbedenklich ist anzunehmen, daß die unmittelbare oder doch entsprechende Anwendung des § 254 Abs. 2 geboten ist, wenn der Beschädigte schuldhaft unterlassen hat, den Schaden, dessen Ersatz er vor dem an zweiter Stelle verantwortlichen Beamten fordert, durch rechtzeitige Inanspruchnahme des in erster Reihe Verpflichteten abzuwenden oder zu mindern.

2. Mitschuld bei Verletzung durch vorsätzlich begangene unerlaubte Handlungen. **RG.** JW. **13** 587 Nr. 1, R. **13** Nr. 1256. Ein Rechtssatz des Inhalts, daß gegenüber vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen ein mitwirkendes Fahrlässigkeitsverschulden des Beschädigten nicht in Betracht zu ziehen sei, besteht nach dem BGB. nicht. Regelmäßig wird freilich das eigene und fahrlässige Verschulden des Verletzten gegenüber der vorsätzlichen Handlung des Schädigers nicht in Rechnung zu ziehen sein (**RG. 69** 277, **78** 389, JW. **08** 9 Nr. 10, WarnE. **08** Nr. 446, **11** Nr. 64). Von dieser Regel werden einmal die Fälle des § 254 Abs. 2 eine Ausnahme machen, bei denen es sich nicht um ein mitwirkendes Verschulden bei der Verursachung des Schadens, sondern um dessen Abwendung oder Minderung handelt (vgl. RGRKomm. § 826 Anm. 7), ferner aber auch gerade die Fälle, in denen die Haftung für Handlungen Dritter in Frage kommt, wie bei der Haftung der Körperschaften für Handlungen ihrer Vertreter.

3. Haftung für fremde Mitschuld. a) **RG.** JW. **13** 587 Nr. 1. Hat die Beklagte für das schuldhafte Handeln ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter nach §§ 31, 89 in Verbindung mit der die Schadensersatzpflicht bestimmenden Gesetzesnorm bei Beschädigungen Dritter einzustehen, so hat auch die klagende Körperschaft für das bei der Entstehung oder Nichtabwendung (§ 254 Abs. 1 u. 2 BGB.) ihren satzungsmäßig berufenen Vertretern oder einem von ihnen zur Last fallenden Verschulden aufzukommen. Diese Annahme widerspricht nicht den in **RG. 77** 211, **79** 312 (ebenso JW. **11** 979 Nr. 11, **12** 138 Nr. 12) aufgestellten Grundsätzen über die Haftung für Handlungen Dritter bei der Feststellung des eigenen mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten, wird vielmehr von ihnen gefordert, da der Grundgedanke des § 254 Abs. 2 Schlußsatz nach jenen Entscheidungen dahin geht, daß der Beschädigte für seine Hilfspersonen und Vertreter in derselben Weise einzustehen habe wie der Schädiger. **b) RG.** JW. **13** 922 Nr. 9. Ein durch unerlaubte Handlung verletztes Kind hat das bei Entstehung des Schadens mitwirkende Ver-

schulden seiner Mutter nicht zu vertreten, wenn der Vater im Zeitpunkte der Verletzung Inhaber der elterlichen Gewalt war.

4. Ablehnung ärztlicher Behandlung und Operation als Mitschuld. a) **RG.** WarnE. **13** 166 Nr. 131. Daraus, daß der Verletzte sich nicht einer „energischen Behandlung" in einer Klinik unterzieht, durch welche in kurzer Zeit Heilung zu erzielen wäre, kann ein Verschulden nur hergeleitet werden, wenn sich aus den besonderen, von dem Ersatzpflichtigen darzulegenden Umständen ergibt, daß dem Verletzten nach seinen persönlichen Verhältnissen zugemutet werden kann, sich einer solchen Behandlung zu unterziehen. **b) RG.** JW. **13** 975 Nr. 2. An die Begründung des Einwandes, der Verletzte habe es unterlassen, durch eine Operation seine Erwerbsfähigkeit ganz oder teilweise wiederherstellen zu lassen, sind folgende Forderungen zu stellen: 1. Zunächst muß die Operation nach dem Gutachten von Sachverständigen gefahrlos sein, und zwar in dem Sinne, wie überhaupt nach dem jeweiligen Stande der ärztlichen Wissenschaft von einer Gefahrlosigkeit gesprochen werden kann, d. h. soweit nicht unvorhersehbare Umstände eine Gefahr bedingen. Damit scheiden alle Operationen aus, die im Gegensatze zu der bloßen örtlichen Unempfindlichmachung nur in der Chloroformnarkose vorgenommen werden können, weil bei solchen die Möglichkeit eines tötlichen Ausganges mit Sicherheit trotz sorgfältigster vorheriger Untersuchung der Körperbeschaffenheit des Leidenden im voraus nicht auszuschließen ist, wie dies auch der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts entspricht. 2. Die Operation darf ferner nicht mit nennenswerten Schmerzen verknüpft sein, weil dem Verletzten, der überhaupt nur durch eine von dem Schadensersatzpflichtigen zu vertretende Tatsache in die Lage gebracht worden ist, sich besonderen Maßnahmen zur Wiederherstellung seiner Erwerbsfähigkeit zu unterwerfen, nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, zu diesem Behuf auch noch beträchtliche Schmerzen auf sich zu nehmen. 3. Endlich muß der Schadensersatzpflichtige dem Verletzten zu erkennen gegeben haben, entweder er sei bereit, die Operation auf seine Kosten an geeigneter Stelle und durch sachkundige Personen zu erwirken, oder die Kosten vorzuschießen.

5. Aufsuchung ärztlich verordneter Erholungsstätten. **RG.** R. **13** Nr. 1852. Der Verletzte, dem ärztlich Erholungsreisen verordnet sind, kann nicht dazu angehalten werden, anstatt in Kurorte und Sommerfrischen zu gehen, die Gastfreiheit von Verwandten in Anspruch zu nehmen und dadurch dem Beklagten Kosten zu ersparen.

6. Keine Haftung für Kunstfehler des Arztes. **RG.** WarnE. **13** 166 Nr. 131. Wenn der Verletzte einen staatlich approbierten Arzt zugezogen und dessen Anordnungen befolgt hat, so hat er, vom Standpunkte der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aus betrachtet, das Seinige zur Minderung des Schadens getan; die Tätigkeit des Arztes fällt nicht mehr in den Kreis desjenigen, was nach § 254 dem Verletzten zu tun obliegt. So **RG. 72** 219; vgl. auch das Urt. in JW. **11** 754 Nr. 9; ferner RGRKomm. Anm. 9 a a. E. zu § 254; Staudinger Anm. 5 letzter Absatz zu § 254.

7. Trunkenheit als überwiegendes Verschulden. **RG.** R. **13** Nr. 1573. Ein Entschädigungsanspruch ist ausgeschlossen, wenn der Verletzte sich so betrunken hatte, daß er seiner Sinne nicht mehr mächtig war.

8. Anwendbarkeit des § 278 auf die Fälle des § 254. a) **RG.** R. **13** Nr. 1258. Der Grundgedanke des § 254 Abs. 2 Schlußsatz geht dahin, daß der Beschädigte für seine Hilfspersonen und Vertreter in derselben Weise einzustehen hat wie der Schädiger (**RG. 77** 211, **79** 312, JW. **11** 979 Nr. 11, **12** 138 Nr. 12, R. **11** Nr. 2819, **12** Nr. 1886). **b) RG.** JW. **13** 922 Nr. 9. Der Senat hat es abgelehnt, die „entsprechende" Anwendung des § 278 so weit auszudehnen, daß darunter im Gebiete der unerlaubten Handlungen auch eine Art tatsächlicher Vertretung

fiele, kraft welcher die von dem Gesetze zur Fürsorge für die Person des Kindes berufene Mutter die aus § 254 sich ergebende Pflicht des Kindes, sich selbst vor Schaden zu bewahren, anstatt seiner, in seiner Vertretung zu erfüllen hätte. c) SeuffA. **68** 46 Nr. 30 (Augsburg). Im § 254 ist lediglich die entsprechende Anwendung des § 278 angeordnet. Dies soll heißen (wie in SeuffBl. **08** 352 in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung des RG. ausgeführt ist), daß der § 278 anwendbar ist, auch wenn ein rechtsgeschäftliches Verhältnis zwischen dem Schädiger und dem Beschädigten nicht besteht (anders **RG.** **77** 211, SeuffA. **67** Nr. 125).

II. Einzelfälle bei außervertraglicher Beschädigung. 1. Verkehrsunfälle. a) Automobilunfall (s. auch III 1). **RG.** SeuffA. **68** 21 Nr. 12. Bei den Gefahren, die der Kraftwagenverkehr mit sich bringt, ist davon auszugehen, daß der Kraftfahrzeuglenker sich nicht auf das richtige Handeln des anderen im Verkehre mit ihm zusammentreffenden Fahrzeuglenkers oder Radfahrers verlassen darf. b) Radfahrer. α. **RG.** EisenbE. **29** 349, R. **13** Nr. 170. Das Vorbeifahren eines Radfahrers in unmittelbarer Nähe eines Pferdes im Straßenverkehr einer Großstadt ist nicht ohne weiteres als eigenes Verschulden anzusehen. β. BadRpr. **13** 69 (Karlsruhe). Der Kläger ist mit seinem Fahrrade dadurch zu Falle gekommen, daß er auf der mindestens 50 m weit übersehbaren Straße, anstatt nach der rechten Straßenseite auszuweichen, wo ihm ein ungehindertes, völlig gefahrloses Vorbeifahren möglich war, auf der linken Straßenseite, ohne auch nur seine Fahrgeschwindigkeit zu mindern, weiterfahrend versuchte, zwischen den beiden vom Beklagten frei getriebenen Schweinen hindurchzufahren. Er stieß dabei mit dem vom Beklagten, um seinerseits richtig auszuweichen, auf die — vom Kläger aus — linke Seite hinüber getriebenen Schweine zusammen. Den Kläger trifft sonach der Vorwurf des Selbstverschuldens in so hohem Maße, daß dagegen jedes etwa in Betracht kommende Verschulden (§ 823 BGB.) oder gefährdende Verhalten (§ 833 BGB.) des Beklagten als für die Entstehung des Schadens gänzlich unerheblich zurücktreten mußte. γ. **RG.** EisenbE. **29** 456. Den Fuhrmann, der eine durch ein Verkehrshindernis verengte Brücke im scharfen Trabe durchfährt, trifft ein Verschulden. Aber auch ein entgegenkommender Radfahrer handelt schuldhaft, wenn er es unternimmt, durch die von dem Wagen und dem Verkehrshindernis geschaffene Enge zu fahren. c) Eisenbahnunfall. α. **RG.** JW. **13** 735 Nr. 3. Der Kläger geriet, nachdem er mit der Fahrkahrte durch die Billettkontrolle auf den Bahnsteig gelassen war, infolge selbstverschuldeter Trunkenheit auf das noch leere Gleis und wurde von dem bald darauf einfahrenden Zuge überfahren. Also war sein eigenes fahrlässiges Verhalten die erste und hauptsächliche Ursache, daß er der Betriebsgefahr ausgesetzt wurde und zu Schaden kam. Die rechtliche Bedeutung der Ursächlichkeit wird vom Berufungsgerichte verkannt, wenn es gleichwohl dem Beklagten die vorwiegende Ursache am Unglücke zuschreibt. Dazu kommt, daß dem Verschulden des Klägers keine erhöhte Betriebsgefahr gegenübergestanden hat. Die Umstände, auf die das Berufungsgericht Gewicht legt, daß nämlich der Bahnsteig nicht noch besonders abgesperrt und nicht schon vor dem unmittelbaren Eintreffen des Zuges besonders beaufsichtigt war, sind bei kleinen Bahnhöfen die allgewöhnlichen und nicht geeignet, die allgemeine Betriebsgefahr zu steigern. Hier, wo offenbar die Schuld des Klägers die einfache, vom Beklagten zu vertretende Betriebsgefahr überwogen hat, muß rechtlich auch nach § 254 BGB. der größere Teil des Schadens vom Kläger selbst getragen werden. β. **RG.** R. **13** Nr. 2977. Die mit dem Schließen der Wagentüren verbundenen Gefahren sind allbekannt, und jeder Reisende ist gehalten, sie mit besonderer Sorgfalt zu vermeiden. Gedankenlosigkeit, nächtliche Müdigkeit oder Verschlafenheit können den Kläger nicht von der Beobachtung der ihm obliegenden Aufmerksamkeit entbinden. Wenn er daher hier, wie feststeht, unter Außerachtlassung jeder Sorgfalt die Hand in den Türspalt gelegt

hat, obwohl er jederzeit mit dem Schließen der Tür rechnen mußte, so ist es nicht rechtsirrig, wenn wegen dieses groben und hauptursächlichen Verschuldens die Klage gänzlich abgewiesen worden ist. γ. **RG.** JW. **13** 23 Nr. 9, EisenbE. **29** 327. Es kommt namentlich auf verkehrsreichen Bahnstrecken in der Nähe von Hauptstationen häufig vor, daß Eisenbahnzüge, weil die Einfahrt nicht frei ist, vor der Station anhalten; und zwar nicht bloß auf freier Strecke, sondern je nachdem auch auf einer Vorstation, die sonst von dem Zuge, als einem Schnellzug oder D-Zuge, durchfahren wird. Damit muß auch der Reisende im Falle eines Anhaltens rechnen. Wer reise- und ortskundig ist, muß auch darauf gefaßt sein, daß sich ein aus solchem Anlasse haltender Zug plötzlich und vielleicht mit einem Rucke wieder in Bewegung setzen wird, und man kann sich nicht darauf verlassen, daß die Reisenden immer durch das Zugpersonal von dem Grunde des Haltens verständigt oder vor dem Aussteigen gewarnt werden. Wenn nun ein Zug in der Weise wie hier anhält und der Reisende kein Ausrufen der Station vernimmt, ihm auch sonst keine zuverlässigen Merkmale dafür, daß der Zug am Ziele angelangt ist, gegeben sind, so hat er wohl Anlaß, sich darüber anderweit zu vergewissern, sei es durch Ausschau aus Fenster oder Tür, sei es durch Befragen von Mitreisenden oder Bahnbediensteten. Unvorsichtig ist es, in einem derartigen Falle ohne jede nähere Information blindlings auszusteigen. δ. **RG.** R. **13** Nr. 2385. Einen Rangiermeister, der wegen der bei dem Gleise stattfindenden Bauarbeiten eine Wagentür des fahrenden Zuges öffnet und auf das Trittbrett steigt, um nachzusehen, ob etwa Arbeiter zu nahe am Gleise sind, trifft ein erhebliches eigenes Verschulden, wenn er bei einem Zusammenstoße des Rangierzugs mit einem zu nahe am Gleise stehenden Bauwagen vom Trittbrette geschleudert wird. ε. **RG.** EisenbE. **29** 317 Nr. 249. Hat ein Fahrgast bei der Einfahrt eines Zuges, den er aus der entgegengesetzten Richtung erwartete, sich so nahe an das Gleise herangestellt, daß er von dem herankommenden Zuge erfaßt wurde, so liegt ein überwiegendes eigenes Verschulden vor. Darin, daß auf einer kleinen ländlichen Haltestelle eine besondere Absperrung der Gleise nicht vorgesehen ist, ist eine erhöhte Betriebsgefahr nicht zu erblicken. ζ. **RG.** EisenbE. **29** 320 Nr. 254. Überschreitet jemand kurz vor Einlaufen eines Zuges, den er benutzen will, das Eisenbahngleise, so ist zumal bei Verhältnissen, welche eine erhöhte Betriebsgefahr bedeuten, das eigene Verschulden nicht stets als so groß anzusehen, daß jede Ersatzpflicht des Bahnunternehmers ausgeschlossen wäre. η. **RG.** EisenbE. **29** 341, R. **13** Nr. 409, 410, 411. Auch bei der Anwendung des § 254 braucht das bloße Mitwirken der Betriebsgefahr eine teilweise Ersatzpflicht der Eisenbahn nicht zu begründen, wenn das Verschulden des Verletzten die überwiegende Ursache des Schadens war (vorsätzliches Öffnen der Abteiltür eines fahrenden Zuges). ϑ. **RG.** EisenbE. **29** 428, R. **13** Nr. 648. Ist das Fehlen einer Schranke dem Beschädigten bekannt, aber das Glockenzeichen zu spät gegeben worden, so ist hälftige Schadensteilung angemessen. ι. **RG.** EisenbE. **29** 328. Überwiegendes eigenes Verschulden liegt nicht vor, wenn man beim Aufladen ruhige Pferde, die eine Strecke weit vom Bahngleis entfernt stehen, beim Herannahen eines Zuges nicht absträngt und die Zügel nicht kurz bindet. κ. **RG.** EisenbE. **29** 320. Wer auf der Vorderplattform eines Straßenbahnwagens sich derart festhält, daß ein Stück seines Armes in die freie Fahrbahn hinausragt, ist an einer Verletzung durch einen knapp vorbeifahrenden Wagen selbst mit schuld. **d)** Straßenunfälle. α. **RG.** R. **13** Nr. 474. Ein Ortsfremder, der bei völliger Dunkelheit eine ihm fremde Straße begeht, hat erhöhte Vorsicht zu üben. β. **RG.** R. **13** Nr. 2049. Auch gegenüber schuldhaft unterlassenem Streuen bei Eisglätte kann das eigene Verschulden des Verletzten, der unnötig den glatten Bürgersteig begangen hat, weitaus überwiegend. γ. **RG.** R. **13** Nr. 1109. Ein den Fahrdamm überschreitender Fußgänger hat in erster Linie auf die Fahrtrichtung der Fuhrwerke zu achten. Hat er die gegenüberliegende Seite fast erreicht,

so trifft ihn kein Verschulden, wenn er einem ein anderes Fuhrwerk auf der linken Fahrseite überholenden, unvermutet herannahenden Automobil nicht ausreichende Aufmerksamkeit zuwenden kann, weil sein Ausblick durch einen auf der Schulter getragenen schweren Koffer behindert ist. δ. **RG.** EisenbE. **29** 343. Bei unachtsamem Überschreiten des Fahrdamms bildet die Unterlassung des rechtzeitigen Warnungssignals ein mitwirkendes Verschulden. ε. **RG.** R. **13** Nr. 649. Wer sich bemüht hat, sich in der Dunkelheit beim Aufsuchen eines Brückenzuganges zu orientieren, aber in falschem Glauben, den richtigen Zugang gefunden zu haben, nicht vorsichtig genug weitergeht, dessen Verschulden ist zwar gemildert, aber nicht ausgeschlossen (Verschulden ein Drittel). ζ. **RG.** R. **13** Nr. 164. Darin allein, daß der Verletzte in der Nähe eines ihm als unruhig, nicht aber als bösartig bekannten Pferdes sich gebückt hat, um den am Boden liegenden Futtersack aufzuheben, kann ein den Schadensersatzanspruch minderndes schuldhaftes Verhalten noch nicht gesehen werden. Es kommt hierfür alles auf den von dem Verletzten eingenommenen Standort an.

2. Unfälle in geschlossenen Räumen und auf Höfen. a) **RG.** WarnE. **13** 493. Der Hausbesitzer haftet für den Zustand der Treppe auch wenn die Polizeibehörde bei einer Besichtigung keine Beanstandungen erhoben hat. — Seine Haftung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der verunglückte Mieter den Zustand der Treppe beim Einzuge kannte (s. auch III 2). b) **RG.** R. **13** Nr. 1110. Das Verschulden des Gastwirts, der den zum Pissoir führenden Flur nicht beleuchtet, ist gegenüber dem Verschulden des Gastes, der in der Dunkelheit versehentlich die Kellertür öffnet und hinabstürzt, das größere (ein Drittel eigenes Verschulden). c) **RG.** R. **13** Nr. 2548. Wer sich dadurch ohne Not in Gefahr begibt, daß er einen ihm unbekannten Raum im Dunkeln betritt, handelt regelmäßig schuldhaft (R. **12** Nr. 1439 u. 2012); nur unter ganz besonderen Umständen kann ein solches Verhalten entschuldbar erscheinen. d) **RG.** R. **13** Nr. 2245. Betritt eine Person (Verwandter), die in dem Hause Bescheid weiß, das Haus vom hinteren Eingange her, öffnet sie eine im Flur befindliche unverschlossene Tür in der Erwartung, dort Bewohner des Hauses anzutreffen, und stürzt sie dabei in einen unmittelbar hinter der Tür befindlichen offenen Schacht, so trifft sie kein eigenes Verschulden. e) **RG.** R. **13** Nr. 471. Aus der häufigen Anwesenheit in einem Raume ergibt sich nicht, daß die durch eine glatte und schadhafte Eisenplatte im Fußboden gebildete Gefahr hätte erkannt werden müssen. f) **RG.** R. **13** Nr. 1427. Hat ein Kaserneninspektor die Anweisung erhalten, die Hoflaternen bei Vollmond nicht anzuzünden, und verunglückt er im Dunkeln infolge einer Aufgrabung, so trifft ihn ein erhebliches eigenes Verschulden, weil er trotz der Anweisung auf andere Weise für eine Unschädlichmachung des Hindernisses sorgen mußte.

3. Mitschuld des Ertrunkenen. SchlHolstAnz. **13** 52 (Kiel). Der Erblasser des Klägers ist im Seebade der Beklagten ertrunken. Das OLG. stellt Mitschuld des Ertrunkenen zu einem Viertel fest. Er sah und fühlte beim Hineingehen ins Wasser die starke Brandung und hätte sich als Neuling vergewissern müssen, wie weit er gefahrlos hinausgehen konnte. Nach den Zeugenaussagen hat er sich aber in die Reihe der in vorderster Linie nach der See zu Badenden hinausgewagt und ist bis zum Nabel im Wasser gewesen. Darin liegt eine Fahrlässigkeit.

III. Einzelfälle bei Vertragsverhältnissen. 1. Automobilunfall (s. auch II 1 a). a) **RG.** R. **13** Nr. 473. Wenn der Mieter einer Automobildroschke den durch übermäßig lange Berufstätigkeit abgespannten Führer zum Befahren einer unbekannten Chaussee zur Nachtzeit veranlaßt, so trifft ihn eigenes Verschulden. b) **RG.** EisenbE. **29** 346 Nr. 294, R. **13** Nr. 169. Das Schlafen im Kraftwagen kann unter Umständen ein eigenes Verschulden des Fahrgastes darstellen. c) **RG.** R. **13** Nr. 3220. Wenn ein Kraftfahrzeuglenker unter erschwerten Fahrtverhältnissen (Tourenfahrt, Staubwolken) eine gefährliche Kurve schuldhafter-

weise zu schnell durchfährt, so handelt der Fahrgast nicht schuldhaft, wenn er nicht widerspricht.

2. Unfälle in Mieträumen (s. auch II 2). a) **RG.** R. **13** Nr. 1255. Das eigene Verschulden des Mieters, der eine dunkle Treppe heruntergeht, ohne sich Licht zu verschaffen, ist gegenüber dem Verschulden des Vermieters wegen unterlassener Treppenbeleuchtung nicht überwiegend. b) **RG. 81** 214. Stößt einem Angehörigen des Mieters bei Benutzung der Mieträume ein Unfall zu und will der Mieter daraus Ansprüche herleiten, so muß er sich das Verschulden seines Angehörigen entgegenhalten lassen. c) SächsRpflA. **13** 179 (Dresden). Der Kläger hat die Mietwohnung, obwohl er deren Feuergefährlichkeit kannte, bezogen und jahrelang benutzt. Hierdurch hat er den baulichen Zustand genehmigt. Dadurch, daß er trotz der offensichtlichen Feuergefährlichkeit bis zum Unfalle wohnen geblieben ist, hat er sich wissentlich den Gefahren ausgesetzt, die das Wohnen in einem feuergefährlichen Hause mit sich brachte, und hiermit den Schaden, der ihn infolgedessen getroffen hat, überwiegend selbst verschuldet. d) **RG.** R. **13** Nr. 2706. Öffnet der Hotelgast die Tür eines anscheinend ordnungsmäßig arbeitenden Personenaufzugs, stürzt er aber alsdann infolge unvorsichtigen Weiterschreitens in den Schacht, weil der Fahrstuhl nicht zur Stelle war, so trifft ihn überwiegendes (zwei Drittel) Verschulden.

3. Unfall auf einer Wasserrutschbahn in einem Seebade. **RG.** WarnE. **13** 167. Ein Verschulden des Klägers ist in Übereinstimmung mit den weiteren Darlegungen des Berufungsgerichts zu bejahen. Es ist festgestellt, daß der Kläger am Tage vor dem Unfalle von einem praktischen Arzte Kenntnis davon erhielt, daß dieser bei Benutzung der Bahn mit den Füßen auf dem Meeresboden in einer Weise aufgestoßen ist, die ihm Schmerzen verursachte. Der Kläger hat also vor dem Unfalle gewußt, daß die Benutzung der Bahn mit der Gefahr des Aufstoßens der Füße und einer Verletzung derselben verbunden war. Wenn er trotz dieser Sachlage die Bahn benutzte, so hat er sich selbst der Gefahr ausgesetzt und unter Außerachtlassung der von ihm zu erwartenden Sorgfalt und Umsicht gehandelt. Sein Verschulden könnte nur dann entfallen, wenn die Handlung, durch die er sich in die Gefahr begab, für ihn geboten oder wenigstens durch wichtige Gründe veranlaßt worden wäre; hiervon ist aber im vorliegenden Falle keine Rede, da es sich lediglich um eine Badebelustigung handelte. Dazu kommt, daß der Kläger nicht auf dem Gesäß und Rücken, sondern auf dem Bauche mit den Füßen nach vorne herabgerutscht ist, und daß sich durch diese ungewöhnliche Art der Bahnbenutzung, wie der Kläger erkennen konnte, die Gefahr eines Unfalls erhöhte; denn es wurde hierdurch der Schwung, mit dem der Rutschende herabglitt, vermindert und es kamen so die Füße rascher und steiler zum Meeresgrunde.

4. Schleppschiffahrt. **RG.** HansGZ. **13** Hptbl. 79 Nr. 35. 1. Der Schleppschiffer hat die Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers, mit der der Schleppvertrag gegenüber dem Kläger zu erfüllen war, dadurch außer acht gelassen, daß er nicht lotete, während die Umstände der Fahrt es erforderten. Hierdurch ist die Strandung verursacht. Der Beklagte, der das Verschulden seines Schiffers zu vertreten hat, ist also dem Kläger für den durch die Strandung verursachten Schaden haftbar. Andererseits hat das Berufungsgericht auch festgestellt, daß der Leichterschiffer die ihm als Schiffer gegenüber seiner Reederei obliegende Sorgfalt außer acht gelassen hat, indem er, als um 11 Uhr das Wetter aufklärte, es unterließ, den Schiffsort durch Peilung festzustellen und zu loten, als es wieder dick wurde, und daß er hierdurch zur Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, weil er bei pflichtmäßiger Aufmerksamkeit den unrichtigen Kurs des Schleppers hätte korrigieren können. Auf Grund dieser Feststellung hat das Berufungsgericht mit Recht die Ersatzpflicht des Beklagten auf die Hälfte des an dem Leichter entstandenen Schadens beschränkt; denn für die

Anwendung des § 254 BGB. genügt es, daß zur Entstehung des Schadens ein fahrlässiges Verhalten des Geschädigten oder seines Gehilfen im Sinne des § 278 BGB. mitgewirkt hat. Es kommt nicht darauf an, ob durch solche Fahrlässigkeit eine dem Geschädigten gegenüber dem Ersatzpflichtigen obliegende Pflicht zur Sorgfalt verletzt ist. Die Entscheidung über die Klage war also zu bestätigen. 2. Dagegen könnte der Beklagte Ersatz des an seinem Schlepper entstandenen Schadens nur dann von dem Kläger fordern, wenn durch die Fahrlässigkeit des Leichterschiffers, die zur Strandung mitgewirkt hat, eine dem Kläger gegenüber dem Beklagten obliegende Pflicht verletzt wäre. Das ist vom Berufungsgerichte mit Recht verneint. Zwar hatte der Leichterschiffer gegenüber seiner Reederei und dem Ladungsinteressenten die Pflicht, die Navigation des Schleppers zu kontrollieren. Dafür aber, daß ihm diese Pflicht auch gegenüber der Reederei des Schleppers und in ihrem Interesse oblag, ist kein Grund erfindlich. Weder der Schleppvertrag noch der Schiffahrtsgebrauch ergeben etwas dafür. Es war also mit den Vertragspflichten des Klägers vereinbar, daß der Leichterschiffer die Leitung des Schleppzugs dem Schleppschiffer gänzlich überließ. Wenn die Reederei des Schleppers den Schleppzug durch ihren Schiffer führen ließ, so hatte sie keinen Anspruch darauf, daß er hierbei von dem Schiffer des geschleppten Schiffes kontrolliert wurde, sie kann daher auch keinen Schadensersatzanspruch aus der Unterlassung solcher Kontrolle herleiten, weshalb die Widerklage mit Recht abgewiesen ist.

5. **RG.** R. **13** Nr. 165. Sind bei einer Munitionslieferung unter den zu liefernden Patronen Kaliber 12 versehentlich auch einige Patronen Kaliber 16 geliefert, und ist demnächst durch eine beim Laden im Gewehrlaufe steckengebliebene Patrone Kaliber 16 ein Platzen des Gewehrs und dadurch ein Schaden verursacht worden, so ist auch ein eigenes erhebliches Verschulden des Schützen anzunehmen, wenn dieser beim Laden des Gewehrs nicht mit peinlicher Sorgfalt verfahren ist.

6. **RG.** R. **13** Nr. 2243. Bei den ersten Probeläufen einer Turbine entstandene Schäden fallen nicht ohne weiteres den Angestellten des Käufers zur Last, wenn das Montierungspersonal des Lieferers mitanwesend war.

7. *Weides, Die zivilrechtliche Haftung der Zeitung für falsche Nachrichten. § 254 trifft in dem Falle zu, in dem die Geschädigten, die Leser einer Zeitungsnachricht, selbst zu ihrer Schädigung mitwirken. Man kann in diesen Fällen nicht von zwei Kausalketten reden, da durch das Verhalten des Schädigers (falsche Nachricht und ihre Verbreitung) allein der Schaden nicht entstehen kann. Nur durch das Verhalten des Verletzten wird wirklich eine solche Kausalkette gegeben; denn auch abgesehen von der falschen Nachricht der Zeitung wäre es dem Schaden gegenüber als kausal anzusehen. Die falschen Nachrichten usw. und das Verhalten des Geschädigten selbst sind vielmehr auch juristisch als eine Gruppe von Tatsachen anzusehen, aus denen nach der Theorie der adäquaten Kausalität diejenigen aufzusuchen sind, die als kausal im juristischen Sinne erscheinen. Wenn aber das eigene Verhalten der geschädigten Leser die alleinige Ursache des Schadens gewesen sein kann, wird man nur unter besonderen Umständen trotzdem das Verhalten Dritter als Ursache ansehen können.

8. SeuffA. **68** 46 Nr. 30 (Augsburg). Wer den Empfänger eines Briefes, dessen Inhalt einen Irrtum des Briefschreibers erkennen läßt und zur Vermeidung der Folgen des § 254 BGB. zum Widerspruch Anlaß gibt, nicht an die Beantwortung erinnert, handelt nicht ohne weiteres überwiegend schuldhaft im Sinne des § 254.

9. **RG.** R. **13** Nr. 1257. Unterläßt der Zwischenhändler die binnen wenigen Tagen mögliche Prüfung des gelieferten Samens, so ist er an seinem Schaden wegen Lieferung einer anderen Sorte selbst mit schuld.

10. **RG.** R. **13** Nr. 315. Die Ablehnung einer Teilleistung oder einer Leistung inhaltlich anderer Art als der geschuldeten seitens des Gläubigers stellt ein Ver-

schulden des Gläubigers nicht dar, weil der Gläubiger zur Annahme solcher Leistungen nicht verpflichtet ist.

11. **RG.** R. **13** Nr. 2242. Aus einer Haftungszusicherung für eine Hypothek können Ansprüche nicht mehr erhoben werden, wenn der Versteigerungsausfall durch rechtzeitige Kündigung vermieden werden konnte.

12. **RG.** R. **13** Nr. 167. Die Gefahr des Konkurses durch Aufrechthaltung einer umfassenden Warenbezugssperre ist naheliegend und leicht erkennbar.

13. **RG.** R. **13** Nr. 1104. Ist nach den Bedingungen einer Einbruchsdiebstahlsversicherung der Bestohlene verpflichtet, die zur Wiedererlangung der gestohlenen Sache geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, so kann ein schuldhaftes Unterlassen die Entschädigungspflicht ausschließen.

14. **RG.** ZBlFG. **14** 455. Ein Verschulden der von dem Rechtsanwalte beratenen Partei liegt nicht ohne weiteres darin, daß sie die ihr zugegangenen Benachrichtigungen des Grundbuchamts, aus denen sie die Unrichtigkeit der Auskunft des Rechtsanwalts erkennen konnte, nicht durchgelesen und geprüft hat.

15. **RG.** R. **13** Nr. 2705. Daß eine nicht rechtskundige Partei einen Formfehler nicht erkannt hat, gereicht ihr gegenüber dem Anwalte, von dem sie wegen des gleichen Übersehens Schadensersatz begehrt, nicht zum Mitverschulden.

IV. Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens. 1. **RG.** WarnE. **13** 59, R. **13** Nr. 166. Erweist sich das feststehende eigene Verschulden des Verletzten gegenüber dem von diesem behaupteten Verschulden des auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Dritten als weit überwiegend, so bedarf es nicht erst einer Feststellung dieses Verschuldens des Dritten.

2. **RG.** R. **13** Nr. 168. Sache des verklagten Schadensstifters ist es, zu beweisen, daß eine von ihm behauptete Schadensabwehr nicht nur möglich gewesen wäre, sondern auch Erfolg gehabt hätte.

3. *Holländer, Entschädigung bei Bergbauschäden. Im Falle konkurrierenden Verschuldens bei der Naturalherstellung ist zu tenorieren, daß der Beklagte sich bei der Herstellung zu dem (genau zu bezeichnenden) Bruchteile zu beteiligen hat. Die Beteiligten sind hinsichtlich der Ausführung ihrer anteilmäßigen Herstellung voneinander unabhängig; es besteht zwischen ihnen eine Gemeinschaft; führen sie die Herstellung gemeinsam aus, so besteht eine Gesellschaft des Bürgerlichen Rechtes (35).

§ 257. *Weck, Luftrecht 273 hält den von Seligsohn, JW. **13** 72, gemachten Vorschlag, aus § 272 einen Ersatzanspruch des Luftfahrers gegen seine Fahrgäste zu folgern, für wünschenswert, aber nach geltendem Rechte nicht für durchführbar. Wenn der Luftfahrer einen Schaden zufüge, um seine Fahrgäste zu retten, so mache er damit doch keine Aufwendung.

§ 259. 1. BreslauAK. **13** 10 (Breslau). Daß, wer eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene fremde Angelegenheit besorgt, rechenschaftspflichtig ist, ist zwar im Gesetze nicht allgemein ausgesprochen, jedoch als Grundsatz aus der Regelung der Einzelfälle zu entnehmen.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1428. Hat ein Miterbe einem anderen Miterben seinen Erbteil gegen Auszahlung einer bestimmten Summe und gegen die Verpflichtung übertragen, daß ihm, für den Fall der Nachlaß einen bestimmten Betrag übersteigen sollte, demnächst eine weitere entsprechende Zahlung zu leisten sei, und hat demnächst ihm der übernehmende Teil in üblicher Weise eine Aufstellung über die Nachlaßgegenstände überreicht, so kann er, falls er nicht dartun kann, in welcher Hinsicht die Aufstellung unrichtig sein soll, Vorlage der Unterlagen jener Aufstellung nicht verlangen.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 292 Nr. 13. „Ich betrachte damit die Liquidation als erledigt, ich erkläre mich für voll befriedigt, so daß mir keine weiteren Ansprüche zustehen", sind sprachliche Wendungen, die zwingend auf rechtsgeschäftliche Willens-

erklärungen hinweisen, die über tatsächliche Empfangsbekenntnisse hinausgehen. Sie bedeuten inhaltlich: Mag die Geschäftsbesorgung vollendet sein oder nicht, ich will sie als vollendet, den Auftrag als ausgeführt ansehen, ich begnüge mich mit dem, was ich empfangen habe, und will weitere Ansprüche nicht erheben. Mit dieser Willenserklärung, wonach die Beklagte den Auftrag als ausgeführt und sich als befriedigt bekennt, ist daher auch dem Anspruch auf Rechnungslegung entsagt. Die Bestimmung des § 666 BGB. ist nachgiebigen Rechtes (JW. **11** 95 Nr. 18); ein solcher Verzicht ist aber in jener Erklärung ausgesprochen. Dabei ist es gleichgültig, ob die Beklagte sich gerade bewußt war, daß sie einen Anspruch auf Rechnungslegung habe.

4. **RG.** LeipzZ. **13** 215 Nr. 12, R. **13** Nr. 475. Der Rechnungslegungspflicht wird nicht allgemein durch Vorlegung eines Kontobuchs genügt.

§ 260. **RG.** JW. **13** 130 Nr. 6, WarnE. **13** 62, R. **13** Nr. 171. Die Verpflichtung, behufs Tilgung einer Schuld seinen ganzen Verdienst abzüglich der Spesen und eines monatlichen Verbrauchs dem Gläubiger einzusenden, stellt sich als eine solche auf Herausgabe eines Inbegriffs von Gegenständen im Sinne des § 260 BGB. dar. Denn unter Gegenständen sind nicht nur Sachen, sondern auch Forderungen und Rechte zu verstehen; der Verdienst einer Person, die gewerblich tätig ist, setzt sich aus einer Mehrheit solcher Gegenstände zusammen, und diese Mehrheit wird durch die Schaffung eines einheitlichen Rechtsgrundes für die Herausgabepflicht zu einem Inbegriffe (vgl. GruchotsBeitr. **47** 910, **51** 897).

§ 262. **RG.** R. **13** Nr. 1429. Bestimmt ein Mietvertrag, daß die Miete nach Ablauf „nach Wahl der beiden Parteien" verlängert werden kann, so widerspricht die Auslegung, daß damit beiderseitige Übereinstimmung gemeint ist, nicht dem Gesetze.

§ 267. OLG. **26** 56 (KG.). Ein Widerspruch im Sinne des § 267 Abs. 2 liegt nicht schon dann vor, wenn der Abzahlungskäufer der Annahme der Postsendung nicht schlechthin widersprochen hat, sondern sein Widerspruch sich nur gegen die aus der Annahme der Zahlung zu seinen Ungunsten sich ergebende Folge des unbedingten Erwerbes seines Eigentums richtet.

§ 268. 1. SeuffA. **68** 10 Nr. 6 (BayObLG.). Das gefährdete Recht an dem Gegenstande muß ein dingliches sein.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1430. Der Satz, daß der Übergang nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden dürfe, bezieht sich, jedenfalls soweit es sich um Hypotheken handelt, nur auf den Restbetrag der bezahlten Forderung, nicht auch auf andere Forderungen desselben Gläubigers, für welche an demselben Grundstück eine Hypothek besteht.

§ 269. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2707. Ein vom gesetzlichen verschiedener Erfüllungsort kann nicht schon deshalb als vereinbart gelten, weil nach langem Schriftwechsel ohne jede Erörterung dieses Punktes der abschließende Brief der einen Partei unten den klein gedruckten Vermerk „Erfüllungsort N." trug.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 380 Nr. 11, BayRpflZ. **13** 195, R. **13** Nr. 915. Wenn auch § 270 BGB. vorschreibt, daß der Schuldner Geld im Zweifel auf seine Kosten und Gefahr dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln hat, so ist hierin zwar eine Ausnahme von der Vorschrift des § 269, daß regelmäßig der Wohnsitz des Schuldners Erfüllungsort ist, insofern zu erblicken, als bei Geldschulden die Übersendungspflicht des Schuldners an den Wohnsitz des Gläubigers hinzutritt. Durch diese Bestimmung wird jedoch daran nichts geändert, daß der Schuldner zu bestimmen hat, in welcher Weise er das Geld dem Gläubiger zukommen lassen will, ob durch Vermittlung der Postanstalt, einen Boten oder durch persönliche Zahlung. Wählt er den letzteren Weg, so kann er auch beanspruchen, daß der Gläubiger oder ein von ihm zur Empfangnahme des Geldes Bevollmächtigter die Zahlung entgegennimmt.

§ 271. 1. *Dickel, Rechtsfälle Heft 1, Erläuterungen, bekennt sich als Anhänger der Leugnungstheorie und verteilt die Beweislast in Übereinstimmung mit Stölzel (272 ff.).

2. **RG.** R. **13** Nr. 1259. Bei der Zahlung durch Giroüberweisung ist erst die Gutschrift auf dem Girokonto des Zahlungsempfängers als derjenige Vorgang anzusehen, kraft dessen der Zahlungsempfänger das Recht erlangt, den Anspruch auf Auszahlung des gutgeschriebenen Betrags gegenüber der Reichsbank geltend zu machen. Denn bis zu dieser Gutschrift besteht für den Auftraggeber die Möglichkeit, die Überweisung auf das Konto des Zahlungsempfängers zu widerrufen. Hat aber erst die Gutschrift für den Zahlungsempfänger rechtsbegründende Wirkung, so kann auch nur sie als Ersatz der Zahlung gelten.

§ 273. I. Allgemeines. 1. Begriff „dasselbe rechtliche Verhältnis". a) **RG.** LeipzZ. **13** 64, WarnE. **13** 5 Nr. 5, R. **13** Nr. 16. Nach § 273 Abs. 1 BGB. wird zwar vorausgesetzt, daß Anspruch und Gegenanspruch auf demselben Rechtsverhältnisse beruhen, allein das ist, wie das RG. in ständiger Rechtsprechung anerkannt hat, nicht in einem am Worte haftenden Sinne zu verstehen. Es ist nicht erforderlich, daß die Ansprüche aus einem einheitlichen Rechtsverhältnis entspringen oder sich gegenseitig bedingen, es genügt ihr Ursprung aus Rechtsgeschäften, zwischen denen ein natürlicher wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, so daß es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht würde (**RG. 57** 5, **68** 33 ff., **72** 103, **77** 437, **78** 336). b) **RG.** R. **13** Nr. 3221. Die Bestimmung verlangt nur ein einheitliches tatsächliches Verhältnis und einen inneren Zusammenhang der gegenseitigen Forderungen, nicht eine rechtliche Einheit.

2. Begriff der Fälligkeit. **RG. 82** 25. Wenn ein im Innenverhältnis allein haftender Gesamtschuldner eine Hypothek oder ein Pfandrecht für die Forderung bestellt hat, so entsteht für den vom Gläubiger in Anspruch genommenen anderen Gesamtschuldner mit dem Übergange der Forderung ein Anspruch auf Herausgabe der die Hypothek oder das Pfandrecht betreffenden Urkunden, und es kann deshalb von diesem Gesamtschuldner wegen des Herausgabeanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden, da der Begriff der Fälligkeit im Sinne des § 273 nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Gegenanspruch erst mit der Erfüllung dem Gegner gegenüber entsteht (vgl. auch **RG.** JW. **09** 545 Nr. 10).

II. Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Geldforderungen. **RG.** R. **13** Nr. 2848. In der angeblichen Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts wegen einer fälligen Geldforderung gegenüber einer fälligen Geldforderung liegt in Wahrheit regelmäßig eine Aufrechnungserklärung (R. **08** Nr. 2135). Dies gilt namentlich dann, wenn der Erklärende weiß, daß seine Forderung von dem Gegner nicht beigetrieben und daher voraussichtlich auf andere Weise als durch Aufrechnung nicht getilgt werden kann. Ist aber die Zurückbehaltungserklärung als Aufrechnungserklärung anzusehen, so unterliegt sie auch den Beschränkungen der Aufrechnung, insbesondere dem § 394 BGB.

III. Einzelfälle. 1. FrankfRundsch. **47** 79 (LG. Frankfurt a. M.). Der Arbeitgeber hat gegenüber der fälligen Lohnforderung des Arbeitnehmers aus dem gewerblichen Arbeitsvertrag das Zurückbehaltungsrecht wegen des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Vertragsbruchs, jedoch nur in Höhe eines Viertels der Lohnforderung.

2. PosMSchr. **12** 141 (Posen). Gegenüber dem Anspruche eines anderen Miterben auf Herausgabe eines Sparkassenbuchs zur Nachlaßmasse steht dem besitzenden Miterben ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer angeblichen Nachlaßforderung nicht zu.

3. **RG.** R. **13** Nr. 2847. Hat sich der Ehemann gegenüber seiner geschiedenen Frau zur Zahlung bestimmter Beträge zum Unterhalte der gemeinsamen Kinder verpflichtet, so darf er die Beiträge nicht deshalb zurückhalten, weil die Frau ihm den persönlichen Verkehr mit den Kindern verwehrt.

4. R. **13** Nr. 815 (Naumburg). Dem Pächter eines Bordells steht gegenüber der Eigentumsklage des Verpächters kein Zurückbehaltungsrecht wegen der von ihm zur Sicherstellung für etwaige Schadensersatzansprüche aus Verschlechterung des Inventars geleisteten Sicherheit zu.

5. **RG. 82** 400. Der Zentralbankier, dessen sich der Provinzialbankier zur Ausführung des Auftrags auf Erwerb von Konsols und Eintragung eines Kunden im Staatsschuldbuche bedient, kann die Bewirkung der Eintragung des Kunden verweigern, bis der Provinzialbankier die Anleihebeträge vorgeleistet hat.

§ 274. RG. SächsRpflA. **13** 376. Eine Verurteilung, Geld zu zahlen gegen Zahlung von ebensoviel Geld von der anderen Seite (und dann noch unter Vorbehalt des Rechtes auf die materiell-rechtlich zulässige und auch bereits ausdrücklich erklärte Aufrechnung!), wäre rein formalistisch und bedeutungslos; das Geld würde sich mit dem Gelde von der anderen Seite heben. Es ist daher bei wechselseitigen Geldforderungen in Fällen wie dem vorliegenden das Zurückbehaltungsrecht in seinen Wirkungen (in Höhe der beiderseitigen Forderungen) der Aufrechnung gleichzustellen.

§ 275. *U n g e r, Selbstmord im bürgerlichen Rechte 49 ff. Die Unmöglichkeit einer Leistung, die durch Selbstmord herbeigeführt wird, ist von den Erben des Schuldners nicht zu vertreten, außer wenn die Gegenleistung derart bestimmt ist, daß bei Abschluß der Vertrags eine bestimmte Lebensdauer zugrunde gelegt ist, z. B. bei Verpachtung eines Nießbrauchs gegen einmalige Abfindung, nicht aber gegen Jahresraten.

§ 276. I. B e g r i f f d e s V e r s c h u l d e n s. R. **13** Nr. 18 (Stuttgart). Von einem Verschulden kann im wesentlichen nur die Rede sein bei Maßnahmen, die kein ordentlicher Geschäftsmann ergriffen haben würde, welche also vom Standpunkt eines solchen Geschäftsmanns aus als offenbar verfehlt zu bezeichnen sind.

II. D o l u s e v e n t u a l i s. **RG.** R. **13** Nr. 478. Die Behauptung wissentlicher und unmittelbar gewollter Schädigung schließt den sog. dolus eventualis nicht ohne weiteres mit ein.

III. F a h r l ä s s i g k e i t. 1. A l l g e m e i n e s **a)** D i e i m V e r k e h r e r f o r d e r l i c h e S o r g f a l t. *D ö r s t l i n g, ZVers.Wiss **13** 606 ff. Zu der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt wird nicht selten eine Pflicht zur Versicherungsnahme gehören. **b)** S c h l e c h t e G e w o h n h e i t e n s c h l i e ß e n e i n V e r s c h u l d e n n i c h t a u s. **RG.** R. **13** Nr. 817. Wenn es sich um eine behördlicherseits vorgesehene Sicherheitseinrichtung handelt, so kann eine Ü b u n g, die dahin geht, die behördliche Einrichtung unbeachtet zu lassen und unwirksam zu machen, Berücksichtigung nicht beanspruchen und den Beklagten von dem Vorwurfe des Verschuldens nicht befreien.

2. *U n g e r, Selbstmord im bürgerlichen Rechte 43 ff. Die Legaldefinition der Fahrlässigkeit reicht nicht aus, um bei allen Fällen, in denen der Begriff von Einfluß ist, zu einem Resultate zu führen. Beim sogenannten „Verschulden gegen sich selbst", z. B. bei § 254 BGB., versagt das Kriterium der Erforderlichkeit der nicht beobachteten Sorgfalt, weil das Recht von niemand eine gewisse Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten erfordern kann. In anderen Fällen kann die Nichtbeobachtung der erforderlichen Sorgfalt zwar vorliegen, trotzdem aber bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt ein gleiches schadenstiftendes Ereignis hätte eintreten können, ohne daß eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges vorhanden wäre. Dem Begriffe der Fahrlässigkeit ist als einer Verschuldensform, d. h. einer psychischen

Beziehung zwischen Täter und Tat, zu subintelligieren, daß der Täter bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt das schadenstiftende Ereignis vorausgesehen hätte.

IV. Rechtsirrtum als Fahrlässigkeit. **RG.** R. **13** Nr. 2391. Die Unkenntnis gesetzlicher Vorschriften und eine irrige Rechtsauffassung begründen nicht immer und ohne weiteres den Vorwurf einer Fahrlässigkeit (**RG. 73** 337, JW. **07** 251 Nr. 12, GruchotsBeitr. **55** 360, R. **10** Nr. 2363).

V. Einzelheiten. 1. Sorgfalt bei Abschluß und Erfüllung von Verträgen. a) **RG.** LeipzZ. **13** 465 Nr. 13, JW. **13** 542 Nr. 6. Soweit nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, ist ähnlich wie bei Verwirkung von Vertragsstrafen Verschulden des Zahlungspflichtigen nötig, wenn aus der Nichteinhaltung derartiger Nachsichtsfristen für die Zinszahlung (die vierteljährige Kündigung war bei pünktlicher, d. h. innerhalb einer Woche nach Fälligkeit erfolgender Zinszahlung ausgeschlossen) die sofortige Fälligkeit oder doch Kündbarkeit des Kapitals gefolgert werden soll (JW. **08** 234 u. **RG.** V. 83/12 vom 19. Juni 1912, V. 363/II. vom 31. Januar 1912). **b) RG.** GruchotsBeitr. **57** 418 Nr. 20. Von jemandem, der eine auf eine gewisse Dauer berechnete rechtliche Verpflichtung übernimmt, muß als zu vertretende Sorgfalt (§ 276 BGB.) verlangt werden, daß er die voraussichtliche Gestaltung seiner Vermögensverhältnisse während der Vertragsdauer — abgesehen von etwa eintretenden besonderen Ereignissen — soweit übersieht, um beurteilen zu können, ob er in der Lage sein wird, seinen Verpflichtungen nachzukommen (**RG. 65** 33; vgl. auch § 279 BGB. u. **RG. 75** 337). **c) RG.** R. **13** Nr. 2051. Die Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft handeln nicht fahrlässig, wenn sie im Zweifel, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt, auf rechtskundigen Rat den Konkurs anmelden. **d) RG.** R. **13** Nr. 2387. Wer verständigerweise Zweifel hegen muß, ob ihm ein Verbietungsrecht kraft Vertrags zusteht, handelt fahrlässig, wenn er dieses Verbot gleichwohl erläßt. **e)** *Heymann, Verschulden beim Erfüllungsverzuge, Festgabe für Enneccerus (Marburg 1913) 131 ff. Durch § 276 in Verb. mit §§ 285 und 279 ist das Prinzip der Einheitlichkeit der subjektiven Verantwortlichkeit des Schuldners im Gesetzbuch (ein Produkt der neueren Pandekten-Jurisprudenz, den Römern fremd, aber in der Scholastik und durch deren Vermittlung in germanischen Ideen wurzelnd) zur Geltung gebracht. Diese Anerkennung des Einheitlichkeitsprinzips ist von großer Tragweite: es hat insbesondere die Aufstellung der Regeln von der sog. positiven Vertragsverletzung ermöglicht. Die prinzipielle Gleichbehandlung von Unmöglichkeit und Verzug in subjektiver Beziehung ermöglichte es, die Fälle der positiven Vertragsverletzung unter der gleichen subjektiven Voraussetzung zusammenzufassen (und zwar einschließlich derjenigen Fälle, die wie die Verletzung der Sukzessivlieferungspflicht nicht durch Unmöglichkeit oder Verzug gedeckt sind), und an sie im Wege der Analogie Schadensersatzforderung und event. Rücktrittsrecht zu knüpfen. Folgerichtig wird aber auch § 279 auf diese Fälle anzuwenden sein. Daher wird man bei Gefahr der Wiederkehr einer Schlechtlieferung infolge unverschuldeten Mangels, z. B. vertragsmäßiger Kohle, dem Käufer das Rücktrittsrecht gewähren müssen, obwohl bezüglich der künftigen Raten weder Unmöglichkeit noch Verzug vorliegt. **f) RG.** R. **13** Nr. 2389. Der die Kasse kontrollierende Beamte handelt schuldhaft, wenn er bei den vorgeschriebenen Kontrollmaßregeln sich lediglich auf die Angaben des zu revidierenden Beamten verläßt.

2. Sorgfaltspflicht des Arztes. a) KGBl. **13** 64 (KG.). In der Operation eines Minderjährigen ohne vorherige Genehmigung des gesetzlichen Vertreters liegt nicht immer eine vom Arzte zu vertretende Fahrlässigkeit. **b) RG.** R. **13** Nr. 2386. Wer eine Irrenheilanstalt unterhält — Universitätsklinik — ist verpflichtet, die Räume — auch der sog. offenen Station — mit solchen Sicherungsvorkehrungen zu versehen, daß Selbstmordversuche der Kranken verhindert werden.

3. Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts. a) **RG.** ZBlFG. **14** 455. Der Rechtsanwalt haftet für Erteilung einer fahrlässig unrichtigen Auskunft. **b**) SchlHolstAnz. **13** 129 (Kiel). Konnte der beklagte Rechtsanwalt auch bei sorgsamster Erwägung aller Umstände zu dem Ergebnisse kommen, daß der Kläger den Regreßanspruch des Zessionars nicht zu fürchten brauche und daher davon absehen könne, dem Rechtsstreite des Zessionars gegen den Schuldner als Nebenintervenient beizutreten und gegen das dem Zessionar ungünstige Urteil Berufung einzulegen, so kann der Zedent den Rechtsanwalt für den aus der Befolgung dieses Rates entstandenen Schaden nicht haftbar machen. c) **RG.** R. **13** Nr. 3222. Fahrlässigkeit eines Anwalts beim Abraten von einer Berufung liegt nicht schon deshalb vor, weil das über den Schadensersatz erkennende Gericht die Berufung für aussichtsvoll hält; vielmehr muß diese Erkenntnis auch für den Anwalt nahe gelegen haben. **d**) Der Rechtsanwalt ist als Prozeßbevollmächtigter verpflichtet, das bedingte Endurteil daraufhin zu prüfen, ob die Einlegung der Berufung zu empfehlen ist, und gegebenenfalls auch ungefragt zur Einlegung des Rechtsmittels zu raten. **e**) **RG.** BayRpflZ. **13** 422. Hat der Rechtsanwalt bei der Wechselregreßklage die Ungültigkeit des Protestes übersehen, so hat er zu beweisen, daß das Regreßrecht auch dann verloren gegangen wäre, wenn der Wechsel neuerdings protestiert worden wäre.

4. Sorgfaltspflicht des Notars. a) R. **13** Nr. 1432 (Hamburg). Ein Notar, dem ein Wechsel zum Protest übergeben wird, hat in der Regel die Pflicht, vor Ausführung des Auftrags den Wechsel auch daraufhin zu prüfen, ob die Protestfrist noch läuft; verneinendenfalls hat er den Protest zu unterlassen oder den Auftraggeber auf den Ablauf hinzuweisen. Unter besonderen Verhältnissen kann er jedoch hiervon absehen und Protest erheben, ohne gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu verstoßen. **b**) RheinA. 8 286 Nr. 40 (Düsseldorf). 1. Der Notar, der nach § 75 GBO. einen Antrag beim Grundbuchamte stellt, wird dadurch noch nicht berechtigt und verpflichtet, auch die für die Parteien bestimmten Benachrichtigungen in Empfang zu nehmen und zu prüfen. 2. Nimmt er sie aber in Empfang, so ist er auch verpflichtet, zwar nicht sie zu prüfen, aber sie an die Parteien weiterzugeben. 3. Die Partei selbst ist verpflichtet, die ihr über eine für sie geschehene Eintragung zugehende Benachrichtigung auf die Richtigkeit der Eintragung hin zu prüfen.

5. Sorgfaltspflicht des Lehrers. **RG.** R. **13** Nr. 2248. Eine Verschiedenheit des an die Sorgfaltspflicht der Lehrkräfte zu legenden Maßstabs, je nachdem es sich um weibliche oder männliche Lehrkräfte handelt, ist nicht gerechtfertigt.

6. Sorgfaltspflicht des Kaufmanns. a) **RG.** R. **13** Nr. 1112. Es verstößt nicht gegen die verkehrserforderliche Sorgfalt, wenn ein Kaufmann in seinem Torwege Linoleumrollen aufstellt, die vermöge ihrer breiten Basis und ihres beträchtlichen Gewichts genügend sicher feststehen. **b**) **RG.** SächsRpflA. **13** 247, JW. **13** 426 Nr. 3. Der Kreditnehmer ist ersatzpflichtig, wenn er durch Unterlassung der Prüfung der ihm von der kreditgebenden Bank zugesandten Kontoauszüge die Aufdeckung eines Kreditbriefmißbrauchs vereitelt oder verzögert.

7. Sorgfaltspflicht im Scheckverkehre. a) **RG.** **81** 254. In dem Zimmer, in dem der zur Aufbewahrung der Scheckformulare dienende Schreibtisch stand, durften sich außer der mit der Verwahrung betrauten Buchhalterin L. noch ein Kontorfräulein und der erst seit wenigen Monaten dort beschäftigte Hilfsschreiber B. aufhalten, und die Buchhalterin L. war während der Geschäftsstunden nicht ständig in dem Zimmer anwesend, sondern verließ es auf kürzere oder längere Zeit. Wenn das Berufungsgericht in Berücksichtigung dieser Umstände die im Verkehr gebotene Sorgfalt nur als gewahrt ansieht bei Aufbewahrung der Scheckformulare in einem verschlossenen Behältnisse, der nur mit besonderer Schwierigkeit zu öffnen, also mit einem Kunstschlosse versehen ist, so ist darin eine Verkennung des Begriffs

der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht zu finden. b) **RG. 81** 254. Selbst wenn bei Vorlegung eines Schecks durch einen unbekannten Überbringer eine vorherige Anfrage vor der Auszahlung üblich sein sollte, so kann doch bei der gegebenen Sachlage in einem solchen Unterlassen ein Verschulden nicht gefunden werden. Der Umstand, daß der Überbringer des Schecks den Beamten der Beklagten nicht bekannt war, muß von vornherein ausscheiden, da es der Scheckverkehr ja gerade mit sich bringt, daß in zahlreichen Fällen Personen, die der Bank nicht bekannt sind, Schecks zur Zahlung vorzeigen, so namentlich in allen den Fällen, in denen der Kontoinhaber seinen Gläubigern Schecks auf sein Bankkonto einhändigt und die Gläubiger dann den Scheck zur Einlösung bei der Bank vorlegen. Die Abhebung eines Betrags von 10 000 M. war aber im vorliegenden Falle ebenfalls nicht geeignet, einen Verdacht bei dem Beamten der Beklagten zu erwecken, da wie das Berufungsgericht festgestellt hat, der klagende Verein aus einer Anzahl äußerst leistungsfähiger großer Brauereien besteht, so daß die Verwendung eines Betrags von 10 000 M. für geschäftliche Zwecke nichts Auffälliges hatte. Endlich kam hinzu, daß der Beklagten die Abhebung des Betrags nicht telephonisch angezeigt worden war, so daß sie um so weniger einen Grund hatte, auch ihrerseits telephonisch anzufragen.

8. Sorgfaltspflicht des Jägers. a) **RG.** WarnE. **13** 59 Nr. 48. Die Behandlung von Gewehrpatronen erfordert im Hinblick auf die gefährlichen Folgen, welche die Entzündung einer Patrone hervorrufen kann, die Beobachtung peinlichster Sorgfalt. Dies gilt nicht nur für denjenigen, der sich mit der Herstellung und Verpackung von Patronen befaßt, sondern in besonderem Maße auch für denjenigen, der eine Patrone zur Abgabe eines Schusses verwenden, also gerade ihre Entzündung und deren Wirkungen herbeiführen will. Es muß daher von jedem Schützen verlangt werden, daß er beim Laden des Gewehrs seine Aufmerksamkeit darauf richtet, ob die Patrone in den Gewehrlauf paßt und richtig im Lager sitzt. Nicht nur das Hineingleiten einer zu kleinen Patrone in den Lauf, sondern auch das Klemmen einer Patrone sowie das Eindringen von Fremdkörpern in den Lauf, das Patronenlager oder den Gewehrmechanismus können verderbliche Folgen beim Schließen oder Abschießen des Gewehrs herbeiführen. Der Schütze wird dieser Sorgfaltspflicht auch nicht dadurch überhoben, daß er Patronen des für sein Gewehr passenden Kalibers in der Originalpackung einer Patronenfabrik gekauft hat. Er ist für die Art der Verwendung jeder einzelnen Patrone verantwortlich und muß deshalb für die Folgen einstehen, welche sich aus dem sachwidrigen Laden des Gewehrs mit einer für den Lauf nicht passenden Patrone ergeben. Ein Versehen des Schützen ist ferner darin zu finden, daß er vor der Einführung einer neuen Patrone nicht in den rechten Gewehrlauf hineingesehen hat. Das Verschwinden der Patrone konnte nur damit erklärt werden, daß sie entweder in den Lauf hineingerutscht oder bei dem Hochschlagen des Laufes nach hinten hinausgefallen war. Daß dieses Herausfallen unbemerkt hätte geschehen können, war nicht sehr wahrscheinlich, weil der Schütze noch vor dem Schließen des Gewehrs das Fehlen der Patrone bemerkt hat, also damals bereits sein Auge auf die Verschlußstelle des Laufes gerichtet hielt. Da auch das Nachsuchen nach der Patrone im Schnee ergebnislos blieb, mithin die Art des Verschwindens der Patrone unaufgeklärt war, durfte der Schütze die Möglichkeit, daß die Patrone in den Lauf gerutscht sein könne, nicht außer acht lassen. Der Einwand, das Hineinsehen in einen geladenen Gewehrlauf sei gefährlich und könne, wenn es von einem im Auslaufe gehenden Schützen vorgenommen werde, auch Dritte gefährden, ist hinfällig. Der Schütze brauchte nur von hinten in den geöffneten, mit der Mündung gegen den Himmel oder gegen den schneebedeckten Boden gerichteten Gewehrlauf einen kurzen Blick zu werfen, um zu erkennen, daß der Lauf verstopft war. Er konnte zu diesem Zwecke stehen bleiben und hatte nicht nötig, die Gewehrmündung in der Richtung auf andere Personen zu halten. Inwiefern dieses Ver-

fahren für ihn selbst hätte gefährlich sein können, ist nicht ersichtlich, da mit dem selbsttätigen Losgehen der in einem geöffneten Laufe steckenden Patrone nicht zu rechnen war. **b)** **RG.** R. **13** Nr. 2979. Das Vorkommen von sog. Prellkörnern, die erheblich über das Ziel hinausfliegen oder seitwärts abirren, ist keineswegs so ungewöhnlich, daß ein Schütze bei der Prüfung, ob er einen Schuß ohne Gefährdung anderer in der Nähe befindlicher Personen abgeben dürfe, damit nicht zu rechnen brauchte.

9. Sorgfalt bei Veranstaltung eines Feuerwerks. **RG.** WarnE. **13** 382 Nr. 319. Wer ein öffentliches Feuerwerk veranstaltet, hat mit der im § 276 BGB. gebotenen Sorgfalt die zuschauende Menge vor den damit verbundenen Gefahren tunlichst zu schützen und besonders darauf bedacht zu sein, daß die losgebrannten Feuerwerkskörper und namentlich die abgeschossenen Raketen niemanden treffen und verletzen können. Vor allem verlangt es die Verkehrssicherheit, daß die Zuschauer in ausreichend ungefährlichem Abstande vom Feuerwerksplatz und dem Raketenbereiche wirksam zurückgehalten werden (Urt. d. Senats vom 11. Dezember 1911, VI. 36/11 und vom 8. Juli 1912, VI. 76/12).

10. Sorgfaltspflicht des Hausbesitzers. **a)** **RG.** JW. **13** 737 Nr. 6. Es kommen zwar unmittelbar am Hauseingang auch Drahtmatten zur Verwendung; die Erfahrung lehrt jedoch, daß ihre Benutzung namentlich im Winter bei Schneefall mit Gefahren verbunden ist. Handelt es sich aber, wie im vorliegenden Falle, um eine biegsame, hin und her rutschende Drahtmatte, so wird die Sicherheit des Verkehrs am Hauseingang in hohem Grade beeinträchtigt, und zwar nicht nur für diejenigen, die in das Haus eintreten, sondern auch für Personen, die es verlassen wollen. So wie die Matte am Hauseingang angebracht ist, muß sie von jedermann betreten werden; gerade in dem Augenblicke, wo man mit einer gewissen Kraftanwendung die Haustür öffnet, bedarf man eines sicheren Standorts, den man auf einer sich leicht verschiebenden, hin und her rutschenden und dadurch Lücken in der Vertiefung hervorrufenden Drahtmatte nicht in einem hinreichenden Maße findet. Bei Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Aufmerksamkeit hätte sich der Beklagte, der selbst die Anordnung getroffen hatte und die gefährliche Lage der Drahtmatte kannte, sagen müssen, daß Leute, welche den Hauseingang passierten, leicht in die von der Drahtmatte nicht ausgefüllte Vertiefung geraten und sich verletzen konnten. Auch wenn man Absätze von gewöhnlicher Breite, wie sie die Klägerin hatte, und nicht besonders schmale und hohe Absätze trug, konnten infolge der fehlerhaften Anlage Unfälle entstehen; abgesehen aber davon mußte der Beklagte seine Vorkehrungen auch danach treffen, daß der Zustand der Drahtmatte nicht für solche Personen, die schmale hohe Absätze tragen, gefährlich werden konnte. Ein Anlaß, die Matte mit einer größeren Sorgfalt, als sie gewöhnlich beim Betreten eines Hausflurs angewandt zu werden pflegt, zu betreten, lag um so weniger vor, als der Hausflur und die Matte hell beleuchtet war. Der Unfall der Klägerin ist danach auf ein Verschulden des Beklagten zurückzuführen. **b)** **RG.** JW. **13** 917 Nr. 2. Daß die Beschädigung der Haustürscheibe, ein erbsengroßes Loch mit Sprüngen, eine Gefahr für den Verkehr bedeutet, ist klar. Wenn auch der Zusammenhang des Glases nicht vollständig aufgehoben war, so war er doch gelockert. Damit war die weitere Zerstörung des Glases erleichtert und auch die Befürchtung nahegelegt, daß sich Personen verletzen könnten, sei es, daß Scheibenstücke herausfielen oder daß jemand durch Ausgleiten oder einen sonstigen Zufall in die Scheibe geriet. Diese Gefahr war bei einiger Überlegung zu erkennen. Sie lag um so näher, als der Verkehr an der Haustür besonders stark zu sein pflegt und Erschütterungen der Türe nicht zu vermeiden waren. Sache des Hauseigentümers und des von ihm mit der Instandhaltung des Hauses Betrauten war es daher, die erforderliche Reparatur so bald als möglich vornehmen zu lassen. Die Reparatur brauchte unter Umständen nicht sofort zu erfolgen. Hier unterblieb sie aber nicht

bloß 1 oder 2, sondern mindestens 8 Tage. Die Unterlassung ist daher den Beklagten als eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, sonach als Fahrlässigkeit anzurechnen, wenn sie die Beschädigung der Scheibe kannten oder doch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt kennen mußten. c) **RG.** R. **13** Nr. 2251. Wird dem Hausbesitzer gemeldet, daß die Tür der Kellerluke schadhaft sei, so hat er mit einer durch die Schadhaftigkeit verursachten Gefährlichkeit zu rechnen und für unverzügliche Ausbesserung zu sorgen. c) **RG.** R. **13** Nr. 477. Glatte Eisenplatten im Fußboden einer Brauerei bilden eine unzulässige Verkehrsgefahr. **d) RG.** R. **13** Nr. 650. Eine in ordentlichem baulichen Zustande befindliche Marmortreppe in einem Bankgebäude braucht nicht wegen der bei Regenwetter durch den Verkehr hervorgerufenen Nässe mit Teppichen oder sonstigem abstumpfenden Materiale belegt zu werden. **e) RG.** R. **13** Nr. 2250. Wird unmittelbar hinter einer Zimmertür des hinteren Hauseingangs ein Schacht angelegt, so genügt zur Sicherung des Verkehrs, auch wenn dort nur Angestellte und bekannte Besucher verkehren, nicht das Abschließen der Tür mittels eines steckenbleibenden Schlüssels, sondern es sind besondere Warnungszeichen oder Sicherheitseinrichtungen anzubringen.

11. Sorgfaltspflicht bei Bauarbeiten. **a) RG.** R. **13** Nr. 2708. Den Bauherrn trifft kein Verschulden für Mängel des Bauwerkes, wenn er die Herstellung durch einen angesehenen Unternehmer ausführen und durch einen amtlichen Techniker nachprüfen ließ. **b) RG.** R. **13** Nr. 481. Der Bauunternehmer darf einfache Arbeiter nicht einen ganzen Tag lang unbeaufsichtigt in einem an verkehrsreicher Straße liegenden Neubau arbeiten lassen. **c) RG.** R. **13** Nr. 1575. Daß eine einstweilige Sicherung gefährlicher Übergänge bei Bauten nicht verkehrsüblich und daher nicht erforderlich sei, trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. Es wird dabei immer auf die Verhältnisse des Einzelfalls, namentlich auch auf die Gestaltung des Verkehrs an der betreffenden Stelle ankommen. **d) RG.** R. **13** Nr. 1431. Ob bei Pflasterarbeiten Sicherungsmaßregeln gegen das Abspringen von Steinsplittern ergriffen werden müssen, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Die Auffassung, in kleinen Städten seien solche nicht erforderlich, ist in dieser Allgemeinheit bedenklich.

12. Sorgfaltspflicht bei der Unterhaltung von Einrichtungen auf öffentlichen Straßen. **a) RG.** R. **13** Nr. 2247. Unbenutzte Telephonleitungen, die über Starkstromleitungen hinwegführen, dürfen von der Postverwaltung nicht ohne jede Aufsicht gelassen werden. **b) RG.** R. **13** Nr. 2849. Auch bei älteren Anlagen von elektrischen Starkstromleitungen muß die Anbringung der durch die Erfahrung als nötig erwiesenen Schutzeinrichtungen, selbst wenn die durch die Anlage begründeten Gefahren nicht besonders drohend waren, innerhalb einer angemessenen Zeit erfolgen. **c) RG.** R. **13** Nr. 17. An Laien dürfen bezüglich Erkennung der Gefahren, die von elektrischen Leitungen ausgehen, keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.

13. Sorgfaltspflicht der Gemeinde bei der Unterhaltung von Straßen. **a) RG.** R. **13** Nr. 818. Eine Stadtgemeinde ist zwar verpflichtet, für Entfernung der von Schaustellern auf einem öffentlichen Spielplatze zurückgelassenen Karbidrückstände zu sorgen, sie braucht aber nicht jedes geringfügige Stückchen zu entfernen. **b) RG.** R. **13** Nr. 651. Eine 42 cm hohe Einfassungsmauer an einer zwei Dorfhälften verbindenden Bachbrücke genügt nicht zur Sicherung des bei Nacht stattfindenden Verkehrs. **c) RG.** R. **13** Nr. 1853. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Fürsorge für Verkehrssicherheit werden im Sinne des § 276 weit überspannt, wenn man die Streupflicht allgemein auf Fahrdämme erstrecken will. Nur wenn ein besonderes Bedürfnis es gebietet, kann unter Umständen von einer Gemeinde verlangt werden, daß auch der Fahrdamm strecken- und stellenweise, z. B. an belebten und unerläßlichen Übergängen gestreut werde.

d) **RG.** HansGZ. **13** 11 Nr. 7. Der Bordstreifen der Kaimauer, auf welchem der Kläger gegangen ist, kann nach seiner Gestaltung nicht als ein für den allgemeinen Fußgängerverkehr bestimmter, einem Bürgersteig ähnlicher Weg erachtet werden; er ist dafür nicht geeignet, weil er in regelmäßigen ziemlich kurzen Zwischenräumen durch die von der Kaimauer nach dem Wasser führenden Treppen unterbrochen war, die der Fußgänger umgehen mußte. Davon, daß der Streifen allgemein als Bürgersteig durch den Verkehr benutzt worden wäre, kann deshalb nicht die Rede sein. Ein gewisser Verkehr, der am frühen Morgen vielleicht einen etwas größeren Umfang hatte, als an den übrigen Tageszeiten, mag geduldet worden sein. Wer aber dort ging, mußte die Unterbrechungen durch die Treppen beachten und sich mit besonderer Vorsicht dort bewegen. Der Kai des Löschplatzes dient dem Zwecke der Befrachtung und Entladung der dort anlegenden Schiffe. Wie die Kaimauer selbst, so dulden auch die in ihr angebrachten Treppen eine Umgitterung im allgemeinen nicht, weil eine solche das Ladegeschäft erschweren würde. Soweit aus diesem Gesichtspunkt eine Verwahrung der Kaimauer und der Treppen nicht verlangt werden konnte, kann auch eine Verletzung der Schutzvorschrift des § 367 Nr. 12 StGB. nicht in Frage kommen (JW. **05** 340 Nr. 10, **08** 744 Nr. 13). Der Fußgängerverkehr von und nach der Fähre erfordert eine Benutzung des fraglichen Bordstreifens nicht, wenn es auch vorkommen mag, daß die Fußgänger, anstatt unmittelbar an der Fähre den Löschplatz zu überqueren, einen anderen Punkt für die Überquerung wählten und sich dann eine Zeitlang in der Nähe der Kaimauer hielten. Die Leute, die dies tun, nehmen die ihnen bekannten, mit den Hafenverhältnissen verbundenen Gefahren auf sich. Daraus erwächst für den hamburgischen Staat noch nicht die Pflicht, den Hafenverkehr hemmende Schutzvorrichtungen anzubringen. Die Anbringung einer Tafel, die den fraglichen Platz, dessen wesentliche Bestimmung durch seine Anlage selbst klargestellt ist, als Löschplatz bezeichnet hätte, würde für zwecklos zu erachten sein. Der Einwand, daß jedenfalls an dem Unfallsmorgen, an dem nebliges oder regnerisches Wetter herrschte, für ausreichende Beleuchtung des Platzes hätte gesorgt sein müssen und deren Mangel dem Beklagten als Verschulden anzurechnen sei, ist nicht begründet. Die Beleuchtungsanordnungen für Straßen und Plätze einer Großstadt können sich nicht nach den zufälligen Bedürfnissen und Wetterverhältnissen einzelner Tage richten; sie müssen den regelmäßigen Helligkeitsmaßstab des Jahreskalenders ins Auge fassen. Um $7^3/_4$ Uhr des Morgens kann aber am 21. Januar von eigentlicher Dunkelheit, die eine Straßenbeleuchtung erforderlich machte, nicht mehr die Rede sein.

14. Sorgfaltspflicht bei Unterhaltung einer Rodelbahn. **RG.** BayRpflZ. **13** 109, EisenbE. **29** 344, R. **13** Nr. 173. Wollte die Gemeinde die mit der sachgemäßen Herrichtung der Rodelbahn verbundenen Mühen und Kosten nicht aufwenden, so mußte sie das ganze Beginnen aufgeben. Sie durfte aber dem Publikum keine ordnungswidrige und sicherheitsgefährliche Bahn übergeben. Die Gemeinde hätte ferner, wenn die Bahn nicht vorher von sachkundiger Seite besichtigt und geprüft wurde, für eine Aufsicht nach der Eröffnung sorgen sollen, um zu erfahren, ob die Einrichtungen der Bahn genügten.

15. Sorgfaltspflicht bei Unterhaltung einer Wasserrutschbahn. **RG.** WarnE. **13** 167 Nr. 133. Unfall auf einer Wasserrutschbahn in einem Seebade. Ohne rechtliches Bedenken ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Beklagte insofern ein Verschulden an dem Unfalle des Klägers treffe, als die Rutschbahn der durchaus sachgemäßen Herstellung entbehrte; an der Stelle, wo die Badegäste von der Bahn aus in das Meer fielen, betrug die Meerestiefe nur $1^1/_4$ m, während zum Ausschlusse jeden Aufstoßens der Füße eine Tiefe von 2 m erforderlich war. Das Verschulden des Beklagten ist um so weniger zweifelhaft, als die Architekten der Beklagten bei der Herstellung der Bahn von dem Landes-

versicherungssekretär G. auf die ungenügende Meerestiefe aufmerksam gemacht waren.

16. Sorgfaltspflicht bei der Verwaltung eines Seebads. SchlHolstAnz. **13** 52 (Kiel). Für die Beklagte und die sie vertretenden Personen, für deren Handlungen und Unterlassungen sie gemäß §§ 89, 31 BGB. haftet, besteht die sich aus Gründen der allgemeinen Verkehrssicherheit ergebende Verpflichtung, im Westerländer Familienbad für die Sicherheit der dort badenden Personen zu sorgen; denn sie betreibt und unterhält das Bad und zieht aus ihm Gewinn. Diese Verpflichtung des Beklagten erhöht sich mit der zunehmenden Stärke des Wellenschlags, mit der bei Nordwestwind und Ebbestrom, wie am Unfalltage, heftigen Unterströmung und der damit erschwerten Möglichkeit der Rettung, mit der Zahl der Badenden und mit dem von der Beklagten zu berücksichtigenden Umstande, daß im Familienbade viele Frauen und Kinder baden, die infolge ihrer geringeren Kräfte und ihrer mäßigeren Schwimmfähigkeit leichter der Gefahr ausgesetzt sind, abgetrieben zu werden. Nach den Zeugenaussagen steht fest, daß an dem Unfalltag eine selbst für Westerländer Verhältnisse ungewöhnliche Brandung geherrscht hat. Außer in der starken Brandung lag aber am Unfalltag eine besondere Gefahr für die Badenden in der Unterströmung, dem sog. Sog, der an diesem Tage besonders stark gewesen ist und höchstwahrscheinlich D. in die See hinaus geführt hat. Diesen besondern Gefahren gegenüber traf die Beklagte, wie schon ausgeführt, eine erhöhte Sorgfaltspflicht. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte die Verpflichtung hatte, an diesem Tage das Bad zu schließen (vgl. **RG.** DJZ. **11** 283), da die Eigenart des Westerländer Bades im Wellenbade besteht; jedenfalls mußte sie, wenn sie es nicht tat, dafür sorgen, daß die Sicherheit der Badenden gewährleistet war. Das hat die Beklagte nicht getan. a) Die „Amtlichen Badebestimmungen", die in allen Badekabinen hingen, enthielten keine Warnungen vor den Gefahren des Badens, die eindringlich genug waren. Es war darin lediglich die Verpflichtung der Badenden aufgenommen, den Anordnungen des Badepersonals unbedingt Folge zu leisten. Ja, die Badenden wurden durch den Hinweis, daß der Schwimmer ein Warnungssignal mit dem Horne gäbe, wenn man sich zu weit hinaus wage oder einer unsicheren Stelle nähere, gerade in Sicherheit gewiegt und in den Glauben versetzt, daß die Schwimmer schon rechtzeitig vor Gefahr warnen würden. Die Plakate enthielten auch, im Gegensatze zu den früheren, keinen Hinweis auf Meeresströmungen. Ein solcher Hinweis war aber um so erforderlicher, als der größte Teil der Badenden aus dem Inlande kommt und mit den Gefahren des Nordseebads nicht vertraut sein kann. b) Ein weiteres pflichtwidriges Unterlassen der Beklagten lag in der Anstellung nur der beiden Schwimmer. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Schwimmer S. mit seinem Willen oder gegen denselben von dem Publikum zurückgezogen ist, jedenfalls aber hat der Schwimmer Sch. den Anforderungen nicht entsprochen, die man an einen angestellten Schwimmer eines Familienbads stellen muß. (Wird ausgeführt.) Die Beklagte kann sich auch nicht damit entschuldigen, daß sie bei seiner Auswahl die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe; denn nach Sch.s eigener Aussage ist er nach einer Schwimmprobe bei leicht bewegter See im Jahre 1907 als Schwimmer angenommen. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erfordert aber, daß die Beklagte sich vor der Anstellung des Schwimmers vergewissert, daß dieser auch bei starker Brandung befähigt ist, einen Menschen zu retten. c) Selbst wenn man aber den Schwimmer S. allein für ausreichend erachten wollte, liegt ferner darin ein pflichtwidriges Unterlassen der Beklagten, daß sie das Badepersonal nicht mit der erforderlichen Anweisung versehen hatte. Die beiden Schwimmer haben bekundet, daß es an jeder Instruktion des Personals fehlte. Das Verhalten N.s zeigt auch, daß jede Organisation mangelte, und Rettungsübungen nicht abgehalten sind. Nur daraus ist es zu erklären, daß eine Absperrung

bei den Rettungsmaßnahmen nicht stattfand, daß das Publikum an das Seil, an dem S. hinausging, herankommen konnte, daß N. der Leitung der Rettungstätigkeit nicht gewachsen war, daß keine im voraus bestimmten Mannschaften zur Flottmachung und Bemannung des Rettungsboots vorhanden waren, daß auf die Aufforderung des Zeugen M. die Badewärter, Wäsche- und Kassenbeamten es ablehnten, sich an den Rettungsarbeiten zu beteiligen, und endlich, daß Leute aus dem Publikum, nicht Angestellte, dem Retter die Stange hinreichten. In diesem Fehlen jeglicher Organisation liegt ein schwer wiegendes, pflichtwidriges Unterlassen der Beklagten. d) Ob in den übrigen Bädern der Nordsee auch nicht mehr Rettungseinrichtungen vorhanden waren, ob diese sich in vorschriftsmäßigem Zustande befanden und den damaligen Regierungsvorschriften entsprachen, ob anderswo auch nur zwei Schwimmer vorhanden waren, ist belanglos. Der Beklagten fällt bei ihren Unterlassungen Fahrlässigkeit zur Last (§ 276). Sie mußte sich sagen, daß namentlich an stürmischen Tagen besondere Vorsicht geboten war. Sie wußte, daß bei dem täglich wechselnden Publikum des Bades Westerland stets neue Badegäste erschienen, die mit den Gefahren des Bades nicht vertraut waren. Die Beklagte mußte daher die Badenden auf die Gefahren hinweisen und für ihre eventuelle Rettung das Erforderliche veranlassen. Das hat sie nicht getan, ihr Unterlassen ist daher schuldhaft.

17. Sorgfaltspflicht bei dem Verkehr auf der Straße. a) **RG.** R. **13** Nr. 479. Wer mit einem von einem Fuhrunternehmer geliehenen und mit eigenem Pferde bespannten Wagen eine Fuhre besorgt, braucht den Wagen, wenn er äußerlich unverdächtig ist, nicht vorher noch besonders auf seinen ordnungsmäßigen Zustand zu untersuchen. **b) RG.** EisenbE. **29** 338, R. **13** Nr. 172. Im Fahrzeugverkehr ist auch mit dem Verschulden des entgegenkommenden Fahrzeuglenkers zu rechnen. **c) RG.** EisenbE. **29** 423, R. **13** Nr. 317. Das Fahren eines Kraftwagens in einem Meter Entfernung von den Chausseebäumen stellt keine Fahrlässigkeit dar. **d) RG.** R. **13** Nr. 1264. Ein Wagen darf auf abfallender Straße und in der Nähe eines Kinderspielplatzes nicht eine halbe Stunde lang ohne Aufsicht stehen bleiben. **e) RG.** R. **13** Nr. 480. Der Führer einer für unbestimmte Zeit gemieteten Automobildroschke hat die Pflicht, seine Fahrgäste auf die mit einer Verzögerung der Rückfahrt bis in die Dunkelheit verbundene Gefahr aufmerksam zu machen, wenn er mit mangelhafter Beleuchtung auf ihm unbekannten gebirgigen Wegen zu fahren hat. **f)** R. **13** Nr. 1707 (München). Fährt der Chauffeur, anstatt seinem Auftrag entsprechend geradenwegs heimzukehren, bei einem Wirtshause vor und läßt er dort den Kraftwagen unbeaufsichtigt und ohne Abstellung des Motors stehen, so haftet er für die Beschädigung bei unbefugter Benutzung durch einen Dritten. **g) RG.** BayRpflZ. **13** 170. Ein Verschulden des Regimentskommandeurs bei der Aufsicht über den Krümperwagenbetrieb ist verneint aus folgenden Gründen: Aus dem Berufungsurteile läßt sich nichts dafür entnehmen, daß der Regimentskommandeur dem Urteile der Unteroffiziere zu mißtrauen Anlaß gehabt hätte, daß er damit hätte rechnen müssen, die Unteroffiziere hätten aus dem angegebenen Grunde ihrem Batteriechef die Neigung des „Veteran" zum Durchgehen pflichtwidrig verschwiegen. Ebensowenig dafür, daß der Regimentskommandeur hätte hoffen dürfen, durch Befragung der Kanoniere Zuverlässigeres zu erfahren, als aus den Angaben der Unteroffiziere, die schon lange bei der Batterie gestanden hatten, insbesondere des Wachtmeisters. Dazu kommt, daß es nicht nur ganz unmilitärisch, sondern auch die Stellung des Batteriechefs zu gefährden geeignet gewesen wäre, wenn der Regimentskommandeur die Angaben des Batteriechefs persönlich oder durch zuverlässige „Dritte" im Wege der Nachfrage bei Kanonieren nachgeprüft hätte oder hätte nachprüfen lassen. Höchstens hätte er dem Batteriechef aufgeben dürfen, sich selbst bei den Kanonieren, die mit den Pferden zu tun hatten, nach deren Benehmen zu erkundigen oder erkundigen zu lassen. Aber auch das war

ihm nicht zuzumuten, er konnte sich vielmehr bei dem beruhigen, was er selbst gesehen und was ihm der Batteriechef gemeldet hatte. Das OLG. hat zwar recht, wenn es sagt, der Regimentskommandeur befinde sich in einem Falle der vorliegenden Art in keiner anderen Lage als der Leiter eines großen Privatbetriebs, etwa einer großen Aktiengesellschaft, und wenn es meint, die Allgemeinheit dürfe nicht gerade den großen Betrieben gegenüber, die in besonderem Maße den Verkehr gefährden, am wenigsten geschützt sein. Indessen auch dem Leiter eines großen Privatbetriebs wäre bei gleicher Sachlage wohl nicht zuzumuten gewesen, seine eigenen Wahrnehmungen und die Angaben seiner Aufsichtsbeamten durch Nachfrage bei unteren Bediensteten auf ihre Richtigkeit hin nachzuprüfen oder nachprüfen zu lassen, jedenfalls dann nicht, wenn er zu Mißtrauen keinen Anlaß hatte. **h)** **RG.** EisenbE. **29** 422, R. **13** Nr. 316. Ein Schlitten, der wegen eines Kufenabstandes von nur 0,85 m (statt wie üblich mindestens 1,10 m) und wegen hoher Bauart mit seitlicher Ausbauchung der Gefahr des Umstürzens in besonders hohem Maße ausgesetzt ist, darf nicht als Postschlitten zur Personenbeförderung verwendet werden. **i)** **RG.** R. **13** Nr. 476. Die verkehrserforderliche Sorgfalt ist nicht verletzt, wenn auf dem Lande, wo die Verkehrsgefahr sehr zurücktritt, ein fünfjähriges gewecktes Mädchen ihre kleine Schwester im Kinderwagen auf der Straße fährt. **k)** BadRpr. **13** 69 (Karlsruhe). Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist nicht dadurch verletzt, daß der Beklagte auf einer Straße mit ländlichem Verkehre zwei Schweine frei vor sich hertreibt, anstatt sie auf einen Wagen zu laden oder mindestens mit Stricken an den Hinterfüßen zu führen. Auf derartigen Straßen pflegen nicht nur Schafe, sondern auch Schweine in größerer Zahl frei getrieben zu werden, ohne daß hierin eine mißbräuchliche Übung gefunden werden könnte.

18. Sorgfaltspflicht beim Maschinenbetriebe. **RG.** JW. **13** 922 Nr. 9. Das Gericht sinnt dem beklagten Arbeitgeber nicht, wie die Revision meint, ohne weiteres an, daß er der Mutter des Kindes hätte verbieten sollen, das Kind mit aufs Feld zu nehmen, sondern es verlangt nur von ihm, er hätte nicht dulden dürfen, daß das Kind in der Nähe des für dieses gefährlichen Maschinenmähens frei herumlaufe, weil er nicht mit Sicherheit damit habe rechnen können, daß die Mutter, die beim Aufnehmen des Getreides flott mit der Maschine mitarbeiten mußte, zugleich ununterbrochen ihr Augenmerk auf das Kind richten könne und richten werde. Hiermit wird an die Sorgfaltspflicht des Beklagten keine übermäßige Anforderung gestellt.

19. Sorgfaltspflicht im Schlafwagenbetriebe. **RG.** R. **13** Nr. 3223. Im Schlafwagen hat eine Leiter zum Besteigen und Verlassen des oberen Bettes vorhanden zu sein. Ist die Lichtanlage so angebracht, daß sie vom oberen Bette her nicht erreicht werden kann, so hat der Schlafwagenunternehmer dafür zu sorgen, daß die einsteigenden Fahrgäste auf diese Besonderheit aufmerksam gemacht werden. Aber auch den Fahrgast trifft ein Verschulden (ein Drittel), wenn er beim Betreten des Schlafwagens sich nicht über die Klingel- und Lichtanlage unterrichtet.

20. Sorgfaltspflicht des Gastwirts. **a)** **RG.** R. **13** Nr. 1261. Es gehört zu den Vertragspflichten eines Gastwirts, dafür zu sorgen, daß die Gäste die Diele, die insbesondere auch den Zugang zu der nach den Logierräumen führenden Treppe bildet, in verkehrssicherem Zustande vorfinden. Er hat daher zu erweisen, daß ein Mangel des ordnungsmäßigen Zustandes, das Vorhandensein eines die Sicherheit der dort Verkehrenden gefährdenden Gegenstandes, weder von ihm selbst noch von denjenigen Personen, für die er nach § 278 BGB. einzustehen hat, verschuldet worden sei (vgl. **RG.** **65** 11). **b)** **RG.** R. **13** Nr. 1263. Die Pflicht des Gastwirts ist es, die von den Gästen betretenen Räume in verkehrssicherem Zustande zu halten, sie also auch so zu beleuchten, daß die Gäste gefahrbringende Gegenstände, die etwa in jene Räume gelangen, zu erkennen vermögen, falls sie ihrerseits

die gebotene Aufmerksamkeit betätigen. Eine Beleuchtung, die nur große Gegenstände erkennen läßt, ist unzureichend, und zwar auch dann, wenn es sich um eine Tageszeit handelt, zu der draußen helles Licht herrscht. Gewiß ist es die Pflicht des Gastes, der von draußen in dunkle Räume tritt, vorsichtig zu sein. Aber der Wirt ist nicht berechtigt, zu verlangen, daß die Gäste, wenn ihr Auge an den Wechsel der Beleuchtung zwischen der Tageshelle draußen und der verhältnismäßigen Dunkelheit drinnen sich gewöhnt hat, nur tastend vorschreiten. Er hat dafür zu sorgen, daß der Gast seines Auges als des wirksamsten Mittels, eine Gefahr zu vermeiden, sich bedienen kann und nicht genötigt ist, sich auf den Tastsinn zu verlassen; er hat also jene Räume unter allen Umständen ausreichend zu beleuchten. c) **RG.** BayRpflZ. **13** 229, R. **13** Nr. 1262. An die Sorgfalt des Küchenpersonals in einem Hotel sind größere Anforderungen zu stellen, als das Berufungsgericht es tut. Wenn die Abfälle aus der Küche über einen Gang getragen werden, den die Gäste betreten müssen, muß dafür gesorgt werden, daß von den Abfällen nichts verstreut wird. Dies ist durch die Beschaffung von Deckelgefäßen oder durch nur mäßiges Füllen der Gefäße zu erreichen. Es ist auch zu fordern, daß das Küchenpersonal beim Abtragen der Abfälle darauf achtet, daß nichts davon verstreut werde, und nötigenfalls schleunigst für die Fortschaffung der etwa doch verstreuten Abfälle sorgt. Regelmäßig wird also denjenigen vom Küchenpersonal, der einen solchen Gegenstand fallen oder liegen läßt, ein Verschulden treffen, und nur besondere, von ihm darzulegende Umstände könnten ihn entlasten. d) **RG.** BayRpflZ. **13** 475, R. **13** Nr. 2388. Ein Gasthofbesitzer handelt schuldhaft, wenn er in seinem Betriebe die Verwendung eines Fahrstuhls duldet, dessen Benutzung durch die mit der Einrichtung des Fahrstuhls nicht vertrauten Fahrgäste offensichtliche Gefahren in sich schließt. e) **RG.** R. **13** Nr. 2978. Der Gastwirt, der seines Erwerbes und Vorteils wegen den Verkehr in seinen Räumen eröffnet und seinen Gästen das Betreten der Räume zumutet, hat in jeder Beziehung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden, um das Betreten der Räume und das Verweilen in ihnen gefahrlos zu gestalten und die Gäste gegen Schaden an Leben, Gesundheit und Eigentum zu sichern. Er muß auch damit rechnen, daß seine Gäste (auch Stammgäste) möglicherweise ihre Sinne nicht völlig beisammen haben, sei es, daß sie zerstreut sind oder unter der Einwirkung berauschender Getränke stehen. f) **RG.** R. **13** Nr. 1111. Die Anforderungen an die Verkehrssorgfaltspflichten des Besitzers einer kleinen Gastwirtschaft in einem abgelegenen Gebirgsorte sind in mäßigen Grenzen zu halten. g) **RG.** R. **13** Nr. 816. Es stellt kein Verschulden dar, wenn ein Gastwirt seinen im Fensterputzen ungeübten Kellner mit dem Putzen von $4^1/_2$ m hohen Fenstern beauftragt.

VI. Feststellung des Verschuldens. **RG.** R. **13** Nr. 174. Auf Grund der Tatsache allein, daß die Explosion einer Fabrik ohne den Fabrikbetrieb nicht entstanden wäre und mit dem Fabrikbetriebe tatsächlich und insbesondere zeitlich aufs engste zusammenhing, darf das Vorliegen eines Sachverhalts angenommen werden, der sich nach der allgemeinen Anschauung und Erfahrung im Verkehrsleben für die Regel kaum anders als daraus erklären läßt, daß es im Betriebe der Fabrik an der nötigen Ordnung oder Aufsicht oder an solchen Einrichtungen oder Anordnungen, wodurch Explosionen vermieden werden, gefehlt haben müsse.

VII. Erlaß der Haftung für Verschulden. a) **RG.** JW. **13** 87 Nr. 2. Auch wenn einem Verwalter die freieste Stellung vertragsmäßig eingeräumt ist, haftet er doch für jedes Verschulden. b) **RG. 81** 316. Von der Verwaltung des Kaiser-Wilhelm-Kanals kann im Schleppvertrage die Haftung für Verschulden ihrer bei der Schleppung beteiligten Angestellten rechtswirksam ausgeschlossen werden.

§ 278. I. Voraussetzung ist eine Verbindlichkeit. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2549. Eine vertragsmäßige Verpflichtung einer preußischen Stadtgemeinde

zum Schadensersatze wegen Verletzungen innerhalb des kommunalen Vieh- und Schlachthofs besteht nicht.

2. **RG.** JW. **13** 1104 Nr. 4. Bei der Veranstaltung eines Viehmarkts handelt eine Stadtgemeinde nicht als Privatunternehmerin, sondern im öffentlichen Interesse; ein Vertragsverhältnis zwischen der Stadt und den den Viehmarkt besuchenden Verkäufern besteht nicht.

3. **RG.** JW. **13** 595 Nr. 7. Durch die Anmeldung und Zulassung eines Schiffes zur Fahrt durch den Kaiser-Wilhelm-Kanal entsteht kein Vertragsverhältnis; auf die dadurch entstehenden Rechtsbeziehungen findet § 278 BGB. keine Anwendung.

4. Rosenstock, Haftung der Gemeinden für Verschulden des ärztlichen und Pflegepersonals ihrer Anstalten, PrVerwBl. **34** 264. Für die Benutzung einer kommunalen Krankenanstalt können Gebühren festgesetzt werden, — dann steht auch der zahlende Patient mit der Gemeinde in einem öffentlich-rechtlichen und nicht in vertraglichem Verhältnis, und die Gemeinde haftet ihm nur nach § 831 BGB. Wo aber keine öffentlich-rechtlichen Gebühren festgesetzt sind, besteht zwischen der Gemeinde und demjenigen Patienten, der die kommunale Anstalt ohne öffentlich-rechtlichen Anlaß, wie Armenpflege, polizeiliche Anordnung usw. aufsucht, ein Vertragsverhältnis, und die Gemeinde haftet ihm gemäß § 278 BGB.

5. **RG.** JW. **13** 23 Nr. 10. Damit allein, daß der Verletzte — sei es mit, sei es ohne Kaufabsicht — das Warenhaus betreten hatte, ist für die Annahme einer vertragsmäßigen Haftung des Warenhausinhabers für die körperliche Sicherheit des Warenhausbesuchers noch keine ausreichende Rechtsgrundlage gegeben. Gerade für diesen Fall ist in **RG. 78** 241 (JDR. **11** 100) die Annahme eines Vertragsverhältnisses seitens der Vorinstanz als rechtlich bedenklich bezeichnet, und es ist auch schon in der in **RG. 74** 124 abgedr. Entsch. des II. Zivils. eine allgemeine vertragliche Haftung des gewerbsmäßigen Verkäufers für verkehrssichere Verkaufsräume und Zugänge gegenüber dem Käufer aus zutreffenden Gründen abgelehnt worden.

6. **RG.** R. **13** Nr. 916. Verwechselt der Angestellte bei der Übersendung an den Käufer die Offertproben, so hat der Geschäftsherr für den durch die unrichtige Werkausführung entstandenen Schaden aufzukommen.

7. **RG.** LeipzZ. **13** 466 Nr. 16. Bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag, welche die Erfüllung einer Verbindlichkeit zum Gegenstande hat, wird eine dem § 278 BGB. entsprechende Haftung des Geschäftsherrn für Verschulden des Geschäftsführers durch die nachträgliche Genehmigung der Geschäftsführung mit rückwirkender Kraft begründet (vgl. §§ 177, 184 BGB.).

II. Begriff des Erfüllungsgehilfen. 1. **RG.** WarnE. **13** 35 Nr. 30. Der Gläubiger haftet dem Schuldner nicht, wenn der Gerichtsvollzieher das zum Zwecke der Pfändung weggenommene Geld unterschlägt. Der Grundsatz des § 278, wonach der Schuldner ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange wie eigenes Verschulden zu vertreten hat, steht dem Kläger schon darum nicht zur Seite, weil die Beklagte nicht Schuldner, sondern Gläubiger war und der Gerichtsvollzieher ihr nicht als Erfüllungsgehilfe gedient hat, sondern ihre Forderung, deren Schuldner der Kläger war, beitreiben sollte. Die Hinterlegung, die dem Gerichtsvollzieher gemäß § 720 ZPO. oblag, kann unmöglich, wie die Revision will, als eine Verbindlichkeit des Gläubigers angesehen werden; dazu bietet das Gesetz nicht den geringsten Anhalt. Ebenso verfehlt ist aber auch der Versuch, mit Bezug auf die Quittungsleistung die Beklagte in die Rechtsstellung eines Schuldners im Sinne des § 278 BGB. zu bringen. Das geht schon darum nicht an, weil im vorliegenden Falle, wie bereits erwähnt, die Wegnahme des Geldes nicht als Zahlung von seiten des Schuldners zu gelten hatte, und somit der Beklagten eine Quittung nicht oblag (§ 368 BGB.).

2. **RG.** WarnE. **13** 166 Nr. 131, R. **13** Nr. 1708. Der Verletzte hat dem Ersatz-

pflichtigen gegenüber das Verschulden eines von ihm zugezogenen Arztes nicht zu vertreten.

3. R. **13** Nr. 1576 (Hamburg). Der Befrachter haftet nicht für die Leute, die das Gut, welches der Kläger in seinem Kahne zu befördern übernommen hatte, vom Seeschiff aus in diesen Kahn verladen. Derartige Personen sind nicht Erfüllungsgehilfen des Befrachters.

4. **RG. 82** 429. Der Schutenvermieter haftet dem Vertragsgegner nicht nach § 278 BGB. für Verschulden des überlassenen Schiffers bei Leistung der versprochenen Dienste.

5. EisenbE. **29** 439, R. **13** Nr. 653 (Hamburg). Ein Chauffeur, der von dem Eigentümer mit der Führung einer Kraftdroschke beauftragt wird, ist, wenn er Fahrgäste aufnimmt und befördert, Erfüllungsgehilfe des Eigentümers. Ob bei einem Betriebsunfalle der verletzte Fahrgast zur Begründung seines Schadensersatzanspruchs gegen den Unternehmer den Beweis des Verschuldens des Chauffeurs führen muß, oder umgekehrt der Unternehmer darzutun hat, daß ihn oder den Chauffeur kein Verschulden trifft, läßt sich nur nach der Lage des einzelnen Falles entscheiden.

6. **RG.** R. **13** Nr. 20. Läßt der Hauseigentümer durch eine Baufirma die von dem Mieter gewünschten Ausbesserungen vornehmen, so bleiben die von ihm beauftragte Baufirma und damit er selbst für solche Baufehler haftbar, die mit Wünschen des Mieters zusammenhängen.

7. **RG.** R. **13** Nr. 2390. Läßt der Mieter durch ein Gaswerk die schadhafte Gasleitung untersuchen, so sind die Gasarbeiter nicht seine Erfüllungsgehilfen dem Vermieter gegenüber.

8. **RG.** R. **13** Nr. 1968, 2252. Eine Straßenreinigungsgesellschaft, der ein Hauseigentümer die ihm kraft öffentlichen Rechtes obliegende Straßenreinigungspflicht übertragen hat, ist dem Hauseigentümer, wenn dieser infolge mangelhafter Reinigung (Abweisung) einen Unfall erlitten hat, nach § 278, nicht nach § 831 BGB. haftbar.

9. SeuffA. **68** 390 Nr. 208 (Dresden). Der Zeitungsverleger haftet für Säumnisse der Austräger.

10. BadRpr. **13** 9 (Karlsruhe). Die Aktiengesellschaft haftet für das Verschulden des von ihrem gesetzlichen Vertreter angenommenen Erfüllungsgehilfen.

III. Verschulden bei Gelegenheit der Leistung. Eckstein, SeuffBl. **13** 285. Wenn bei Gelegenheit eines Kaufes durch Unvorsichtigkeit eines Teiles ein Schaden verursacht wird, so hat dieser Schaden mit der Erfüllung der gesetzlichen Pflichten der Parteien nichts zu tun. Er ist bei Gelegenheit, nicht aber in Ausübung der Vertragserfüllung entstanden (gegen **RG. 78** 239, JDR. **11** 100).

§ 279. *Heymann, Verschulden beim Erfüllungsverzuge. Die Regel des § 279 ist entgegen der Ansicht Dernburgs auf den Erfüllungsverzug (§ 285) anzuwenden (154 ff.): gerade um diesen Punkt hat sich seit Jahrhunderten die ganze Verschuldungsfrage beim Verzuge gedreht, von hier aus ist der moderne Gedanke einer strengen Verzugshaftung allmählich durchgedrungen. Andererseits darf man aber nicht bei Gattungsschulden jede Berufung auf die Entschuldbarkeit der Nichterfüllung ausschließen, so daß man insbesondere den entschuldbaren Irrtum nicht als Entschuldigungsgrund anerkennt. Denn (156 ff.) § 279 hat seinen Grund im Wesen der Gattungssachen, die regelmäßig wieder zu beschaffen sind. Getragen von den Bedürfnissen des Geld- und Warenverkehrs, hat sich für diesen dringendsten Fall die Zufallshaftung durchgesetzt, dagegen ist eine einheitliche Behandlung aller Nichterfüllungsfälle der generischen Obligation im Sinne der Zufallshaftung nicht durchgedrungen (näheres 158 ff.). Der Begriff der „Unmöglichkeit der Leistung aus der Gattung" ist streng zu interpretieren; daher sind außer dem Untergange der gesamten Gattung nur solche Vorgänge als Entschuldigungsgründe zu betrachten,

welche die Gattungssachen allgemein, für den betreffenden Verkehrskreis, nicht bloß für den Schuldner unerreichbar machen, also allgemeiner Streik, Verschwinden vom Markte, dagegen nicht partikulärer Streik, Versagen der Schiffahrt bei Möglichkeit von Eisenbahntransport usw. (näheres 160 ff.). S. a. u. zu § 285 Ziff. 1.

§ 280. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 418 Nr. 20. Das OLG. hat ausgeführt: Jemand, der die Erzeugnisse einer bestimmten Fabrik verkaufe, sei so anzusehen, als wäre er selber der Fabrikant, und müsse deshalb seinem Käufer dafür einstehen, daß der Fabrikant ihm — dem Verkäufer — vertragstreu bleibe; dies erfordere die Sicherheit des Verkehrs und aus diesem Verkehrsbedürfnisse heraus habe sich die vorstehende Rechtsanschauung entwickelt. Mit ihr werde auch dem Verkäufer nichts Unbilliges zugemutet; denn er dürfe den Vertrag mit seinem Käufer nicht abschließen, bevor er sich in jeder Weise gesichert habe, daß der Fabrikant ihm zur festgesetzten Zeit die Ware liefern werde. Werde demungeachtet der Fabrikant vertragsbrüchig, so könne er sich an ihm erholen; das Risiko aber einer etwaigen Zahlungsunfähigkeit des Fabrikanten sei gerade dasjenige, welches nach Verkehrssitte und Vertragswillen zu Lasten des Verkäufers, nicht des Abnehmers fallen solle. Das RG. hat unentschieden gelassen, ob diese Erwägungen, insoweit als sie für alle Fälle, in denen jemand die Erzeugnisse einer bestimmten Fabrik verkauft, eine unbedingte Haftbarkeit des Verkäufers für den Fabrikanten annehmen, von Rechtsirrtum frei sind. Für den Einzelfall ist es aus tatsächlichen Gründen dem Berufungsgericht beigetreten.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2253. Unmöglichkeit des vereinbarten Kaliabbaus in einer Gemarkung liegt nicht schon deshalb vor, weil eine andere schachbrettartig verteilte Gruppe von Grundstücken einer anderen Bergbaugesellschaft verpflichtet ist. Es genügt die Aussicht auf Einigung beider Gesellschaften.

3. **RG.** R. **13** Nr. 1577. Teilweise Unmöglichkeit einer Bahnhofsreklame liegt nicht deshalb vor, weil der Bahnhofsvorstand dafür einen ungünstigen Platz anweist; dessen Befugnisse mußten beide Teile als Vertragsgrundlage annehmen.

§ 282. 1. SeuffA. **68** 180 Nr. 97, EisenbE. **30** 87 (Hamburg). Es mag zugegeben werden, daß unter Umständen ein Streik sich als ein Umstand darstellt, der dem Gattungsschuldner die Lieferung aus der Gattung unmöglich macht und, wenn er nur die Verzögerung der Leistung zur Folge hat, von ihm nicht zu vertreten ist (vgl. insbes. Oertmann, AÖstGerZ. **10** 106). Ein solcher Fall bildet aber nicht die Regel. Regelmäßig kann während eines Streikes, wenn auch in beschränktem Umfange, gearbeitet werden, und regelmäßig ergreift ein Streik nicht einen so großen örtlichen Bezirk, daß nicht trotz desselben die Beschaffung der zu liefernden Ware von außerhalb möglich wäre. Für das Gegenteil wäre der Schuldner beweispflichtig.

2. BayRpflZ. **9** 446, R. **13** Nr. 3108 (Zweibrücken). Im Zweifel ist anzunehmen, daß ein Landwirt beim Verkauf einer bestimmten Menge künftiger Früchte (800 Ztr. Weißkraut 1911er Ernte im Januar 1911) nur die Erzeugnisse seines eigenen Grundbesitzes — abzüglich seines eigenen Hausbedarfes — verkaufen wollte, durch eine unverschuldete Mißernte also seiner Vertragspflicht ledig wird.

§ 283. 1. *Lesser, Die Verbindung des Herausgabeanspruchs mit dem Anspruch auf Werterſatz, PosMSchr. **12** 113. Die Fristbestimmung und die Erklärung des Gläubigers, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehnen werde, können auch schon vor rechtskräftiger Verurteilung erfolgen, so daß der Gläubiger schon in dem den ursprünglichen Anspruch betreffenden Prozesse gemäß § 255 ZPO. Fristbestimmung im Urteile verlangen kann.

2. R. **13** Nr. 319 (Stuttgart). § 283 ist nicht anwendbar, wenn der Beklagte verurteilt ist, die Zuführung von übermäßigem Geräusch durch entsprechende Einrichtungen zu verhindern.

3. **RG.** JW. **13** 1035. Für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der Frist des § 283

BGB. ist zu unterstellen, daß die Leistung aus einem von dem Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden sei. Der Gläubiger, der Erfüllung nicht mehr verlangen kann, hat statt dessen einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (**RG. 66** 66), d. h. anstatt der unmöglich gewordenen Erfüllung (**RG. 50** 263).

4. **RG.** R. **13** Nr. 2850. Wird einem Wandelungsurteile seitens des Schuldners nicht innerhalb der Urteilsfrist (§ 255 ZPO.) genügt, so ist beim Schadensersatze vom Werte der zurückzugebenden Kaufsache bei Fristende auszugehen.

§ 284. Literatur: Heymann, Das Verschulden beim Erfüllungsverzuge, Marburg 1913. — Hoffmann, Die Erstattungsfähigkeit der Mahnkosten, JW. **13** 727. — Fraeb, Dasselbe, JW. **13** 1091.

1. *Heymann, Das Verschulden beim Erfüllungsverzuge, 148 Note 338. Bedenken erweckt die Ansicht, daß die Vereinbarung einer Leistung des Kommissionärs innerhalb dreier Tage nach Erwerb der Waren, die Beredung der Kaufzinszahlung am Ende jeder Empfangswoche oder am 20. des der Lieferung folgenden Monats bei einem Sukzessivlieferungsvertrag usw. nicht als Beredung einer Kalenderterminsleistung anzusehen ist. Es ist nicht einzusehen, warum man hier die nachträgliche Bestimmung des Kalendertermins mittels der Leistung nicht als genügend gelten lassen will, während eine nachträgliche vertragsmäßige Verabredung eines bestimmten Kalendertags durch die Parteien den Tatbestand des § 284 erfüllt. Zudem ist bei der Kündigung in Abs. 2 des § 284 die nachträgliche einseitige Fixierung des Kalendertags durch den Gläubiger ausdrücklich anerkannt, und das Gesetz spricht im Satz 1 Abs. 2 § 284 nur davon, daß eine Zeit nach dem Kalender bestimmt sein muß, nicht daß sie von vornherein bestimmt sein muß.

2. a) *Hoffmann, Die Erstattungsfähigkeit der Mahnkosten, JW. **13** 727 ff. Verzugsschaden und daher einklagbar sind die Kosten von Mahnschreiben an den Schuldner, falls 1. der Schuldner sich zur Zeit der Mahnung bereits im Verzuge befindet und 2. die Mahnkosten bei Versuchen entstehen, die den Umständen nach geeignet sind, den Schuldner zur Leistung zu veranlassen. Dies ist ohne weiteres anzunehmen bei den Portis für Mahnschreiben und den Kosten des Mahnschreibens des Anwalts, auf das hin der Schuldner leistet. **b)** Dagegen hält Fraeb aaO. an der Ansicht fest, daß Mahnporti nicht unter Verzugsschaden fallen (JDR. **11** 103).

3. **RG.** R. **13** Nr. 320. Zuvielforderung macht regelmäßig die Mahnung unwirksam.

4. **RG.** R. **13** Nr. 917. Auch eine Zuvielforderung des Gläubigers hindert den Eintritt des Verzugs in Ansehung des wirklich Geschuldeten nicht unbedingt und namentlich dann nicht, wenn anzunehmen ist, daß der Gemahnte auch einer auf die wirklich geschuldete Leistung beschränkten Mahnung nicht Folge geleistet haben würde (vgl. **RG. 9** 141, SeuffA. **32** Nr. 309).

5. MecklZ. **32** 244 (Rostock). Es ist nicht erforderlich, daß der Gläubiger sich in der Mahnung ausdrücklich zu der ihm Zug um Zug gegen die Leistung des Schuldners obliegenden Gegenleistung, der Auflassung des Grundstücks, erbot. In der Mahnung zur Zahlung liegt stillschweigend das Angebot dieser Gegenleistung.

6. **RG.** R. **13** Nr. 2710. Hängt die Pflicht zu einer Zahlung von der Entscheidung einer Rechtsfrage ab, so kann sich der Regreßpflichtige nicht darauf berufen, daß die Verzögerung und damit der Zinslauf lediglich durch die Angehung des Instanzenzugs verursacht und somit auf Verzug des Regreßklägers zurückzuführen sei.

7. **RG.** WarnE. **13** 281. Soweit nicht ausdrücklich anders bestimmt ist, ist ähnlich wie bei Verwirkung von Vertragsstrafen Verschulden des Zahlungspflichtigen nötig, wenn aus der Nichteinhaltung von Nachsichtsfristen für die Zinszahlung die sofortige Fälligkeit oder doch Kündbarkeit des Kapitals gefolgert werden soll.

8. **RG.** LeipzZ. **13** 542 Nr. 14. Dadurch, daß die Lieferantin sofort nach Empfang der Mängelanzeige die Ausbesserung „versucht" hat, wurden ihr etwa vorhandener Verzug und das Recht des Käufers zum Rücktritte gemäß § 326 BGB. nicht beseitigt. Nur eine tatsächlich bewirkte Beseitigung der vorhandenen Mängel würde den Verzug geheilt haben.

9. **RG.** R. **13** Nr. 2851. Auf den Anspruch des Steuerpflichtigen auf Rückzahlung erhobener Steuern sind, soweit dieser Anspruch im Rechtswege verfolgbar ist, die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Schuldverhältnisse, insbesondere die Vorschriften über Verzug anwendbar.

§ 285. 1. *Heymann, Das Verschulden beim Erfüllungsverzuge, betont 165 f., daß man besser die Formulierung vermeidet, das Gesetz reguliere die Haftung bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Verbindlichkeiten so, daß es das Prinzip der Haftung für Verschuldung aufstellt. Vielmehr steht praktisch die Exkulpation bei unserem Verzuge der römischen und kanonistischen Verschuldungslehre viel weniger nahe als der germanischen Entschuldigung mit bestimmten Fällen der echten Not. Namentlich wegen der praktischen Bedeutung der Geld- und Warenschuld (§ 279) ist die Exkulpation beim Verzuge tatsächlich nur ausnahmsweise möglich. Richtiger formuliert man daher den Grundsatz des § 285 dahin, daß der Verzug den allgemeinen Verantwortlichkeitsgrundsätzen unterliegt. Im einzelnen ist (144 ff.) zunächst grundsätzlich die Entschuldigung freizugeben, daß ohne subjektives Verschulden die Erfüllung unterlassen ist, und es gilt nicht nur die Entschuldigung mit unverschuldeten äußeren Hindernissen, sondern auch die mit reinem Nichtwollen (wegen Irrtums, Bestehen eines Retentionsrechts, Verweigerung der Zug um Zug zu gewährenden Gegengabe, Ausbleiben der geschuldeten Mitwirkung des Schuldners). Die Meinung Hölders und Endemanns, daß unverschuldeter Irrtum nicht zur Exkulpation ausreiche, wird abgelehnt. Wohl aber sind die Entschuldigungsgründe überhaupt streng zu beurteilen (146 ff.). Die ganze Tendenz der modernen Entwicklung geht, wie im einzelnen ausgeführt wird, auf Zurückdrängung der übertrieben milden kanonischen Verschuldungslehre und auf Verschärfung der Verzugsvoraussetzungen zugunsten des Gläubigers, entsprechend der Entwicklung des Handelsrechts und des englischen Rechtes. In den meisten Fällen wird insbesondere die Entschuldbarkeit des Irrtums über Existenz und Höhe der Forderung, über Gläubigeradresse usw. schon durch die Mahnung vollkommen ausgeschlossen sein; aber auch bei Kalenderterminschulden, Rückgabepflicht aus Delikt und sonstigem mahnungslosen Verzuge wird selten ein entschuldbarer Irrtum unterlaufen. Der Schuldner ist verpflichtet, sich über seine Verpflichtung (Zahlungszeit der Wohnungsmiete, der Hypothekenzinsen, Adresse des Gläubigers oder dessen Erben) zu orientieren. Vor allem muß der Kaufmann, namentlich bei den Geschäften des Großhandels und der Börse, aber auch sonst genau über seine Verpflichtungen sich und sein Personal unterrichtet halten. Auch in den Fällen der sog. Selbstmahnung werden gerade wegen der vorausgegangenen Absendung der Faktur und des Grundsatzes der Gehilfenhaftung Exkulpationen äußerst selten möglich sein. Anders in den Fällen, wo der Schuldner es zur Klage kommen läßt, weil er irrig an die Schuld nicht glaubt; hier ist auch Rechtsirrtum zu beachten. Auf der anderen Seite genügt (150 ff.) bei äußeren Hindernissen die bloße Schwierigkeit der Erfüllung in der Regel nicht zur Entschuldigung; Schwierigkeiten sind nach Maßgaben der Intensität der Obligation zu überwinden; die Fälle der Unmöglichkeit der Erfüllung wegen äußerer Hindernisse aber führen zum Zessieren der Obligation selbst, und es bleibt für die Anwendung der Verzugsvorschriften überhaupt kein Raum (hierher gehören Arbeitseinstellung, Kohlennot, Wagenmangel, Schiffsunfälle, sonstige Betriebsstörungen); zudem ist für diese Fälle meist durch Lieferungsbedingungen oder Usancen Vorsorge getroffen. Überhaupt ist das Verschuldungserfordernis dispositiv (153) und kann daher betreffs

einzelner Exkulpationsgründe fortbedungen werden (vgl. noch zu § 339 Ziff. 1). Die Hauptmasse der Verzugsfälle aber betrifft Geld- oder sonstige generische Verpflichtungen (154), für die Verschulden überhaupt als Verzugsvoraussetzung nicht in Betracht kommt (vgl. auch o. zu § 279). De lege ferenda ist der Übergang zur Zufallshaftung für den Erfüllungsverzug zu empfehlen, wie sie am ausgeprägtesten im englischen Rechte vorliegt; die notwendige Rücksichtnahme auf den Schuldner ist dabei möglich durch Ausbildung der Unmöglichkeitslehre und der ausdrücklich zu regelnden positiven Vertragsverletzung sowie durch sachgemäße Regelung des Fälligkeitsbegriffs (modicum tempus). Dies empfiehlt sich vor allem für das Handelsrecht. Falls im bürgerlichen Recht die altgewohnte Verschuldungsidee nicht ganz aufgehoben werden soll, so ist von der Zufallshaftung auszugehen, und es sind einzelne besondere Fälle der Exkulpation (hauptsächlich Irrtum und Verwandtes) zu statuieren.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1578. Ist die Berechnung der Respektfrist bei einer Hypothekzinszahlung zweifelhaft, so tritt die Fälligkeit bei Annahme der dem Gläubiger günstigeren Meinung gleichwohl nicht ein, wenn den Schuldner — einen einfachen Geschäftsmann — bei seiner abweichenden Auslegung kein Verschulden trifft.

3. **RG.** R. **13** Nr. 2852. Ist die auf Grund eines früheren Gesetzes rechtmäßig erhobene Abgabe auf Grund eines jüngeren Gesetzes zurückzuzahlen, so tritt auch nach erfolgter Mahnung ein Verzug des Fiskus erst mit dem Augenblick ein, zu dem bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange die Angelegenheit erledigt werden konnte.

4. SeuffA. **68** 50 Nr. 32 (Kiel). Der Hypothekenschuldner kommt mit der Zinszahlung nicht in Verzug, wenn ihm die Adresse des neuen Gläubigers der abgetretenen Hypothekenforderung nicht mitgeteilt ist.

§ 286. 1. Oertmann, Die Ablehnung der Leistung nach BGB. § 286, SeuffBl. **13** Nr. 1. Die Anwendung des § 355 führt dahin, daß der säumige Schuldner den Gläubiger zur Erklärung innerhalb angemessener Frist dahin auffordern kann, ob er die Leistung trotz des etwa weggefallenen Interesses noch verlange oder ob er sie verweigere. Bei Schweigen des Gläubigers innerhalb der gestellten Frist erlischt dann das Recht der Annahmeverweigerung. Anders freilich faßt Kuhlenbeck (Staudinger 3b zu § 286) die entsprechende Anwendung der § 355 auf. Der Gläubiger soll dem Schuldner zunächst noch eine angemessene Nachfrist setzen müssen, mit deren Ablauf erst das Recht auf Schadensersatz entstehe. Aber das wäre von vornherein befremdlich. Denn § 286 setzt ja voraus, daß der Gläubiger kein Interesse an der Leistung mehr hat — und doch soll er erst eine Nachfrist stellen, also, wenn diese nicht zur sinnlosen Form werden soll, das nachträgliche Leistungsangebot innerhalb der Frist, trotz des mangelnden Interesses, noch annehmen müssen. Das kann unmöglich Rechtens sein. Es ist aber auch nicht Rechtens, steht vielmehr schon mit dem Wortlaut im Widerspruche. § 355 bindet nicht die Ausübung des Rücktritts an einen Anfangstermin (dies a quo), sondern gestattet gerade umgekehrt dem Rücktrittsgegner, dafür einen dies ad quem zu setzen; es handelt sich nicht um eine Aufschub-, sondern um eine Ausschlußfrist. Nicht die Herbeiführung des Rücktritts, sondern die ungebührlich lange Hinausschiebung der Entscheidung darüber soll hintangehalten werden.

2. R. **13** Nr. 820 (Hamburg). Ein Streik kann sich als ein Umstand darstellen, der dem Gattungsschuldner die Lieferung aus der Gattung unmöglich macht; die Regel ist das aber nicht.

§ 287. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 605. Bei der Frage, ob der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde, ist zu untersuchen, ob er dann nicht vielleicht durch Versicherung gedeckt gewesen wäre; in diesem Falle bleibt der Schuldner haftbar.

Zweiter Titel. Verzug des Gläubigers.

§ 293. R. **13** Nr. 2052 (Braunschweig). Bei Distanzkauf bedarf es, um den Käufer in Verzug zu setzen, des tatsächlichen Angebots.

§ 304. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 814. Zu den Aufwendungen für die Erhaltung des Gegenstandes werden oft auch Versicherungsprämien gehören; soweit man das Unterlassen als grobfahrlässig bezeichnen kann, ist der Gläubiger verpflichtet, den Gegenstand unter Versicherung zu halten (vgl. auch § 304 a. E. „machen mußte").

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags.

§ 305. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1434. Hat ein Untersuchungsrichter eine öffentliche Krankenkasse ersucht, eine bei der Vernehmung plötzlich erkrankte Person aufzunehmen, so wird der Fiskus, nur soweit es sich um die vorläufige Aufnahme handelt, verpflichtet, nicht aber auch soweit sich eine länger andauernde Pflege in der Krankenanstalt als nötig erweist.

2. **RG.** JW. **13** 976 Nr. 3. Zwischen dem Kranken, der zur Vornahme einer Operation als zahlungsfähige Privatperson in eine besondere Pflegeklasse eines Krankenhauses aufgenommen wird, und dem Krankenhausunternehmer wird auch dann ein bürgerlich-rechtliches Vertragsverhältnis begründet, wenn der Unternehmer als juristische Person des öffentlichen Rechtes das Krankenhaus im allgemeinen zur Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung hält.

3. **RG.** R. **13** Nr. 1433. Verträge zwischen einer Steuerbehörde als mittelbarem Vertreter des Reichs und einem Steuerpflichtigen über die Art der Entrichtung der Steuer und über Erstattung vorläufig zuviel angeschriebener Steuern fallen in den Bereich des öffentlichen Rechtes. Indes sind auf solche öffentlich-rechtlichen Verträge beim Mangel besonderer Vorschriften des öffentlichen Rechtes die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes entsprechend anzuwenden.

4. **RG.** R. **13** Nr. 821. Ein Vertrag, durch den nur der eine Teil sich zum Verkauf eines Grundstücks verpflichtet, ist zulässig (**RG. 53** Nr. 60, GruchotsBeitr. **50** 940). Ein solcher Vertrag gibt eine ausreichende Grundlage für eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke.

5. R. **13** Nr. 2392 (BayObLG.). Die schuldrechtliche Haftung kann auf bestimmte Vermögensstücke beschränkt werden.

§ 306. I. Anwendungsgebiet. **RG.** WarnE. **13** 482, R. **13** Nr. 2393. Die §§ 306, 307 finden nur auf einen schuldrechtlichen Vertrag, nicht auch auf den dinglichen Übertragungsvertrag Anwendung.

II. Inhalt. 1. **RG.** R. **13** Nr. 321. Die Bestimmungen regeln nicht die subjektive Unmöglichkeit, das Unvermögen des Schuldners zur Leistung (§ 275 Abs. 2 BGB.), sondern beziehen sich nur auf die Verträge, die auf eine von vornherein objektiv unmögliche Leistung gerichtet sind (**RG. 69** 356, R. **09** Nr. 1977).

2. **RG.** R. **13** Nr. 2854. Solange eine Maschine im Betriebe des Lieferers die ihr zugeschriebenen Leistungen erfüllt, kann nicht Unmöglichkeit zugunsten des Bestellers deshalb angenommen werden, weil bei dessen anderweitigen Betriebsverhältnissen die Maschinenleistung zurückbleibt.

3. **RG.** R. **13** Nr. 3109. Eine unmögliche Leistung liegt nicht vor, wenn jemand ein ausschließliches Verkaufsrecht in einem bestimmten Bezirke zusichert, obwohl er bereits Dritten dort Verkaufsrechte eingeräumt hat.

§ 307. R. **13** Nr. 175 (Stuttgart). Auch das Versprechen einer objektiv unmöglichen Leistung verpflichtet dann zum Schadensersatze, wenn es als Gewährleistungsversprechen aufzufassen ist.

§ 311. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 74. Ein wegen Mangels der Form des § 311 nichtiger Vertrag kann im Wege der Umwandlung (§ 140) als formfreier Verkauf der einzelnen Sachen und Forderungen nebst Bewilligung zur Weiterführung der Firma aufrecht erhalten werden (vgl. auch **RG. 76** 1).

§ 313. Literatur: Haberstumpf, § 313 BGB. und Art. 11 EGBGB., BayNotZ. **13** 217. — Staub, Das Problem des § 313 Satz 2 BGB. Breslau 1913. — Zeiler, Grenzstreit. Messungsanerkennung und Grenzvereinbarung, BayRpflZ. **13** 347 bis 350.

I. Verträge über ausländische Grundstücke. Haberstumpf, § 313 BGB. und Art. 11 EGBGB., BayNotZ. **13** 217. Wenn obligatorische Verträge über ausländische Grundstücke in Deutschland geschlossen werden, das Ausland aber weniger strenge oder überhaupt andere Formvorschriften hat als der deutsche § 313 BGB., dürfen diese Verträge nicht deshalb als nichtig angesehen werden, weil die Vorschrift des § 313 BGB. nicht erfüllt ist, wenn nur die Form des ausländischen Rechtes gewahrt ist. Abgesehen von dinglichen Rechtsgeschäften (Art. 11 Abs. 2 EGBGB.), also bei obligatorischen Verträgen, ist aber nach dem allgemeinen Grundsatze des deutschen Rechtes (Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB.) für die Form die Beobachtung der Gesetze des Ortes genügend, an welchem das Rechtsgeschäft vorgenommen ist. Wenn also in einem schweizerischen Kanton ein obligatorischer Vertrag über ein deutsches Grundstück privatschriftlich geschlossen werden darf, so ist dieser Vertrag bindend, wenn er in dem schweizerischen Kanton privatschriftlich geschlossen wurde. Der Käufer kann den Verkäufer gemäß §§ 894 ff. ZPO. auf Auflassungserklärung verklagen. — Eine Ausnahme macht es natürlich, wenn zwischen den Kontrahenten von vornherein deutsches Recht vereinbart war (OLG. **13** 362).

II. Satz 1. 1. Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde. a) **RG.** R. **13** Nr. 324. Bei einer Grundstücksveräußerung unterliegt der Formvorschrift des § 313 nicht nur die Erklärung des Veräußerers, sondern auch die Annahmeerklärung des Erwerbers. Unerheblich ist, ob die Erklärungen in einer oder in getrennten Urkunden abgegeben sind. Auch auf Vorverträge bezieht sich die Formvorschrift. Dagegen sind formfrei Verträge, durch die nur der eine Teil zum Erwerbe, der andere aber nicht zur Übertragung des Grundstückseigentums verpflichtet wird (**RG. 68** 260, Soergel **09** Nr. 27 u. **11** Nr. 20 zu § 313). **b)** **RG.** R. **13** Nr. 1709. Als wesentlicher Bestandteil des Veräußerungsgeschäfts gelten die Abreden über Gegenleistungen für die Grundstücksveräußerung regelmäßig auch dann, wenn sie an sich unwesentliche Verpflichtungen betreffen; auch im letzteren Falle unterliegen sie daher der Formvorschrift. Hieran ändert nichts, daß die Parteien die Beurkundung einer solchen Abrede übereinstimmend als überflüssig erachtet haben. **c)** **RG.** R. **13** Nr. 2254. Der Vertrag über die Veräußerung eines Grundstücks ist nichtig, wenn eine wesentliche Vertragsklausel nicht in die notarielle Urkunde aufgenommen worden ist. In solchem Falle läßt sich die Gültigkeit des Veräußerungsvertrags nicht dadurch retten, daß zwei selbständige nebeneinander bestehende Verträge angenommen werden. **d)** **RG.** ZBlFG. **13** 299 Nr. 390. Wenn von einem Grundstücke „bis zu 3000 qm" notariell zum Kaufe angeboten und dieses Angebot innerhalb der gesetzten Frist in notarieller Form einfach angenommen wird, so ist ein rechtswirksamer Kauf zustande gekommen. Die nähere Bestimmung des Kaufgegenstandes kann formlos nach Ablauf der Annahmefrist geschehen. **e)** ZBlFG. **13** 30 Nr. 32 (Marienwerder). Ist die Aufzählung der zu veräußernden Grundstücke gerade zu dem Zwecke erfolgt, um die Veräußerung des gesamten Grundbesitzes zum Ausdrucke zu bringen, und sind dabei drei Grundstücke infolge besonderer Umstände (keine Grundbuchnummer, von aufgeführten abgezweigt) als in den aufgeführten mitenthalten angesehen und deshalb nicht besonders auf-

geführt worden, so liegt eine unschädliche falsche Bezeichnung vor, und die nicht aufgeführten Grundstücke sind als mitveräußert anzusehen (ZBlFG. **10** 689, 8 661). **f) RG.** R. **13** Nr. 323. Auch nachträglicher Erlaß eines Kaufpreisrestes (vor der Auflassung) unterliegt dem Formzwange. **g) RG.** LeipzZ. **13** 65 Nr. 10. Eine Vereinbarung, die nicht eine Veränderung, sondern nur eine nähere, bereits von dem Kaufvertrag umfaßte Bestimmung des Kaufgegenstandes enthält, bedarf nicht der im § 313 BGB. vorgeschriebenen Form. **h) RG.** R. **13** Nr. 2855. Daß der Kaufpreis statt, wie beurkundet, bar bezahlt, in Wirklichkeit verrechnet wurde, berührt die Rechtsgültigkeit des Geschäfts nicht. **i)** SächsOLG. **34** 131. In der Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, daß eine Urkunde, die über ein Vertragsverhältnis errichtet worden ist, die Vermutung der Vollständigkeit für sich hat und als die endgültige Zusammenfassung dessen anzusehen ist, was die Parteien gewollt haben (**RG. 52** 25 ff.). Daraus folgt, daß der Einwand, es seien mündliche Abreden vor oder bei Abfassung einer Urkunde getroffen worden, für sich allein deren Beweiskraft nicht zu erschüttern vermag. Es ist vielmehr anzunehmen, daß die Parteien von Abreden, die in der Urkunde keine Aufnahme gefunden haben, abgegangen sind. Neben der Urkunde können sie nur dann Beachtung finden, wenn nicht nur bewiesen wird, daß sie getroffen worden sind, sondern weiter, daß sie nach dem Willen der Parteien neben der Urkunde und trotz der Nichtaufnahme in diese Geltung behalten sollten. Zur Führung dieses Beweises bedarf es in der Regel der Darlegung besonderer Gründe, aus denen von der Aufnahme jener Abreden trotz des Willens ihrer Fortgeltung abgesehen worden ist (**RG. 65** 15, RGRKomm. § 125 Anm. 6). Dies hat in besonderem Maße dann zu gelten, wenn es sich um eine Urkunde handelt, die nicht bloß flüchtig abgefaßt, sondern in feierlicher Form errichtet ist. Durch eine solche Errichtung wird den Parteien die Bedeutung des Aktes nahe gebracht, und sie werden, bevor zur Niederschrift geschritten wird, veranlaßt, sich über das, was Inhalt der Urkunde werden soll, auszusprechen. Beide Urkunden, die notarielle sowohl wie die gerichtliche, sind protokolliert, nicht aber in der Weise hergestellt worden, daß ein bereits vorher fertiger Vertrag als Anlage zum Protokolle genommen wurde. Bei der Protokollierung hatten die Parteien Gelegenheit, etwa noch getroffene mündliche Vereinbarungen geltend zu machen und sie durch die in der Fassung von Verträgen geübte Urkundsperson in die gehörige Form bringen zu lassen. Gleichwohl sind die behaupteten Abreden in keine der beiden Urkunden aufgenommen worden, obwohl sie nach der in der Berufungsverhandlung aufgestellten Behauptung bei beiden Gelegenheiten getroffen sein sollen. **k) RG.** JW. **13** 197 Nr. 8. Die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit notarieller Verträge ist nur eine Beweisvermutung, deren Beweiskraft nach den besonderen Umständen des Falles erst zu prüfen ist.

2. Sog. Offertvertrag. **a) RG.** R. **13** Nr. 2255. Der Formzwang wird nicht dadurch beseitigt, daß nicht der dem Veräußerer gegenüberstehende Vertragsteil der Erwerber des Grundstücks sein soll, sondern daß der Veräußerer sich verbindlich macht, einen auf Eigentumsübertragung gerichteten Vertrag zu den von den Parteien festgelegten Bedingungen mit einem von dem anderen Teil noch zu beschaffenden Dritten abzuschließen. **b) RG.** R. **13** Nr. 655. Der § 313 trifft nicht nur die Verpflichtung des einen Teiles, dem anderen Teile das Grundstückseigentum zu übertragen, sondern auch die Verpflichtung, es einem Dritten zu übertragen, gleichviel ob die Übertragung an den Dritten geschehen soll unmittelbar durch den sich Verpflichtenden oder mittelbar durch den Vertragsgegner, und ob als Dritter gewollt ist ein schon bestimmter vom Vertragsgegner bereits auserlesener Dritter oder ein noch unbestimmter vom Vertragsgegner erst noch auszuwählender Dritter (**RG. 76** 183, R. **11** Nr. 2312). **c) RG.** WarnE. **13** 221 Nr. 184. Dem Formzwange des § 313 BGB. unterliegt nicht nur jeder Vertrag, auch ein Vorvertrag, durch den

die Verpflichtung eines Teiles zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke begründet werden soll, sondern auch das Vertragsangebot, durch das jemand einem anderen ein Grundstück zum Kaufe anbietet, so daß mangels der Form eine Bindung des Antragenden an das Kaufangebot nicht eintritt (vgl. **RG.** PosMSchr. **10** 179). **d)** BadRpr. **13** 85 Nr. 31 (Karlsruhe). Unter die Formvorschrift fallen nicht nur die Verträge zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber, sondern auch solche, durch die sich der eine Teil zum Verkauf eines Grundstücks an einen vom Vertragsgegner beigebrachten Erwerber verpflichtet. Dagegen kann die Formvorschrift auf die Übernahme der Verpflichtung, ein Grundstück nicht zu verkaufen, nicht ausgedehnt werden.

3. **RG.** R. **13** Nr. 2394. Der Formvorschrift unterliegt auch ein Vertrag, durch den die Verpflichtung übernommen wird, ein Grundstück an eine erst unter gewissen Bedingungen zu bildende Genossenschaft zu übertragen.

4. a) **RG.** LeipzZ. **13** 851 Nr. 17, R. **13** Nr. 2395. Die bloß einseitige Bindung zum Ankauf eines Grundstücks (pactum de emendo) ist nicht formbedürftig. **b) RG.** LeipzZ. **13** 293 Nr. 15. Das Formerfordernis (des § 313 BGB.) erstreckt sich auch auf die zum Vertragsschlusse gehörigen Erklärungen beider Teile. Allein zu den danach der im § 313 vorgeschriebenen Form bedürftigen Verträgen gehören solche Verträge, insbesondere solche Vorverträge nicht, durch die nur eine Verpflichtung begründet werden soll, das Eigentum an einem Grundstück unter gewissen Bedingungen zu erwerben oder ein Grundstück unter gewissen Bedingungen zu kaufen, ohne daß der andere Teil zur Eigentumsübertragung oder zum Kaufe verpflichtet wird (vgl. **RG.** V. 65/05 vom 4. Oktober 1905, V. 205/08 vom 10. Februar 1909, V. 259/10 vom 21. Januar 1911, WarnE. **11** Nr. 169, auch VII. vom 27. Februar 1903, JW. **05** 126). **c) RG. 81** 134, **82** 302, JW. **13** 322 Nr. 8. Verträge, die nur die Verpflichtung zum Erwerbe von Grundstücken zum Gegenstande haben, allen nicht unter § 313 BGB.

5. **RG. 82** 160. Der Eintritt eines Gesellschafters in eine bestehende offene Handelsgesellschaft ist, auch wenn zu ihrem Vermögen Grundstücke gehören, nicht an die Form des § 313 gebunden.

6. **RG.** LeipzZ. **13** 153 Nr. 2. Der Gaslieferungsvertrag mit dem Gedinge, daß die Gemeinde, die das Gas bezieht, die Gasanstalt ankaufen darf, bedarf der Form des § 313 BGB. Die Folge eines Verstoßes ist regelmäßig Nichtigkeit des ganzen Vertrags.

7. Umgehung des § 313. **a)** Vollmacht. α. ZBlFG. **13** 231 Nr. 298a (Stettin). Handelt es sich im Falle einer Parzellierungsvollmacht nicht bloß um ein einseitiges Rechtsgeschäft, wie es die Vollmacht an sich ist, schließen vielmehr die Parteien einen Vertrag, durch den sich der Vollmachtgeber verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, so bedarf dieser Vertrag, mag er auch in die Form einer Vollmacht eingekleidet sein, der Form des § 313 BGB. β. R. **13** Nr. 1711 (Colmar). Hat jemand privatschriftlich Liegenschaften an einen Güterhändler verkauft und ihm notarielle unwiderrufliche Vollmacht zum Verkaufe der Grundstücke erteilt, so ist wegen Nichtigkeit des Hauptgeschäfts (§§ 313, 125 BGB.) auch die Vollmachterteilung nichtig (§ 139 BGB.), es sei denn, daß diese auch dann erfolgt wäre, wenn der Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Ersatzansprüche wegen Widerrufs der Vollmacht ständen dem Bevollmächtigten nur dann zu, wenn der Tatbestand der unerlaubten Handlung (§§ 823 ff.) oder der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) gegeben wäre. γ. **RG. 81** 49, JW. **13** 262 Nr. 1. Die Formfreiheit der Vollmacht ist allerdings nach § 167 Abs. 2 BGB. anzuerkennen, und zwar ausnahmslos, also auch für das Gebiet des § 313 (**RG. 76** 183, **54** 79 **62** 336/337); die Vollmacht bedarf nie der Form. Damit ist jedoch vorliegend

noch nicht die Rechtswirksamkeit der Vollmacht gegeben, wie die Revision meint. Denn die Vollmacht ist hier ein integrierender, unausscheidbarer Teil des kausalen Dienstvertrags, wenn sie auch in einer besonderen Urkunde ausgestellt ist. Vertragsurkunde und Vollmachtsurkunde enthalten beide übereinstimmend den Satz, daß die Vollmacht zur Ausführung des Auftragsvertrags erteilt, und daß sie nur gleichzeitig mit dem Auftragsvertrage widerruflich ist: das ganze Vertragsverhältnis war beiderseits gewollt und erklärt als ein erst und nur durch die Vollmacht auszuführendes. Also zerstört die aus § 313 fließende Nichtigkeit des kausalen Teiles des Vertrags auch die Rechtswirksamkeit der Vollmacht: auch sie ist nichtig, nicht weil sie der Form bedürfte, sondern gemäß § 139 BGB., weil sie nur e i n Teil eines zu einem anderen Teile formbedürftigen, aber formwidrigen und darum zu diesem Teile und folgeweise im ganzen nichtigen Vertrags war. Damit steht nicht im Widerspruche die Rechtsausführung des **RG. 69** 234/235. Dort ist nur verneint, daß die an sich selbständige und formfreie Vollmacht dem gutgläubigen Dritten gegenüber, dem die Prüfung der Gültigkeit des der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses nicht zugemutet werden könne, gemäß § 139 BGB. nichtig werde. Hier aber steht nicht ein gutgläubiger Dritter in Frage, sondern der Vertragsgegner, der den zugrunde liegenden Vertrag selbst abgeschlossen hat. δ. **RG.** WarnE. **13** 238 Nr. 191. Das Formerfordernis für Vollmachten zum Abschluß eines Vertrags angegebener Art ist nur dann anzunehmen, wenn der Vollmachtgeber sich schon durch die Vollmachtserteilung zur Veräußerung des Grundstücks verbindlich gemacht hat, oder aber wenn die Vollmachtserteilung auch ihrerseits bereits einen Teil des Veräußerungsvertrags darstellt (**RG. 50** 167, **79** 212). Handelt es sich dagegen um selbständig (rein abstrakt) erteilte Vollmachten (**RG. 62** 335, **76** 183), so kann nur der Grundsatz des § 167 Abs. 2 durchgreifen, daß die Vollmacht der Form des Hauptgeschäfts nicht bedarf. ε. **RG.** R. **13** Nr. 656. Die Vollmacht zu einem Vertrag über die Veräußerung eines Grundstücks bedarf k e i n e r F o r m (**RG. 76** 183, **54** 79, **62** 336). Ist die Vollmacht aber integrierender Teil des Vertrags über die Veräußerung des Grundstücks, so zerstört die aus § 313 sich ergebende Nichtigkeit des Hauptvertrags auch die Rechtswirksamkeit der Vollmacht (R. **11** Nr. 2311). **b) RG.** WarnE. **13** 409, R. **13** Nr. 2396. Dadurch, daß die Vertragsteile ihre formlos getroffenen Vereinbarungen durch Boten vor dem Notar wiederholen lassen, wird dem § 313 BGB. nicht genügt.

8. E r s e t z u n g d e r F o r m d e s § 313. a) SächsRpflA. **13** 126 (Dresden). Zwar ist im Einklange mit der ständigen Rechtsprechung des RG. (**RG. 48** 185, JW. **06** 686) davon auszugehen, daß ein nach den Bestimmungen des BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfendes Rechtsgeschäft auch in der Form des prozessualen Vergleichs, Verzichts oder Anerkenntnisses angenommen oder bestätigt werden kann und dann wirksam ist, wenn die im Prozeßrechte vorgeschriebene Form gewahrt ist. Durch diese wird aber die nach bürgerlichem Rechte erforderliche Form nur insoweit ersetzt, als die nach diesem Rechte der Form bedürfenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen Inhalt eines gerichtlichen Vergleichs, Verzichts oder Anerkenntnisses geworden sind. Eine Anerkennung ergreift jedoch allein den Klaganspruch, also nur diejenige Verpflichtung des Beklagten, deren richterliche Feststellung begehrt wird. E s w i r d d a h e r d u r c h d i e B e u r k u n d u n g d e s A n e r k e n n t n i s s e s n u r h i n s i c h t l i c h d e r a n e r k a n n t e n V e r p f l i c h t u n g d i e n a c h b ü r g e r l i c h e m R e c h t e e t w a e r f o r d e r l i c h e F o r m e r s e t z t, n i c h t a b e r e r s t r e c k t s i c h d i e W i r k u n g d i e s e r B e u r k u n d u n g a u f d e n K l a g g r u n d, a u s d e m d i e a n e r k a n n t e V e r p f l i c h t u n g a b g e l e i t e t w i r d. Der die Verpflichtung des Beklagten zur Übereignung eines Grundstücks enthaltende, aber wegen Formmangels nichtige Vertrag ist deshalb nicht dadurch bestätigt, d. h. (vgl. BGB.

§ 141 Abs. 1) neu geschlossen, daß der Käufer seine Verpflichtung zur Übernahme des Grundstücks anerkannt und sich zur Entgegennahme der Auflassung bereit erklärt hat. **b)** **RG.** SchlHolstAnz. **13** 279. Durch die in Ausführung eines Rentengutsvertrags auf Ersuchen der Generalkommission erfolgte Eintragung des Rentengutkäufers als Eigentümers im Grundbuche wird die Formvorschrift des § 313 BGB. nicht in dem Sinne ersetzt, daß mündliche von dem Rentengutsvertrag abweichende Vereinbarungen der Parteien dadurch Wirksamkeit erlangen.

9. Vorkaufsrecht. R. **13** Nr. 322 (Stuttgart). Der auf Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts an einem Grundstücke gerichtete Verpflichtungsvertrag (und ebenso ein etwaiger Vorvertrag) bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

10. Tauschvertrag. **RG.** WarnE. **13** 369 Nr. 309. Auch ein Grundstückstauschvertrag ist nichtig, wenn die in der Vertragsurkunde angegebenen Grundstückspreise nicht dem wirklich vereinbarten Preise entsprechen.

11. Dienstvertrag. **RG.** R. **13** Nr. 1265. Auch ein Dienstvertrag zwecks Geschäftsbesorgung ist wegen Formmangels nichtig, wenn er den Verkauf eines Grundstücks betrifft und die Verpflichtung des Auftraggebers zur Mitwirkung enthält.

12. ZBlFG. **13** 392 Nr. 399 (KG.). Ein Vertrag dahin, daß jemand ein von ihm erst zu erwerbendes Grundstück in eine Gesellschaft zum Zwecke der Weiterveräußerung nach Ermittlung von Kauflustigen einbringen soll, unterfällt der Formvorschrift des § 313 BGB. Wenn das RG. (ZBlFG. 8 497 Nr. 493) einen Unterschied dahin zu machen scheint, ob derjenige, der sich zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke verpflichtet hat, das Eigentum an ihm bereits vor dem Vertragsschluß erworben hat oder erst noch zu erwerben sich verpflichtet, so ist dies im Gesetze nicht begründet (ZBlFG. **13** 571 Nr. 463 und Verw.).

13. OLG. **26** 288 (München). Für die Übernahme der Verpflichtung zur Ausschlagung der Erbschaft besteht keine Formvorschrift. Insbesondere bedarf sie, auch wenn sie zum Erwerbe des Nachlaßgrundstücks durch die übrigen Erben führt, nicht der Form des § 313 BGB., da dieser Erwerb nur Folge, nicht Gegenstand des geschlossenen Abkommens ist (§ 1945 BGB.). (S. a. u. zu § 1945.)

14. *Zeiler, BayRpflZ. **13** 349. Zur Wirksamkeit eines formlosen Vertrags von Grenznachbarn über die Vereinbarung des Grenzzugs ist nicht Bedingung, daß dabei die Nachbarn davon ausgingen, es behielte oder erhielte jeder durch die Vereinbarung genau das, was ihm ohnehin gehöre; maßgebend ist nicht, ob objektiv durch den Vertrag eine Änderung des Grenzzugs und damit des Eigentums eintritt, sondern ob nach Meinung und Willen der Beteiligten ein Stück Land den Eigentümer wechseln soll (z. T. gegen **RG.** 15. März 1906, Bay. RpflZ. **06** 227). — (350): Soweit der Vertrag hiernach formlos gültig ist und der durch ihn bestimmte Grenzzug von der objektiv zu Recht bestehenden Grenze abweicht, bewirkt der Vertrag, daß an Stelle der bisherigen Grenze die neue tritt, er ist also rechterzeugend. — Auf 372 ff. werden die Fragen behandelt, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Grenzfeststellungsvertrag anzunehmen ist und wann nur eine einseitige Messungsanerkennung (die nur nach Landesrecht eine Voraussetzung für die Abmarkung schaffen, aber niemals für die Grenze selbst rechterzeugend wirken kann). Hinsichtlich der Anfechtbarkeit ist der Grenzfeststellungsvertrag gleich einem Vergleiche zu achten.

III. Beachtung der Nichtigkeit von Amts wegen. **RG.** R. **13** Nr. 1710. Die bei Formmangel sich ergebende Nichtigkeit ist von Amts wegen zu berücksichtigen, also auch dann, wenn eine der Parteien die Tatsachen vorgebracht, sich aber auf die Nichtigkeit nicht berufen hat.

IV. Satz 2. 1. *Staub, Das Problem des § 313 Satz 2 BGB. Verf. geht davon aus, daß Konvaleszenz eines nichtigen Rechtsgeschäfts begrifflich unmöglich ist. An der Hand der drei Arten der Erfordernisse eines vollwirksamen Rechtsgeschäfts, der Errichtungs-, Geltungs- und Wirksamkeitserfordernisse, wird dargelegt, daß der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag des § 313 Satz 2 nicht nichtig, sondern unwirksam ist, weil infolge der Erleichterung des Satzes 2 des § 313 die Form für einen Grundstücksveräußerungsvertrag nicht Geltungserfordernis ist. (Ebenso §§ 518, 766). Es handelt sich also um echte Konvaleszenz eines unwirksamen Rechtsgeschäfts. Daher kann dem RG. (und Staudinger, Planck, Enneccerus) nicht gefolgt werden, das einen Ausweg aus dem Widerspruche Nichtigkeit und Konvaleszenz in der Auffassung sucht, das Gesetz behandele die Auflassung wie eine in der vorgeschriebenen Form erfolgende Bestätigung des zugrunde liegenden oblig. Vertrags (**RG. 75** 115). Ebensowenig aber können die nur dem Wesen der Bestätigung entsprechenden vom RG. gezogenen Folgerungen gebilligt werden. Keine Partei kann vor der Heilung vom formlosen Vertrag oder einer einzelnen Abrede einseitig abgehen (anders **RG. 52** 5, 45, **54** 109). Der „geschlossene Vertrag" wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, soweit er nicht nachträglich übereinstimmend abgeändert wurde. Die Heilung erstreckt sich auf Zusicherungen, bezüglich deren eine Partei in der Zwischenzeit ihr Nichtmehrwollen erklärt hat, wenn nachher nur aufgelassen und eingetragen wird. Abzulehnen ist daher auch die auf der „Bestätigung" Neuvornahme basierende Meinung des RG. (WarnE. **09** Nr. 350, RGRKomm. § 313 Nr. 4), daß das Fortbestehen der Nebenabreden bis zur Auflassung nicht vermutet werde, sondern besonders bewiesen werden müsse.

2. **RG. 82** 413. Mündliche Nebenabreden werden durch die Auflassung verbindlich, wenn sie bis zur Auflassung aufrechterhalten sind. Die Heilung tritt nicht ein, wo sich der Eigentumsübergang ohne Auflassung vollzog, z. B. bei Begründung eines Rentengutsvertrags durch Vermittlung der Generalkommission.

3. **RG.** R. **13** Nr. 823. Nach Grund und Zweck dieser Vorschrift kommt es für die darin vorgesehene Heilung des Formmangels durch Auflassung und Eintragung nicht darauf an, daß im Zeitpunkte der Eintragung, sondern darauf, daß im Zeitpunkte der Auflassung die Willensübereinstimmung der den Grundeigentumsübertragungsvertrag Schließenden vorhanden ist.

4. **RG.** WarnE. **13** 114 Nr. 3. An dem im Urt. des erk. Sen. vom 28. Oktober 1911, V. 134/11 (WarnE. **12** Nr. 4 unter Nr. II) vertretenen Grundsatze, wonach es unter Umständen keines besonderen Beweises dafür bedarf, daß eine von den Parteien nur mündlich getroffene Abrede auch noch zur Zeit der Auflassung als Teil des Vertrags hat gelten sollen, ist festzuhalten.

5. **RG. 82** 344. Der Mangel der Form eines Grundstückskaufvertrags kann auch bei einer Mehrheit von Veräußerungsverträgen durch nachfolgende Auflassung zwischen dem ersten Veräußerer und dem letzten Erwerber geheilt werden, wenn diese im Einverständnisse der an diesen Veräußerungen als Veräußerer und Erwerber beteiligten Personen zur Erfüllung der sämtlichen Veräußerungsgeschäfte erfolgt, die der Eigentumsübertragung von den eingetragenen an dem einzutragenden Eigentümer zugrunde liegen.

6. **RG.** R. **13** Nr. 2551. Nach Auflassung und Umschreibung kann auf Wandlungsansprüche formlos verzichtet werden.

§ 315. 1. **RG.** WarnE. **13** 346. § 315 BGB. bezieht sich nicht nur auf den Gegenstand der Leistung, sondern auch auf deren Modalitäten, insbesondere auf die Erfüllungszeit (**RG. 64** 116).

2. **RG.** R. **13** Nr. 1712. Nicht unzulässig ist es, bei einer Grundstücksveräußerung unter Einsetzung eines bestimmten Preises für das Einheitsmaß dem Käufer die

demnächstige nähere Bestimmung der Größe der gekauften Fläche zu überlassen Die demnächstige Bestimmung ist nicht an die Form des § 313 gebunden.

3. **RG.** JW. **13** 541 Nr. 4, WarnE. **13** 280, R. **13** Nr. 1579. Die Bestimmbarkeit ist, wie das RG. in dem Urteil in JW. **12** 73 Nr. 11 ausgesprochen hat, die selbstverständliche Voraussetzung für die Anwendung des § 315 BGB., und schon wiederholt ist vom erk. Sen. dahin entschieden worden, daß bei allzu großen Lücken des Vertrags dieser durch billiges Ermessen der Parteien oder des Richters nicht ergänzt werden kann, sondern rechtsunwirksam bleibt.

§ 318. **RG.** R. **13** Nr. 1713. Der Dritte kann die von ihm getroffene Bestimmung nicht widerrufen, sobald sie für die Parteien wirksam geworden ist.

§ 319. 1. **RG.** R. **13** Nr. 657. „Offenbare Unbilligkeit" im Sinne des § 319 BGB. und „offenbare Abweichung von der wirklichen Sachlage" im Sinne des § 64 VersicherungsvertragsG. liegt vor, wenn eine Schätzung deshalb unrichtig ist, weil die Schiedsgutachter die nach Lage der Sache gebotene Einsichtnahme der Geschäftsbücher einer Partei unterlassen haben.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1715. Offenbar unbillig ist eine Bestimmung dann, wenn sich ihre Unbilligkeit und Sachwidrigkeit dem Blicke eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängt (R. **13** Nr. 2173). Dabei ist der zur Zeit der Bestimmung erkennbare tatsächliche Zustand als Grundlage zu nehmen (**RG. 69** 168, Soergel **09** Nr. 2 zu § 319).

3. **RG.** LeipzZ. **13** 400, R. **13** Nr. 483. Offenbar unbillig ist ein Gutachten nicht nur, wenn es handgreiflich falsch ist, sondern auch, wenn es auf offenbar ungenügender Grundlage abgegeben ist.

4. **RG.** LeipzZ. **13** 381 Nr. 13. Offenbar unbillig würde die Preisfestsetzung nur dann sein, wenn sie zur Zeit der Vornahme einem sachkundigen und unbefangenen Beurteiler unbedenklich als sachwidrig erscheinen müßte.

5. **RG.** R. **13** Nr. 1714. Unklarheiten und Schwierigkeiten in den gegebenen Verhältnissen rechtfertigen noch nicht die Annahme, daß der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann.

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag.

Literatur: Adler, Die Leistungsverweigerung nach § 320 BGB. mit besonderer Rücksicht auf den Handelskauf, Festschrift für Ernst Zitelmann zu seinem 60. Geburtstage. München und Leipzig 1913.

§ 320. 1. Adler (4). Leistungen im Sinne des 320 sind nicht Hilfsleistungen, d. h. vorbereitende Erfüllungshandlungen, deren Vornahme für sich allein für den Gläubiger noch keinen Wert hat, aber weitere Leistungen in Zukunft erst ermöglicht, wie die Aufbewahrung, Anschaffung oder Herstellung (§ 651) der Ware.

2. Adler (5). Gegenleistungen im Sinne des § 320 sind nicht a) Leistungen, die eine Leistung des anderen Teiles begrifflich voraussetzen, z. B. die gute Haltung des gekauften Pferdes, die Abnahmepflicht des Käufers, b) Wiederherstellung eines vor dem Vertrage vorhandenen Zustandes, z. B. Rückstellung von Getreidesäcken beim Getreidekaufe.

3. Adler (7). Wenn auf einer Seite Dauerunterlassungen stehen, so darf in der Regel jeder Teil die Leistung des anderen Teiles verlangen, ohne selbst erfüllt zu haben. Anders natürlich, wenn an Stelle der Unterlassungspflicht eine Schadensersatzpflicht getreten ist, weil der zur Unterlassung Verpflichtete dieser Pflicht zuwidergehandelt hat.

4. Adler (9). Für die Dauer des Annahmeverzugs des Beklagten, der das Leistungsverweigerungsrecht wegen mangelnder Gegenleistung vorschützt, ist dieses Leistungsrecht gelähmt. Dieses kommt jedoch im Urteil auf dessen Leistung nicht besonders zum Ausdrucke, da die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug

ohnedies besagt, daß der im gehörig festgestellten Annahmeverzuge befindliche Schuldner ohne weitere Bedingung zu leisten hat.

5. **RG.** R. **13** Nr. 1266. Ist das Werk vor der Abnahme zerstört und Nachlieferung nicht in Frage, so erledigt die Einrede des unerfüllten Vertrags endgültig das ganze Rechtsverhältnis. — Das Werk ist durch den Einsturz vor seiner Abnahme vernichtet; der Beklagte hat also dieses Werk, weil zufolge seiner Fehler vor der Abnahme vernichtet, überhaupt nicht erhalten; in seinen Besitz sind nur die Eisenteile als altes Eisen übergegangen und dort verblieben. Hat er aber das Werk nicht geliefert erhalten, so kann er auch die Bezahlung des dafür vereinbarten Werklohns ablehnen, die Einrede aus § 320 BGB. ist daher hier mit Rücksicht auf die Vernichtung des Werkes vor dessen Abnahme nicht eine nur verzögerliche, sondern eine den Werklohnanspruch vernichtende. Das nur angelieferte, dann aber vernichtete Werk kann nicht mehr durch Verbesserungen fertiggestellt und nachgeliefert werden. Die Lieferung eines neuen Werkes kommt nicht in Frage. Die Einrede führt daher tatsächlich in Fällen der Vernichtung des Werkes auch zu der vom Kläger vermißten endgültigen Auseinandersetzung.

6. **RG.** R. **13** Nr. 326. Die Vorleistungspflicht wird zur Leistung Zug um Zug, wenn auch die Gegenleistung inzwischen fällig geworden ist.

7. **RG.** R. **13** Nr. 325. Schon die Wechselhingabe kann als Vorleistung angesehen werden, auch wenn sie nur Zahlungsversuch ist.

8. Zu Abs. 2. **a)** **RG.** WarnE. **13** 484, R. **13** Nr. 2397. Die verhältnismäßige Geringfügigkeit des Rückstandes einer Gegenleistung wird nur als einer der Beurteilungsmaßstäbe hervorgehoben, der jedoch für sich allein weder erforderlich noch ausreichend ist. **b)** Josef, Der Hausarztvertrag, DJZ. **13** 917. Endigt der Hausarztvertrag zwar im Laufe des Jahres, aber gegen dessen Schluß, so hat der Dienstberechtigte die volle Vergütung zu zahlen, auch wenn er in diesem Jahre die Tätigkeit des Arztes nicht in Anspruch genommen hat.

§§ 321, 322. Literatur: Adler, Die Verteidigung des Vorleistungspflichtigen und des Nachleistungspflichtigen bei gegenseitigen Verträgen, LeipzZ. **13** 815—826.

1. *Adler. Durch den Annahmeverzug des Nachleistungspflichtigen und durch Ablauf der etwa bedungenen Nachleistungsfrist seit Eintritt des Annahmeverzugs wird die Leistung des Nachleistungspflichtigen fällig. Das Urteil auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung ist kein Urteil auf künftige Leistung. Zweifelt der Vorsitzende nach Anhörung des Schuldners oder beider Teile (§ 730 Abs. 2 ZPO.) an der Fortdauer des Annahmeverzugs, so hat er die Vollstreckungsklausel zu versagen. Der Gläubiger hat dann nach § 731 ZPO. zu klagen, um die Vollstreckungsklausel zu erhalten. Nachdem der Vorsitzende die Vollstreckungsklausel bewilligt hat, kann der Nachleistungspflichtige nur mehr mittels Vollstreckungsgegenklage geltend machen, daß sein Annahmeverzug aufgehört habe. Wenn nach Abgabe der bindenden Vertragserklärung des Vorleistungspflichtigen die Vermögensverhältnisse des Nachleistungspflichtigen sich wesentlich verschlechtert haben und dieser die Annahme der Vorleistung gegen Sicherheitsleistung verzögert (§§ 321, 298 BGB.), so kann auf Grund des § 322 Abs. 2 sofort geklagt werden. War der Vorleistungspflichtige über die Zahlungsfähigkeit des Nachleistungspflichtigen zur Zeit des Vertragsschlusses im Irrtume, so ist § 119 Abs. 2 BGB. (Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person) niemals anzuwenden. Wenn in solchen Fällen weder arglistige Täuschung noch Mangel an Diligenz vorliegt, so ist § 321 Abs. 2 analog anzuwenden. Aus Prot. 1265 ergibt sich, daß der Gesetzgeber an solche seltenen Fälle tatsächlich nicht gedacht hat.

2. **RG.** R. **13** Nr. 3225. Ob der Beklagte die gegenzuleistende Sache noch besitzt, ist belanglos, sofern die Beschaffung möglich ist.

3. Abs. 2. **RG.** LeipzZ. **13** 215 Nr. 13. Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug setzt ein dahin gehendes Verlangen voraus.

§ 324. 1. Josef, Der Hausarztvertrag, DJZ. **13** 917. Der Hausarzt erhält, wenn der Dienstberechtigte im Laufe des Vertragsjahrs stirbt, die volle Pauschalvergütung.

2. **RG.** JW. **13** 196 Nr. 6. Der Anspruch aus § 324 BGB. setzt eigene Vertragstreue voraus.

3. GewG. **13** 182 Nr. 8 (GG. München). Der Arbeiter kann Lohn für die Zeit, während deren infolge Streiks der Hilfsarbeiter die Arbeit ruhen mußte, nicht beanspruchen.

§ 326. I. Verzug (s. JDR. **11** Nr. I, **10** Nr. I, **9** Nr. I, **8** Nr. 5, **7** Nr. 3, **5** Nr. 1, **4** Nr. 1, **3** Nr. 1). 1. Im allgemeinen s. § 284. a) **RG.** R. **13** Nr. 2598. Besteht Streit über den Inhalt des Vertrags und weigert sich der eine Teil lediglich so zu erfüllen, wie es der andere Teil verlangt, so rechtfertigt diese Weigerung nicht für den anderen Teil den fristlosen Rücktritt. b) **RG.** SächsRpflA. **13** 245, WarnE. **13** 329, R. **13** Nr. 1268. Lieferung anderer, als bestellter Ware begründet für sich allein noch keinen Verzug nach § 326. c) **RG. 81** 303, JW. **13** 486 Nr. 6, Frankf. Rundsch. **47** 109. § 326 BGB. findet auf Gesellschaftsverträge keine Anwendung.

2. Teilverzug. a) **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 138, R. **13** Nr. 918. Wenn eine an sich geringfügige Vertragsverletzung des Käufers ihrer Art nach nicht nur die einzelne Lieferung betrifft, bei der sie zunächst vorgekommen ist, sondern die glatte Erledigung des ganzen übrigen Geschäfts in Frage stellt, so ist dieser Umstand geeignet, den Rücktritt zu rechtfertigen, dem ohne ihn die Vorschrift des § 242 entgegenstehen würde. b) **RG.** R. **13** Nr. 1854. Bei Vertragsverhältnissen, die auf eine fortlaufende Lieferung gerichtet sind, steht dem Empfänger der Lieferung die Befugnis zur Lösung des Vertragsverhältnisses zu, wenn der Liefernde durch schuldhafte Vertragsverletzung den Vertragszweck gefährdet. Eine Gefährdung des Vertragszwecks kann schon in einer einzigen Vertragsverletzung gefunden werden (**RG. 57** 115, **67** 5).

II. Positive Vertragsverletzungen. 1. *Heymann, Schadensersatz bei Erfüllungsverzug. Der Käufer hat das Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzung auch, wenn der Verkäufer eine Rate beim Sukzessivlieferungsvertrag infolge Mangels an geeigneten gattungsmäßigen Erfüllungsmitteln (§ 279 BGB.) zu liefern, unterläßt (132 ff., 133 Note 296).

2. SächsRpflA. **13** 27 Nr. 5 a (Dresden). Hat der Beklagte in dem Vertrage die Verpflichtung übernommen, alle diejenigen Bestellungen, die auf die ihm von der Klägerin überlassenen Muster bei ihm eingehen würden, ihr zur Ausführung zu überweisen, diese ihm obliegende Vertragsleistung aber dadurch schuldhaft unmöglich gemacht, daß er die eingegangenen Bestellungen durch dritte Posamentenverleger hat ausführen lassen, so ist er schon aus dem Vertrage gehalten, der Klägerin allen unmittelbaren und mittelbaren Schaden zu ersetzen, der ihr durch seine teilweise Unterlassung der Vertragserfüllung entstanden ist (§§ 276, 325 BGB.; vgl. auch **RG. 54** 98 ff., 286 ff., **57** 114 ff., **67** 5 ff.).

3. SächsRpflA. **13** 28 Nr. 5b (Dresden). In der bloßen Säumnis mit Bezahlung der fälligen Kaufpreise für Teillieferungen bei einem Sukzessivlieferungsvertrage kann die Gefährdung des Zweckes eines Sukzessivlieferungsvertrags noch nicht gefunden werden, selbst wenn sie wiederholt eingetreten und vom Käufer verschuldet ist. Es liegt auch dann gar kein Anlaß zu einer entsprechenden Anwendung von § 326 BGB. vor, weil ja jeder Verzug des Käufers mit einer einzelnen fälligen Kaufpreiszahlung für den Verkäufer schon unmittelbar die im § 326 BGB. vorgesehenen Rechte begründet. Jedenfalls würde aber, wenn man in der unpünktlichen Zahlungsweise des Käufers beim Sukzessiv-

lieferungsvertrag eine den Vertragszweck gefährdende positive Vertragsverletzung erblicken wollte, im vorliegenden Falle um deswillen auch bei entsprechender Anwendung des § 326 BGB. nicht zur Anerkennung eines Rücktrittsrechts des Beklagten wegen solcher Zahlungsweise zu gelangen sein, weil es der Beklagte bei den angeblichen weiteren Zahlungsverzögerungen der Klägerin nach seinem eigenen Anführen dieser nicht wieder, wie dies § 326 vorschreibt, Nachfrist zur Zahlung unter Androhung des Rücktritts bestimmt hat.

III. Fristsetzung. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2980. Die Setzung einer Nachfrist zur Auflassung muß einen bestimmten Vorschlag über die Festsetzung des Auflassungstermins enthalten; bloße Aufforderung, binnen bestimmter Frist die Auflassungsgrundlagen beizuschaffen, genügt nicht.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2257. Die Drohung, sich am offenen Markte zu decken, wenn nicht bis zu einem bestimmten Tage Nachricht über den Zeitpunkt der Lieferung gegeben sei, kann nicht als eine genügende Fristbestimmung im Sinne des § 326 BGB. angesehen werden.

3. **RG.** R. **13** Nr. 2258. Hat der Käufer den in Schuldnerverzug befindlichen Verkäufer zu einer bestimmten Erklärung über seine Lieferungsbereitschaft aufgefordert mit dem Bemerken, er betrachte eine Nichtbeantwortung seiner Aufforderung als eine ernstgemeinte Erfüllungsweigerung, so kann ein etwaiges Schweigen des Verkäufers noch nicht unbedingt als Erfüllungsweigerung gelten. Es kommt vielmehr auch hier auf die Umstände des Einzelfalls an.

4. Inhalt der Fristsetzung bei Auflassungsverzug. **RG.** JW. **13** 856 Nr. 3. Die Auflassung ist ein Rechtsakt, der nur bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile an Gerichtsstelle vorgenommen werden kann (§ 925 BGB.). Er erfordert in gleicher Weise eine Tätigkeit dessen, der die Auflassung erklären, wie desjenigen, welcher sie annehmen soll. Da keine Partei von der anderen erwarten kann, daß sie sich während der ganzen Frist auf dem Grundbuchamt aufhält, und innerhalb derselben jeden Augenblick zu der ihr obliegenden Mitwirkung bereit ist, so hat das RG. in ständiger Rechtsprechung, von der abzuweichen kein Anlaß vorliegt, daran festgehalten, daß der Fristsetzende nur dann dem § 326 Abs. 1 aaO. genügt, wenn er den Säumigen zugleich zu einem bestimmten Auflassungstermin einladet oder ihm dessen Bezeichnung innerhalb der Frist ausdrücklich überläßt und sich mit der Wahl des Tages im voraus einverstanden erklärt, oder ihn auffordert, innerhalb der Frist sich mit ihm über den Auflassungstag zu einigen (vgl. JW. **03** Beil. 214/215, SeuffA. **59** Nr. 231, **RG. 66** 430 ff., **69** 103 ff., und das Urt. des **RG.** vom 15. März 1905, Rep. V. 419/04).

IV. Wegfall der Fristsetzung. 1. **RG.** JW. **13** 918 Nr. 3. Im Interesse der Klarheit und der Sicherheit des Rechtsverkehrs muß an dem Erfordernisse der Fristbestimmung festgehalten werden, sofern nicht die Umstände es als ausgeschlossen erscheinen lassen, daß der im Verzuge befindliche Vertragsteil, wenn er durch Setzung einer Nachfrist vor die Frage gestellt wird, ob er die Folgen des § 326 Abs. 1 auf sich nehmen oder durch nachträgliche Erfüllung diese von sich abwenden soll, sich zu der letzteren Alternative entschließen werde. Die einfache Ablehnung der Erfüllung, namentlich wegen Differenzen über den Vertragsinhalt, genügt zur Annahme einer endgültigen Erfüllungsverweigerung nicht (vgl. **RG. 66** 421, **67** 319).

2. **RG.** LeipzZ. **13** 65 Nr. 11. Nach feststehender Rechtsprechung des RG. kann zufolge sinngemäßer Anwendung des § 326 BGB. ohne vorherige Androhung und Fristsetzung der Rücktritt vom Vertrage wegen positiver Vertragsverletzung erklärt werden, wenn diese von solcher Bedeutung ist, daß durch sie die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird.

3. **RG.** WarnE. **13** 239 Nr. 192. „Die Klägerin weigert unbedingt die fernere

Vertragserfüllung und erklärt zugleich in dem Vorschlage des Abschlusses eines neuen Vertrags für die Zeit nach dem 31. Dezember 1909, daß sie von dieser Weigerung der Vertragserfüllung für die Dauer ihrer Zugehörigkeit zum Syndikate, also bis zum 1. Januar 1910, nicht abgehen könne und werde." In dieser Erklärung hat die Klägerin sich nicht nur klar und unzweideutig vom Vertrage losgesagt, sondern auch ebenso deutlich ausgesprochen, daß sie, weil der Syndikatsvertrag ihr die Einhaltung des Vertrags verbiete, die Setzung einer Frist zur Erfüllung nicht begehre und von einer ihr gesetzten Frist Gebrauch nicht machen werde; ihre Weigerung hat damit einen Verzicht auf eine Fristbestimmung enthalten und solche zwecklos und überflüssig gemacht und dadurch den Beklagten berechtigt, seinerseits ohne vorherige Setzung einer Frist für die Erfüllung gemäß § 326 BGB. zu erklären, daß er die Annahme der Leistung ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange (vgl. **RG. 51** 349, **52** 152, **53** 166, **56** 233, **57** 113, **66** 419).

V. Schadensersatzanspruch. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 859. Wer in Anwendung des § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt, kann zwar nicht das Geleistete zurückfordern, wohl aber kann er als mindesten Schaden Ersatz des Wertes des Geleisteten begehren.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2981. Die Rechtslage des vertragstreuen Teiles darf durch das unberechtigte Sichlossagen des Gegners vom Vertrage nicht verschlechtert werden. Insbesondere bleibt dem vertragstreuen Teile die freie Entschließung darüber, ob und wann er zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung übergehen will. Ist dadurch, daß der vertragstreue Teil zunächst auf Vertragserfüllung bestanden hat, der später berechnete Schaden höher geworden, so kann von einem zur Entstehung des Schadens mitwirkenden Verschulden des vertragstreuen Teiles nicht gesprochen werden. Ein solches mitwirkendes Verschulden kann vielmehr erst für die Zeit in Frage kommen, nachdem der vertragstreue Teil erklärt hat, daß er statt Erfüllung Schadensersatz verlange (**RG. 57** 106).

3. **RG.** R. **13** Nr. 1716. Zur Berechnung des Schadens gemäß § 326 BGB. ist die Vermögenslage des Gläubigers, wie sie sich infolge Nichterfüllung des Vertrags gestaltet hat, mit der Vermögenslage, wie sie sich bei Erfüllung des Vertrags gestaltet haben würde, zu vergleichen.

4. **RG.** LeipzZ. **13** 293 Nr. 16. Erfolgt nicht Rücktritt, sondern wird in Ausübung des Wahlrechts des § 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert, so tritt an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Teile der Anspruch der vertragstreuen Partei auf Ersatz des Schadens dafür, daß der Vertrag so, wie vereinbart, infolge Verzugs des anderen Teiles nicht zur Erfüllung gelangt. Der ganze gegenseitige Vertrag wandelt sich in einen einseitigen Anspruch des nicht säumigen Vertragsteils gegen den säumigen auf Schadensersatz; der ursprüngliche Erfüllungsanspruch ist ausgeschlossen (vgl. **RG. 50** 255, **61** 348).

5. **RG.** JW. **13** 595 Nr. 8, R. **13** Nr. 1267. Die Schadensersatzrechnung hat von dem Grundsatz auszugehen, daß der Ersatzberechtigte dafür zu entschädigen ist, daß er die ihm geschuldete Leistung nicht in ihrer vollen vertragsmäßigen Beschaffenheit gegen die ihm obliegende Gegenleistung erhalten hat. Das RG. hat in **RG. 58** 177 diesen Satz ausgesprochen, als es sich um die Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung beim Werkvertrage handelte. Es hat aber dort bereits darauf hingewiesen, daß sich dieser Satz im Einklange mit dem Schadensersatzbegriffe befindet, der sich gerade auf Grund des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB. in dem grundlegenden Urt. in **RG. 50** 255 ff. entwickelt findet. Mit anderen Worten: Es ist bei der Schadensersatzberechnung davon auszugehen, daß sich die beiderseitigen Leistungen nach dem Parteiwillen als gleichwertig einander gegenüberstehen. Der Käufer hat den vereinbarten Preis bewilligt, um die Gegenleistung zu erhalten. Erhält er diese Gegenleistung nicht, so muß ihm das vergütet werden, was er ver-

geblich hingegeben und aufgewendet hat, um die Gegenleistung zu erhalten. Das ist sein geringster Schaden.

6. HansGZ. **13** Beibl. 3 Nr. 2 (Hamburg). Die sog. Differenztheorie (**RG. 50** 262, **66** 361, JW. **02** Beil. 230) kann bei Ansprüchen aus einem Sukzessivlieferungsgeschäfte stets nur mit Rücksicht auf die Einzellieferung zur Anwendung kommen, welche die Grundlage des Ersatzanspruchs bildet. Bezieht sich der Klaganspruch auf eine andere Einzellieferung als die Einrede des Beklagten, so greifen die Regeln der Aufrechnung Platz.

VI. Geltendmachung des Ersatzanspruchs. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 381 Nr. 14. Zwar ist die Ausübung des im Falle des § 326 BGB. durch den Fristablauf entstandenen Rücktrittsrechts grundsätzlich nicht an eine bestimmte Zeit gebunden und namentlich nicht davon abhängig, daß sofort von dem Rechte Gebrauch gemacht wird. Das schließt aber nicht aus, daß der späteren Ausübung ein Verhalten des Gläubigers entgegensteht, das bei einer Treu und Glauben und der Verkehrssitte entsprechenden Beurteilung als ein Verzicht auf das etwa entstandene Recht aufzufassen ist.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1717. Ist eine Klage unter Berufung auf Unmöglichkeit und Verweigerung der Vertragsleistung auf Vertragsrücktritt gegründet, so ist es keine Klagänderung, wenn hinterher der Kläger auch eine Fristsetzung heranzieht und für sich verwertet.

Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

Literatur. Oertmann, Verträge auf Handlungen dritter Personen, Festschrift für Ernst Zitelmann zu seinem 60. Geburtstage. München und Leipzig 1913.

§ 328. 1. Oertmann erörtert den Unterschied zwischen Verträgen auf Leistung eines Dritten und Verträgen durch einen Dritten. Jener will eine Leistung herbeiführen, die tatsächlich wie rechtlich eine solche des Dritten ist, und der Versprechende übernimmt für jene lediglich die Garantie. Bei diesem dagegen steht eine Leistung des Versprechenden selbst in Frage, und er erhält nur, je nachdem, das Recht oder auch die Pflicht, diese seine Leistung durch den Dritten als seinen Vertreter vornehmen zu lassen. Die Leistung des Dritten ist dabei also indirekte, mittelbare Leistung des Versprechenden (6).

2. **RG. 82** 99, R. **13** Nr. 1435. Ein Vertrag über die Leistung an einen Dritten ist nur dann gegeben, wenn die Leistung, die der eine Vertragschließende ausbedingt, von dem anderen Vertragschließenden an einen Dritten, der nicht an dem Vertragschlusse teilnimmt, bewirkt werden soll. Nimmt der sog. Dritte an dem Vertragschlusse selbst teil, läßt er auch selbst sich die Leistung versprechen, so fällt damit die Eigenschaft des Vertrags als eines Vertrags zugunsten eines Dritten im technischen Sinne weg.

3. **RG.** JW. **13** 426 Nr. 3, SächsRpflA. **13** 247, R. **13** Nr. 824. Aus der Akkreditierung erwirbt der Kreditsucher noch nicht ohne weiteres einen Anspruch gegen die Bank, die das Akkreditierungsschreiben empfangen und den Auftrag zur Kreditgewährung der beauftragenden Bank gegenüber angenommen hat.

4. **RG. 81** 41, JW. **13** 198 Nr. 9. Beim Dienstvertrage kann Leistung des Gehalts an einen anderen als den Dienstverpflichteten bedungen werden; Pfändung ist in solchem Falle ausgeschlossen; ein solcher Vertrag mit der Frau des Dienstverpflichteten verstößt nicht gegen die guten Sitten.

5. Kisch, R. **13** 318. Die Fremdversicherung ist ein Vertrag zugunsten Dritter.

6. **RG. 80** 175. Im Gründungsvertrag einer GmbH. kann unter Zustimmung aller Gesellschafter rechtswirksam vereinbart werden, daß der Geschäftsanteil eines Gesellschafters mit dessen Tode nicht seinen Erben, sondern Dritten zustehen soll.

7. *Dickel, Rechtsfälle, Heft 1, Erläuterungen 335 nimmt an, daß ein Vertrag zugunsten Dritter vorliege, wenn die Mietverträge eines Hauseigentümers mit seinen Mietern eine bestimmte Hausordnung enthalten.

§ 329. 1. **RG.** JW. **13** 324 Nr. 9, WarnE. **13** 168. Erfüllungs- oder Schuldübernahme setzen voraus, daß der Übernehmer ein Dritter ist, nicht der Schuldner selber.

2. **RG.** WarnE. **13** 486. Es kann nicht gerade als abwegig bezeichnet werden, wenn man die Erfüllungsübernahme im weiteren Sinne der kumulativen Schuldübernahme zuzählt.

3. Moses, BadRpr. **13** 124. Der Schuldner kann seinen Anspruch gegen den zur Erfüllung Verpflichteten nicht an den Gläubiger abtreten.

Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

§ 339. 1. *Heymann, Verschulden beim Erfüllungsverzuge. Trotz Wegbedingung bzw. Entbehrlichkeit der Verzugsvoraussetzungen, insbesondere des Verschuldens, wird man den Eintritt der Konventionalstrafe — und entsprechend den Eintritt der Verzugsfolgen bei Nichterfüllung — wegen einer Unterlassungspflicht doch annehmen müssen, wenn die Zuwiderhandlung unverschuldet unter Zwang, Bewußtlosigkeit, hypnotischer Suggestion oder Geisteskrankheit erfolgt. Entsprechend bei Nichtvornahme einer positiven Erfüllungshandlung in der gleichen unverschuldeten Zwangslage. Anders aber in beiden Fällen, wenn die Verschuldung nicht bloß für den Verzug, sondern auch für die Unmöglichkeitsfälle fortbedungen ist. Denn die erwähnten Zwangslagen stellen Fälle subjektiver Unmöglichkeit der Vertragserfüllung dar. Ob sich eine Wegbedingung der Verzugsvoraussetzungen auf die Unmöglichkeitsfälle mitbezieht, ist Auslegungsfrage; bei einem ganz allgemeinen Garantieversprechen wird die Unmöglichkeit mitumfaßt sein. Mangels abweichender Bestimmung wird aber durch eigenes Verschulden des Gläubigers der Schuldner stets befreit (vgl. o. zu § 285 Ziff. 1).

2. **RG.** WarnE. **13** 372 Nr. 311. Der V. Sen. hält an dem in **RG. 55** 79 ausgesprochenen Grundsatze fest, daß, wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, die Strafe mit der Zuwiderhandlung verwirkt ist ohne Rücksicht darauf, ob den Schuldner ein Verschulden trifft.

3. **RG.** R. **13** Nr. 3111. Die Übertretung eines Konkurrenzverbots kann auch dann vorliegen, wenn die Preise der beanstandeten Konkurrenz nicht günstiger als diejenigen des geschützten Geschäfts sind.

4. **RG.** R. **13** Nr. 3112. Bei der Beurteilung, ob ein Konkurrenzgeschäft vorliegt, kommt es auf den Charakter des geschützten Geschäfts bei Vereinbarung des Verbots nur im allgemeinen an.

5. R. **13** Nr. 1581 (Stuttgart). Schon bei der Kündigung muß feststehen, ob der Angestellte an das Wettbewerbsverbot gebunden bleibt oder nicht (vgl. **RG. 59** 127 zu § 75 HGB.). Daraus ergibt sich aber nicht, daß der Kündigungsgrund ausdrücklich angegeben werden muß; vielmehr genügt es, wenn dem Angestellten bei der Kündigung bekannt war, daß Unzufriedenheit mit ihm den Dienstherrn zur Kündigung bestimmt hat, und welche Ursachen der Unzufriedenheit zugrunde lagen (vgl. **RG.** 12. 1. 11, HoldheimsMSchr. **11** 98).

6. *Raape, Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung 72 ff., erörtert die Grenze von Strafversprechen und Verfallklausel (vgl. den Bericht zu § 1229).

§ 340. **RG.** JW. **13** 319 Nr. 5, LeipzZ. **13** 393, R. **13** Nr. 484, 485. Der Anspruch auf die Vertragsstrafe wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger zunächst Erfüllung verlangt und die Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs betrieben hat. Es ist also auch kein Grund ersichtlich, weshalb der Schuldner durch die

Verurteilung zur Zahlung einer Geldstrafe gemäß § 890 ZPO. von der Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe frei geworden sein sollte.

§ 341. 1. *Plum, Ein Fallstrick für den Gläubiger einer Vertragsstrafe, JW. **13** 299. Die Rechtsprechung des RG., wonach die Vertragsstrafe wörtlich bei der Annahme vorbehalten werden muß, ist zu eng. Sie widerspricht dem Zwecke des Gesetzes. Wortlaut und Entstehungsgeschichte werden vom RG. mit im ganzen unzutreffenden Erwägungen für seinen Standpunkt verwertet. § 341 Abs. 3 ist, wie das RG. die entsprechenden §§ 464 und 640 richtig auslegt, freier auszulegen. Das Unhaltbare des jetzigen Zustandes der Auslegung tritt am augenfälligsten in die Erscheinung, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die wirtschaftlichen Zusammenhänge eines Falles so sein können, daß zu ihrer rechtlichen Beurteilung § 341 Abs. 3 und § 464 oder § 640 nebeneinander anzuwenden sind.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2982. Das Versprechen einer Entschädigung von 5 pCt. für den Fall der Nichtübertragung versprochener Lieferungen kann nach den Umständen auch eine Vertragsstrafe neben dem Verdienstentgange bedeuten.

3. **RG.** JW. **13** 319 Nr. 5. Die Vertragsstrafe hat nicht Strafcharakter, vielmehr besteht ihr Wesen darin, daß sie die doppelte Funktion hat, einmal als Zwangsmittel gegen den Schuldner zu dienen, sodann dem Gläubiger die Interesseforderung zu erleichtern und zu sichern.

§ 343. Literatur: Oertmann, Zur Lehre von der Vertragsstrafe, R. **13** 186 ff. — Reichel, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung, Leipzig 1913.

1. Oertmann. Bei „Beurteilung der Angemessenheit" ist das berechtigte Interesse des Gläubigers in Betracht zu ziehen. Und zwar jedes berechtigte Interesse, nicht bloß das Vermögensinteresse. Nicht weniger, aber auch nicht mehr. Da nun der Strafgedanke im Gegensatze zu dem des Interesseersatzes darauf beruht, daß dem zu Bestrafenden ein positives Übel zugefügt werden soll, ist für seine Berücksichtigung im Rahmen des § 343 kein Raum, — die Vertragsstrafe des BGB. soll restlos dem Gläubiger zum Nutzen, nicht dem Schuldner zum Leide dienen. Für irgendwelche Strafzwecke oder auch nur Strafzusätze ist in ihrem Bereiche kein Raum. Es macht im Sinne der Rechtsidee sicherlich keinen Unterschied, daß die über den Interesseschutz hinausgehende Vertragsstrafe erst besonders herabgesetzt werden muß und die Herabsetzung der bereits entrichteten ausgeschlossen ist. Denn das beruht nur auf rechtstechnischen Erwägungen, nicht auf grundsätzlichen. Der innere Grund für die Herabsetzbarkeit ist selbstverständlich in der Bestimmungswidrigkeit der über den erforderlichen Interesseschutz hinaus angesetzten Strafe zu finden, ebenso wie der innere Grund für die Anfechtbarkeit nach § 119 darin, daß der Willenserklärung der Geschäftswille (die Geschäftsabsicht) nicht entsprach. Der Unterschied zwischen der elektiven und der kumulativen Vertragsstrafe beruht daher nur auf folgendem Gesichtspunkte: jene soll das gesamte ökonomische wie außerökonomische Interesse des Gläubigers erfassen, während die kumulative nur den Teil des Interesses zu decken berufen ist, der durch den danebenherlaufenden Anspruch auf Erfüllung oder Erfüllungsinteresse noch nicht befriedigt wird. Daraus ergibt sich eine Anzahl von praktischen Folgerungen: auf der einen Seite hat der die Angemessenheit der kumulativen Vertragsstrafe untersuchende Richter ins Auge zu fassen, daß sie eben nur den über das ökonomische Moment hinausgehenden Teilbetrag des dem Gläubiger zu ersetzenden Gesamtinteresses ausmacht; er wird und muß also das Quantum des Angemessenen entsprechend niedriger ansetzen, als er es bei einer nur elektiven Vertragsstrafe zu tun hätte. Dadurch vermindert sich die tatsächliche Bedeutung des Gegensatzes der beiden hier unterschiedenen Arten der Vertragsstrafe in erheblichem Maße, und der unmittelbar praktische Wert der entwickelten Gedankenreihen tritt klar zutage. Eine völlige Verwischung des Gegensatzes soll damit freilich nicht vollzogen werden. Er bleibt schon deshalb bestehen, weil nur die kumulative Vertrags-

strafe den Gläubiger in den Stand setzt, sein durch die Vertragswidrigkeit des Schuldners verletztes außerökonomisches Interesse (z. B. er hat wegen der Säumnis des Vermieters oder Möbelhändlers seine Hochzeit aufschieben müssen) zu verfolgen, ohne doch den Anspruch auf die Erfüllung selbst zu verlieren. Auf der anderen Seite kommt es aber dem Gläubiger zugute, daß auch die kumulative Vertragsstrafe restlos auf Interesseersatz gerichtet ist. Es soll nur kurz auf zwei Punkte hingewiesen werden: Im Konkurse können zwar Vertragsstrafen geltend gemacht werden (§ 62 Ziff. 2 KO.), aber nicht auch wahre Geldstrafen (§ 63 Ziff. 3 aaO.). Das muß nach dem obigen auch von der kumulativen Vertragsstrafe gelten, wie bereits das **RG.** III. vom 28. Juni 1901, **49** 191 Nr. 45 zutreffend entschieden hat, allerdings ohne durchschlagende Begründung. Denn wenn wirklich eine solche Vertragsstrafe, wie es in der Überschrift zu diesem Erkenntnisse formuliert wird, eine „wahre Strafe wäre", ließe sich ihre Geltendmachung im Konkurse nach § 63 aaO. m. E. schwerlich rechtfertigen. Ferner können nach § 134 b Ziff. 5 GewO. die in den Arbeitsordnungen festgesetzten Vertragsstrafen an den Arbeitgeber fallen. Dagegen echte Strafen müssen zum besten der Arbeiter verwendet werden (§ 134 b Abs. 2). Ist das hier über die Natur der kumulativen Vertragsstrafe Gesagte richtig, so unterliegt sie zweifellos der ersteren Behandlungsweise.

2. Marcus, KGBl. **13** 31, wirft die Frage auf, ob bei satzungsmäßigen Strafauflagen der Aktiengesellschaften im Falle des § 212 HGB. die §§ 343 BGB., 341 HGB. zur Anwendung kommen.

3. **RG.** R. **13** Nr. 1115. Vom Reugeld und der Verwirkungsklausel (§§ 359, 360 BGB.) unterscheidet sich die Vertragsstrafe dadurch, daß nicht lediglich die Vertragsbindung wegfällt, sondern eine neue Verbindlichkeit entsteht.

4. Angemessenheit. **RG.** HansGZ. **13** 10. Bei der Beurteilung der „Angemessenheit" nach § 343 BGB. ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers in Betracht zu ziehen. Die Strafe ist nicht zu hoch, wenn sie das mögliche Interesse des Gläubigers nicht übersteigt. Das objektiv mögliche Erfüllungsinteresse des Gläubigers ist mit dem ausbedungenen Strafbetrage zu vergleichen. Konnte „der Vertragsbruch den Schaden in Höhe der Vertragsstrafe voraussichtlich herbeiführen, dann ist das Recht auf Herabsetzung nicht schon deshalb gegeben, weil der Vertragsbruch solchen Schaden tatsächlich nicht veranlaßt hat" — **RG.** III. 72/07, SeuffA. **63** Nr. 38 (vgl. Planck, Erl. 2 a; Oertmann, Anm. 2 zu § 343 BGB.).

5. Beweislast. **RG.** HansGZ. **13** 10 Nr. 6. Der Beweis, daß die Strafe übermäßig hoch sei, liegt dem Schuldner ob (vgl. auch Planck, Erl. 3 zu § 343). Der Beklagte hat also auch zu beweisen, daß das Interesse des Klägers niedriger zu bewerten ist.

6. Keine Herabminderung zur Verwirkung. **RG.** WarnE. **13** 273, R. **13** Nr. 1436. Die Herabminderung der Strafe ist erst nach ihrer Verwirkung möglich. Die Herabminderung vor ihrer Verwirkung kann auch nicht auf dem Wege der Feststellungsklage geschehen.

7. Entrichtung. **RG.** JW. **13** 487 Nr. 7, R. **13** Nr. 1116. Daß der Gläubiger auf Grund der im Vertrage getroffenen Festsetzung erklärt, die Anzahlung als Strafe verwenden und behalten zu wollen, läßt die Strafe noch nicht als „entrichtet" erscheinen. Die Entrichtung erfordert eine Handlung des Schuldners, und die Wirkung aus Satz 3 des § 343 tritt — Urt. des erk. Sen. vom 29. Januar 1908, V. 238/07 — nur dann ein, wenn nachträglich und in Anerkennung der Verpflichtung der Schuldner die Leistung bewirkt. Dann und nur dann ist auch anzunehmen, daß auf das Recht der Herabsetzung der Strafe verzichtet wird.

8. *Reichel. Der Herabsetzungsanspruch konstruiert sich als condictio indebiti promissi unter Ausschluß der condictio indebiti soluti.

§ 345. **RG.** LeipzZ. **13** 382 Nr. 16, WarnE. **13** 281. Zu den dem Kläger den Beklagten gegenüber obliegenden Vertragsverpflichtungen gehörte es, daß er die Beklagten über die Rechtslage aufklärte und ihre Zustimmung einholte. Daß er diese Verpflichtung erfüllt hat, ist daher von dem Kläger zu beweisen; nicht liegt den Beklagten der Beweis dafür ob, daß der Kläger seine Verpflichtungen nicht erfüllt habe. Diese Auffassung über die Beweislast liegt den Vorschriften des BGB. zugrunde. Die Mot. I 383 heben zutreffend hervor, der richtige Satz, daß, wenn besondere, kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts an die Nichterfüllung eines positiven Schuldverhältnisses geknüpfte Rechtsfolgen geltend gemacht werden, der Gläubiger nicht die Nichterfüllung, sondern der Schuldner die Erfüllung zu beweisen habe, habe in den §§ 425, 434 Abs. 2 (jetzt §§ 345, 358 BGB.) Berücksichtigung gefunden. Die Meinung, daß der Schuldner für die Erfüllung nicht allein dann beweispflichtig ist, wenn sie sich auf den Anspruch bezieht, dessen Erfüllung der Gläubiger verlangt, sondern auch dann, wenn sie sich auf einen anderen Anspruch bezieht, dessen Nichterfüllung Voraussetzung des von dem Kläger geltend gemachten Rechtes ist, wird von der Rechtslehre und Rechtsprechung überwiegend als richtig anerkannt (vgl. Beckh, Die Beweislast 229; **RG. 41** 220).

Fünfter Titel. Rücktritt.

§ 346. *Oertelt, Zwei Fragen zum Bereicherungsrechte, SeuffBl. **13** 537—543. Dem kraft Rücktritts berechtigten Schuldner, der vor Ausübung des Rücktritts an den Zessionar des Gläubigers geleistet hat, steht gegen den neuen Gläubiger nur der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu. Der Rückgewährsanspruch aus § 346 BGB. geht allein gegen den alten Gläubiger.

§ 347. 1. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 817. Hat einer der beiden am Rücktritte Beteiligten es unterlassen, die Sache ordnungsgemäßer Wirtschaft entsprechend unter Versicherung zu bringen, so haftet er für den hieraus entstehenden Schaden.

2. **RG.** BayRpflZ. **13** 441. Ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht geht dadurch verloren, daß der Berechtigte es nicht binnen einer angemessenen Frist ausübt.

§ 350. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 817. Da es sich um einen obligatorischen Anspruch handelt, so kann gegebenenfalls die Herausgabe der Versicherungssumme verlangt werden (vgl. § 281 BGB.).

§ 351. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2856. Ist die Zwangsversteigerung eines zurückzugebenden Hauses zwar durch Nichtzahlung der Hypothekzinsen herbeigeführt, der Käufer aber von vornherein über die Unmöglichkeit der Deckung dieser Zinsen aus den Erträgnissen getäuscht worden, so trifft das überwiegende Verschulden an der Versteigerung den Verkäufer.

2. R. **13** Nr. 1117 (Stuttgart). Ist Pflanzensamen mangelhafter Art geliefert und weiter veräußert, so steht der Umstand der Wandlung nicht entgegen, daß die Abnehmer bei Entdeckung der Minderwertigkeit die Pflänzlinge vernichtet haben. Die Gewinnung der Pflanzen aus Samen muß solchenfalls der Spezifikation gleichstehen. Die Rechte des § 351 werden auf die neue Sache nicht übertragen.

§ 355. 1. **RG.** WarnE. **13** 485, R. **13** Nr. 2857. § 355 greift auch dann Platz, wenn das Rücktrittsrecht im Vertrage nicht bedingungslos eingeräumt, sondern an gewisse Bedingungen, wie die Nichterfüllung der Vertragspflichten des anderen Teiles geknüpft ist.

2. **RG.** JW. **13** 918 Nr. 4, SächsRpflA. **13** 374 Nr. 16. Es liegt in der Natur der Sache, daß mangels anderweitiger Vereinbarung nur bei dem vertragsmäßigen Rücktritte das Reugeld verfallen ist, nicht aber in anderen Fällen, in denen der Vertrag aus irgendeinem Grunde hinfällig wird. Steht dem nach dem Vertrage zum Rücktritte Berechtigten z. B. das gesetzliche Rücktrittsrecht nach § 326 BGB. zu, so kann er auf Grund dieser Vorschrift, ohne zur Zahlung eines Reugeldes verpflichtet zu sein,

die Aufhebung des Vertrags herbeiführen. Noch weniger kann von einer Verpflichtung zur Reugeldzahlung die Rede sein, wenn der vertragsgemäß zum Rücktritte Berechtigte den Vertrag für nichtig erklärt; die Ausübung des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts setzt einen gültigen Vertrag voraus; ist der Vertrag und damit auch die Reugeldabrede nichtig, so fehlt überhaupt jede rechtliche Grundlage für einen Anspruch auf Zahlung des Reugeldes.

§ 360. RG. R. **13** Nr. 2858. Hat als Entgelt für die Bindung an ein Vertragsangebot der andere Teil Verpflichtungen übernommen und ist vereinbart, daß dieser Teil bei Nichterfüllung der übernommenen Verpflichtungen seiner Rechte aus dem Vertragsantrag verlustig gehen solle, so tritt gegebenenfalls diese Rechtswirkung für gewöhnlich nicht von selbst ein, sondern es erwächst dem Antragenden lediglich ein Rücktrittsrecht.

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Erfüllung.

§ 362. 1. KGJ. **44** 292. Grundsätzlich erlischt eine Forderung durch ihre Vereinigung mit der Schuld in einer Person. Das Erlöschen tritt jedoch dann nicht ein, wenn es einem an der Forderung bestehenden dinglichen Rechte nachteilig wäre; zugunsten dieses Rechtes wird die Forderung als fortbestehend behandelt.

2. *v. Rottenburg, Die Übereignung als lukratives Rechtsgeschäft (Diss.): Zur Erfüllung einer auf Eigentumsübertragung gerichteten Obligation ist neben der Übereignung ein besonderer Rechtsakt, eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Schuldners erforderlich, nicht aber ein Willensakt des Gläubigers; auf seiner Seite genügt Annahme der Übereignung. Letztere ist dennoch nicht ein Verfügungsakt über die Forderung, sie bezieht sich nur auf den Eigentumsübergang. Dagegen hat die Entgegennahme der einseitigen Erfüllungserklärung verfügenden Charakter, ohne ein Verfügungsakt zu sein: sie ist nur wirksam, wenn der Empfänger Verfügungsmacht über die Forderung hatte. Ist die Übereignung der Obligation nicht konform, so ist ein Erfüllungsvertrag erforderlich. Die Erfüllung ist Zweck der Übereignung, berührt aber deren Gültigkeit nicht.

3. HansGZ. **13** Beibl. 48 Nr. 31 (Hamburg). Der Kläger selbst hat vorgetragen, auf den von ihm dem Beklagten übersandten Rechnungen und Briefen finde sich die Angabe seines Bankkontos. Mit einer derartigen Angabe bringt der Gläubiger sein Einverständnis damit zum Ausdrucke, daß seine Forderung statt in der vom Gesetze vorgeschriebenen Weise durch Bankabschreibung oder durch Einzahlung bei seiner Bank beglichen werde. Diese Begleichung der Forderung nun ist dann eingetreten, wenn die Bezahlung oder — im Falle der Abschreibung — die Überweisung bei der Bank des Gläubigers eingegangen ist, und zwar selbst dann, wenn diese Bank dem Gläubiger keine Nachricht zugehen läßt oder selbst versehentlich die Buchung des Einganges auf seinem Konto versäumt. Denn mit dem Eingange des Geldes oder der Überweisung bei seiner Bank entsteht für den Gläubiger eine Forderung gegen jene, und mehr zu tun, als dem Gläubiger gegen dessen Bank eine Forderung zu verschaffen, ist dem Schuldner im Regelfalle nicht möglich; auf den Geschäftsgang innerhalb der Bank seines Gläubigers hat er keinen Einfluß.

Dementsprechend muß also auch der im Verkehr übliche Vermerk auf den Rechnungen und Briefen des Gläubigers verstanden werden.

§ 363. RG. LeipzZ. **13** 143 Nr. 12. Zur Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363 BGB. gehört nicht mehr als der dem Verkäufer erkennbar betätigte Wille des Käufers, die ihm zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergebene Sache als Erfüllung des Kaufes gelten zu lassen; **RG. 66** 282, **57** 400; vgl. Staub § 377 Anm. 128.

§ 364. **RG.** LeipzZ. **13** 293 Nr. 18. Wie das RG. in ständiger Rechtsprechung (**RG. 53** 419, **59** 192, **65** 81) angenommen hat, wird durch die Zession erfüllungshalber dem Zessionar ein Mittel verschafft, sich aus der abgetretenen Forderung Befriedigung zu verschaffen, durch sie tritt eine Änderung des zwischen dem Zedenten und dem Zessionare bestehenden Schuldverhältnisses nur insoweit ein, als letzterer verpflichtet wird, zunächst aus der abgetretenen Forderung mit verkehrsüblicher Sorgfalt seine Befriedigung zu suchen und den eingegangenen Betrag dem Zedenten gutzuschreiben; es erlischt erst im Falle des Einganges der abgetretenen Forderung oder sonstiger Befriedigung des Zessionars das bisherige Schuldverhältnis, und es bleibt dem Zessionar unbenommen, im Falle die abgetretene Forderung aus irgendeinem Grunde uneinziehbar ist, die Forderung aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse geltend zu machen (**RG. 65** 81). Die Zession zur Sicherheit enthält begrifflich einen Auftrag zur Einziehung und begründet ein Treuverhältnis zwischen dem Zedenten und dem Zessionar, das diesen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Verbindung mit den §§ 662 ff. BGB. verpflichtet, das Interesse des Zedenten wahrzunehmen (**RG. 59** 192).

§ 367. 1. **RG.** R. **13** Nr. 486. Allgemeine Vorauszahlungen auf Haftpflichtansprüche sind regelmäßig ohne Untterschied zwischen Erwerbsverlust und Kurkosten auf die schließlich zuerkannten Beträge anzurechnen; anders, wenn die Vorauszahlung für bestimmte Zwecke erfolgt.

2. **RG.** R. **13** Nr. 487. Auch Vorauszahlungen auf die Urteilssumme sind zunächst auf die Zinsen anzurechnen und daher je nach dem Leistungstage festzustellen.

§ 368. 1. KGJ. **44** 280. Der Vormund kann ohne Genehmigung des (Gegenvormundes) Vormundschaftsgerichts über den Empfang einer dem Mündel geschuldeten Leistung wirksam Quittung erteilen, wenn er dieser Genehmigung zur Annahme der Leistung nicht bedarf.

2. OLG. **26** 161 (KG.). Nach § 368 BGB. besteht wohl eine Pflicht für den Hypothekengläubiger, eine Quittung über den Empfang der Leistung zu erteilen; es besteht aber keine Pflicht für den Übernehmer der Hypothekenschuld, dem Schuldner diese Quittung zu beschaffen, wenn dies nicht besonders vereinbart ist.

3. Über *Siegel, AZivPr. **111** 1 ff. vgl. o. zu §§ 116 ff. BGB.

Zweiter Titel. Hinterlegung.

§ 380. WürttRpflZ. **6** 267 (Stuttgart). Auch wenn der Schuldner unter Verzicht auf die Rücknahme hinterlegt hat, kann der Gläubiger beim Vorliegen der Voraussetzung des § 380 BGB. von dem Schuldner die Erklärung der Einwilligung zur Ausbezahlung der hinterlegten Summe an ihn verlangen.

Dritter Titel. Aufrechnung.

§ 387 ff. I. Verweisung auf die Restforderung? **RG.** R. **13** Nr. 1718. Hat der Gläubiger nur einen Teil seiner Forderung eingeklagt, so kann der Beklagte gegenüber diesem Teilanspruche nicht mit einer Gegenforderung aufrechnen, wenn er schon vor der Klage die Aufrechnung gegenüber dem gesamten Anspruche des Klägers erklärt und entsprechend dieser Aufrechnungserklärung der Kläger nur den überschießenden Teil seiner Forderung eingeklagt hat.

II. Aufrechnung mit künftiger Forderung. **RG.** R. **13** Nr. 2983. Die Parteien können die Verrechnung mit einer künftigen Forderung vereinbaren.

III. **RG. 82** 273, R. **13** Nr. 1855. Ist der Nachlaß nach § 1990 BGB. herauszugeben, aber bereits in Geld umgesetzt, so ist gegenüber einer Geldforderung Gleichartigkeit gegeben und Aufrechnung statthaft.

IV. R. **13** Nr. 327 (Colmar). Unstatthaft ist die Aufrechnung des Fiskus mit seiner Gerichtskostenforderung gegen eine Forderung des Gerichtskostenschuldners an die staatliche Hinterlegungsstelle auf Herauszahlung dessen, was der zur Zahlung an ihn Verurteilte bei dieser Stelle auf Grund des § 372 BGB. hinterlegt hat.

§ 389. RG. JW. **13** 131 Nr. 7. Ungeeignet, die im § 389 BGB. bezeichnete Wirkung des Erlöschens der einander gegenüberstehenden Forderungen hervorzubringen, ist die Aufrechnung mit einem lediglich auf der vorläufigen Vollstreckbarkeit einer behördlichen Verfügung beruhenden, einer bloßen „formalen Zahlungsverbindlichkeit" entsprechenden Anspruch, also z. B. mit einem Steueranspruche, wenn die zugrunde liegende Steuerordnung ungültig ist.

§ 390. RG. R. **13** Nr. 21. Bei Steuern, insbesondere der Wertzuwachssteuer, hat die Veranlagung eine über die Geltendmachung eines sonstigen Anspruchs hinausgehende rechtbegründende Bedeutung insofern, als die Verpflichtung zur Entrichtung eines bestimmten Steuersatzes nicht schon dann entsteht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Steuerpflicht begründet sind, sondern erst dann, wenn der Steuerpflichtige zur Zahlung des bestimmten Steuersatzes aufgefordert, dazu veranlagt ist. Andererseits wird die Verpflichtung zur Entrichtung der Steuer in zivilrechtlicher Hinsicht nicht durch die Veranlagung allein, sondern nur dann begründet, wenn auch die gesetzlichen Voraussetzungen der Steuerpflicht gegeben sind. Diese sind daher, wenn eine Steuerforderung zur Aufrechnung gestellt wird, nachzuprüfen.

§ 394. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 294 Nr. 19. Soweit als Schadensersatz neben Ersatz für Erwerbsverlust auch Ersatz für Kurkosten gefordert wird, sind diese beiden Ansprüche nicht als zwei verschiedene Ansprüche zu betrachten, sondern nur als Teile eines Schadensersatzanspruchs, der sich nach verschiedenen Richtungen erstreckt. Zahlungen, die z. B. für bestimmte Heilungsversuche oder sonstige Kurzwecke geleistet, aber nicht dafür verwendet worden sind, sind an sich Teilzahlungen auf den ganzen einheitlichen Schadensersatzanspruch und dienen zugleich zur Befriedigung des Berechtigten wegen des Schadensersatzanspruchs überhaupt. Eine Aufrechnung mit einem Anspruch aus § 812 BGB. oder aus §§ 717, 945 ZPO. kann erst dann in Frage kommen, wenn die zu Unrecht geleisteten Zahlungen auf eine andere — weggefallene oder nie begründet gewesene — Forderung geschehen sind.

2. **RG.** R. **13** Nr. 22. Die Abrede in einem Heuervertrage, daß von der Heuer bestimmte Abzüge als Beiträge zu einer von der Reederei für ihre Angestellten eingerichteten Versicherungskasse eingehalten werden sollen, ist gültig. Es handelt sich hier nicht um eine Verfügung über die Lohnforderung, sondern um eine der Forderung von vornherein anhaftende Beschränkung.

3. GewG. **13** 131 Nr. 6 (LG. Dresden). Trotz des Aufrechnungsverbots ist eine in der Arbeitsordnung vorgesehene Lohnverwirkung zulässig.

4. GewG. **13** 136 Nr. 6 (KfmG. Breslau). Das Aufrechnungsverbot schließt auch die Einrede des Zurückbehaltungsrechts aus.

§ 395. RG. 82 232, JW. **13** 857 Nr. 4, R. **13** Nr. 1969. Unter „Kasse" im Sinne des § 395 ist eine Amtsstelle des Reichs oder eines Bundesstaats oder eines Kommunalverbandes zu verstehen, welche gewisse zur Verwendung für bestimmte Zwecke des Reichs usw. dienende Geldbestände selbständig verwaltet, insbesondere die zu den Geldbeständen bestimmungsgemäß fließenden Einnahmen entgegennimmt und die nach dem Zwecke der Geldbestände daraus zu bestreitenden Ausgaben bewirkt und über diese Einnahmen und Ausgaben amtliche Bücher führt. Nicht beizustimmen ist der Meinung des Berufungsrichters, daß als Kassen des Reichs im Sinne des § 395 BGB. lediglich die Zentralkassen der verschiedenen Ressorts, in die der Reichsfiskus behufs zweckmäßigerer und leichterer Verwaltung gegliedert sei, nämlich des Reichsmilitärfiskus, des Reichseisenbahnfiskus, des Reichspostfiskus usw., anzusehen seien, dagegen die im Interesse eines schnelleren Geschäftsganges von jedem Ressort

in verschiedener Stufenfolge abgezweigten, der Zentralinstanz nachgeordneten Unterbehörden soweit sie mit Geldverkehr befaßt seien, sich nicht als Kassen darstellten. Allerdings gilt in der Finanzverwaltung der Grundsatz fiskalischer Kasseneinheit, wonach sämtliche Einnahmen und Ausgaben im Haushalte des Staates in einer Kasse zusammengefaßt werden. Dieser Grundsatz bezieht sich jedoch nur auf die Durchführung der vollkommenen Staatseinheit. Für die Bestimmung des Begriffs „Kasse" im § 395 BGB. kann er nicht in Betracht kommen. Denn würde er hierfür maßgebend sein, so müßte angenommen werden, daß jeder Staat, ebenso das Deutsche Reich und jeder Kommunalverband nur eine Kasse habe, und dann wäre die Vorschrift im § 395 BGB. ohne Bedeutung.

§ 396. *Kiefersauer, Das Recht des Kontokorrents, Würzburger anerkannte Preisarbeit 1912. Grundsätzlich finden die Vorschriften des BGB. über die einseitige Aufrechnung keine Anwendung, wenn die Aufrechnung auf Grund eines Vertrags erfolgt. Insbesondere ist eine verhältnismäßige Aufrechnung mehrerer Kontokorrentforderungen gemäß §§ 396, 366 Abs. 2 BGB. ausgeschlossen; § 366 Abs. 2 BGB. setzt das Vorhandensein von Forderungen voraus, die sich durch Fälligkeit, Sicherheit, Lästigkeit und Alter unterscheiden. Eine Verschiedenheit in dieser Hinsicht besteht bei Kontokorrentforderungen nicht, da die Aktivseite ebenso wie die Passivseite eine Summerforderung und damit eine Einheit bildet (aM. **RG. 56** 20, **59** 192).

Vierter Titel. Erlaß.

§ 397. RG. 82 232, JW. **13** 427 Nr. 4, WarnE. **13** 330, R. **13** Nr. 2552. Allerdings ist der Erlaß ein sogenannter abstrakter, von seinem Rechtsgrunde losgelöster Vertrag. Hiermit ist aber nur gesagt, daß die ihm eigentümliche Wirkung, das Erlöschen des betreffenden Schuldverhältnisses, eintrete unabhängig von dem Rechtsgrund, auf dem er beruht, nicht dagegen, daß ihm ein Rechtsgrund nicht zugrunde liege oder, daß der Bestand des ihm zugrunde liegenden Rechtsgrundes oder das Rechtsgeschäft, durch das dieser Rechtsgrund geschaffen ist, den Fortbestand seiner Wirkung auch nicht mittelbar beeinflusse. Regelmäßig liegt dem abstrakten Rechtsgeschäfte vielmehr ein Rechtsgrund und ein diesen ergebendes anderes Rechtsgeschäft, das Kausal- oder Grundgeschäft, zugrunde dergestalt, daß jenes sich als die Erfüllung der durch dieses begründeten Verpflichtung oder als die auf Grund dieses geschuldete Leistung darstellt, und daraus ergibt sich der Einfluß des letzteren auf das erstere ohne weiteres. Namentlich ergibt die Nichtigkeit des Grundgeschäfts und die damit gegebene Hinfälligkeit des Rechtsgrundes mit Bezug auf das darauf beruhende abstrakte Rechtsgeschäft den Tatbestand des § 812 BGB. und damit die Verpflichtung desjenigen, der mit diesem Rechtsgeschäft auf Kosten eines anderen etwas erlangt hat, dies ohne Rechtsgrund Erlangte herauszugeben. Im übrigen bestimmt sich der Einfluß des Grundgeschäfts auf das zur Erfüllung der dadurch begründeten Verpflichtung getätigte abstrakte Rechtsgeschäft nach den für jenes geltenden Bestimmungen.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung.

§ 398. Literatur: Beseler, Abgeschwächte Zession, AZivPr. **110** 114. — Schmidt, Zum Streite um die Rechtsnatur der Rechtsgeschäfte zu Inkassozwecken, GruchotsBeitr. **57** 241.

I. Rechtsnatur der Abtretung. 1. Schmidt. Die Rechtsgeschäfte zu Inkassozwecken, Zession und Vollindossement zum Inkasso verfolgen als Ziel die Einziehung und Einklagung von Forderungen für Rechnung des Gläubigers durch einen Dritten im eigenen Namen. Das geltende Recht bietet für die Verwirklichung dieses Zieles drei Wege: den Weg der vollen Rechtsübertragung, den Weg der beschränkten Rechtsübertragung und den Weg der bloßen Rechtsüberlassung. Welcher von diesen verschiedenen Wegen im Einzelfall als gewählt anzusehen ist,

darüber entscheidet, da das geltende Recht Macht und Mittel zur Durchführung jeder der genannten Konstruktionen gewährt, an sich allein der Parteiwille. Es spricht aber eine tatsächliche Vermutung für ein Rechtsgeschäft im Sinne der Legitimationstheorie. Die Parteien wollen nämlich in der Regel das Zweckmäßigste, insbesondere das, wobei sie mit den geringsten Mitteln ihr Ziel möglichst vollkommen erreichen. Dies erfordert aber hier, bei den Rechtsgeschäften zu Inkassozwecken sicherlich nicht Übertragung des vollen Rechtes. Daher kann die fiduziarische Theorie jedenfalls nicht als die im Regelfalle der Parteiabsicht entsprechende gelten. Zur Erreichung des verfolgten Zieles genügt bloße Rechtsüberlassung, auch eine beschränkte Rechtsübertragung ist nicht erforderlich. Es besteht kein Grund, weshalb hier, wo die bloße Rechtsüberlassung zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges vollkommen ausreicht, der Treuhänder überhaupt erst soll „berechtigt werden, wenn er das Recht doch sofort verliert, sobald er davon selbständigen Gebrauch macht". Hiernach muß die Legitimationstheorie als die der typischen Parteiabsicht entsprechende angesehen werden.

2. Schmidt. Ein Rechtsgeschäft des Inhalts, daß der Inkassomandant das materielle Recht behält und dem Inkassomandatar nur die Befugnis zur angriffsweisen Ausübung des Rechtes überläßt, ist zulässig und rechtswirksam. Ein solches Rechtsgeschäft ist aber, wenn es die Überlassung einer schlichten Forderung zum Gegenstande hat, keine Zession, auch keine Zession im weiteren Sinne. Denn zum Zessionsbegriffe (§ 398 BGB.) gehört immer ein Wechsel der Gläubigerschaft, d. h. der Inhaberschaft des materiellen Rechtes.

3. Beseler. Die Abtretung in dem Sinne, daß der Zessionar die Leistung nicht für sich, sondern für den Zedenten soll fordern können, (abgeschwächte Zession) ist gültig. Sie ist eine Zwischenstufe zwischen der gewöhnlichen fiduziarischen Zession und der Inkassovollmacht.

II. Abtretung erfüllungshalber. **RG.** WarnE. **13** 171 Nr. 136. Wie das RG. in ständiger Rechtsprechung (**RG. 53** 419, **59** 192, **65** 81) angenommen hat, wird durch die Zession erfüllungshalber dem Zessionar ein Mittel verschafft, sich aus der abgetretenen Forderung Befriedigung zu verschaffen, und tritt durch sie eine Änderung des zwischen dem Zedenten und dem Zessionar bestehenden Schuldverhältnisses nur insoweit ein, als letzterer verpflichtet wird, zunächst aus der abgetretenen Forderung mit verkehrsüblicher Sorgfalt seine Befriedigung zu suchen und den eingegangenen Betrag dem Zedenten gutzuschreiben; es erlischt erst im Falle des Einganges der abgetretenen Forderung oder sonstiger Befriedigung des Zessionars das bisherige Schuldverhältnis, und es bleibt dem Zessionar unbenommen, im Falle die abgetretene Forderung aus irgendeinem Grunde uneinziehbar ist, die Forderung aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse geltend zu machen (**RG. 65** 81); die Zession zur Sicherheit enthält begrifflich einen Auftrag zur Einziehung und begründet ein Treuverhältnis zwischen dem Zedenten und dem Zessionar, das diesen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Verbindung mit den §§ 662 ff. BGB. verpflichtet, das Interesse des Zedenten wahrzunehmen, also die Forderung ordnungsmäßig, nötigenfalls im Wege der Klage, beizutreiben (**RG. 59** 192). Ist die Abtretung der Forderung mit dem Auftrage zu deren Einziehung erfolgt, dann ist die Abweisung der Klage gerechtfertigt, solange der Zessionar nicht dartut, daß ihm der Zedent selbst die Ausführung des Auftrags dadurch unmöglich mache, daß er der mit der Auftragserteilung von ihm eingegangenen Verpflichtung nicht nachkomme, dem Zessionar die zur Führung des Prozesses gegen den Drittschuldner erforderliche Information zu erteilen und ihm die zu derselben erforderlichen Kosten vorzuschießen.

III. Stille Zession. **RG.** LeipzZ. **13** 679 Nr. 16. Die Abtretung ist zwar nicht davon abhängig, daß tatsächlich eine Benachrichtigung des Schuldners stattfindet; wird von den Beteiligten aber ausgemacht, daß sie überhaupt nicht erfolgen

und daß der Schuldner von der Abtretung nichts erfahren soll, so kann eine wirksame Abtretung der Forderung nicht gewollt sein.

IV. Inkassozession. RG. R. 13 Nr. 658. Die Abtretung einer Forderung ist auch dann als eine ernstliche anzusehen, wenn sie zu dem Zwecke geschieht, daß der Zessionar die Forderung für den Abtretenden, aber aus eigenem Rechte einklage und beitreibe, und den eingezogenen Betrag an den Abtretenden abführe. Die Ernstlichkeit dieses Rechtsgeschäfts wird auch nicht dadurch berührt, daß der Zessionar mittellos und deshalb gewählt ist, damit der Abtretende im Falle eines ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits nicht dem Gegner die Kosten zu erstatten brauche. Wohl aber verstößt eine Abtretung, die zu einem solchen Zwecke erfolgt, gegen die guten Sitten.

V. Diskontierung von Buchforderungen. WürttJ. 13 136, 139 (Stuttgart). Die unter den Parteien bestrittene Frage, ob jede einzelne der von der Klägerin dem W. diskontierten Buchforderungen nach Absicht der Vertragspartei nur je für das speziell auf die betreffende Forderung gewährten Darlehn oder für das gesamte Guthaben der Klägerin an W. haften sollte, kann dahingestellt bleiben; denn wenn auch, wie die Beklagte behauptet, getrennte Verrechnung jedes einzelnen Diskontierungsgeschäfts zwischen der Klägerin und W. vereinbart wurde, und die Klägerin dem W. gegenüber nicht berechtigt wäre, die einzelne abgetretene Forderung auch zur Deckung ihres Guthabens aus anderen nicht diese Forderung betreffenden Diskontierungsgeschäften zu verwenden, hätte die volle Rückzahlung des einzelnen Darlehens an sich nur die Wirkung, daß die Klägerin nunmehr verpflichtet wäre, den übrig bleibenden Restbetrag der zur Deckung des betreffenden Darlehens abgetretenen einzelnen Forderung an W. zurückzuübertragen oder die weiteren auf diese Forderung bei ihr eingehenden Zahlungen der Drittschuldner an ihn abzuführen, nicht dagegen die Wirkung, daß die Klägerin nun von selbst ohne weiteres ihre Gläubigerrechte aus der von ihr abgetretenen Forderung auch dem Drittschuldner gegenüber verliert. Diese Wirkung hätte besonders vereinbart werden müssen.

VI. Abtretung künftiger Rechte. RG. JW. 13 132 Nr. 8, R. 13 Nr. 328. Wer seine zukünftige Forderung nicht abzutreten verspricht, sondern abtritt, verfügt damit schon jetzt über sie. Kommt sie später zur Entstehung, so geschieht dies allerdings noch in seiner Person und unter den sich daraus ergebenden Voraussetzungen. Die Forderung geht aber in demselben Zeitpunkte kraft jener fortwirkenden Verfügung und der durch diese herbeigeführten unmittelbaren Gebundenheit ohne weiteres Zutun des Gläubigers sofort auf den neuen Gläubiger über. Dieser Übergang beruht lediglich auf der durch die Abtretung getroffenen Verfügung und unmittelbar auf ihr. Die Gebundenheit besteht seit der Abtretung; gegen sie können deshalb spätere Verfügungen, gleichviel ob sie durch den Abtretenden selbst getroffen werden oder ob sie im Wege einer gegen ihn stattfindenden Zwangsvollstreckung erfolgen, nicht mit Erfolg geltend gemacht werden.

VII. RG. R. 13 Nr. 3114. Hinsichtlich eines Theaterstücks kann das ausschließliche Aufführungsrecht mit der Wirkung übertragen werden, daß das Aufführungsrecht für denjenigen Bezirk, für den es vergeben wird, nicht mehr anderweit übertragen werden kann.

VIII. RG. R. 13 Nr. 2553. Hat eine Stadtgemeinde mit einer Elektrizitätsgesellschaft einen langfristigen Vertrag über Straßenbeleuchtung und Legung elektrischer Leitungen in den Straßen der Stadt abgeschlossen, so kann die Elektrizitätsgesellschaft nicht einseitig die Fortsetzung des Vertrags einer anderen, wenn auch kapitalkräftigeren Gesellschaft übertragen.

IX. RG. R. 13 Nr. 1719. Hat ein Grundstücksbesitzer einem anderen Befugnisse eingeräumt, die den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit bilden können, mit dem Rechte, die Befugnisse der Ausübung nach auf andere zu übertragen, so hat auch

noch vor der Eintragung der Dienstbarkeit der Dritte, an den die Übertragung stattgefunden hat, das Recht, gegen den Grundstückseigentümer auf Feststellung der ihm zustehenden Befugnisse zu klagen.

§ 399. 1. R. **13** Nr. 1720 (Hamburg). Der Zedent selbst, der einen Anspruch entgegen der Vereinbarung abgetreten hat, kann sich gegenüber dem Zessionar nicht auf die mit dem Schuldner getroffene Abrede berufen.

2. R. **13** Nr. 1269 (Hamburg). Ist eine Forderung gegen die Vereinbarung abgetreten, so ist die Abtretung unwirksam und kann auch nicht im Wege der Konversion als Ermächtigung aufgefaßt werden, die Forderung auf fremde Rechnung im eigenen Namen geltend zu machen.

3. **RG. 80** 183. Der Anspruch auf Befreiung von einer Schuld kann an den Gläubiger der Forderung, nicht aber an einen Dritten abgetreten werden.

4. **RG.** R. **13** Nr. 919. Der Anspruch des Grundstücksveräußerers gegen den Käufer aus einer im Kaufvertrage vereinbarten Schuldübernahme, durch welche der letztere sich verpflichtete, eine auf dem Grundstücke haftende Hypothek zu tilgen und den Verkäufer von seiner persönlichen Schuldverpflichtung hinsichtlich der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung zu befreien, ist abtretbar und pfändbar, wenn der Zessionar oder Pfändungspfandgläubiger der vom Gläubiger zu befriedigende Hypothekargläubiger ist, da dieser ein eigenes Interesse daran hat, auf eine den Grundstückskäufer über den Kaufvertrag hinaus nicht belastende Weise befriedigt zu werden (JW. **12** 857 Nr. 12, R. **12** Nr. 2332).

5. **RG.** R. **13** Nr. 920. Der Anspruch des gegen Haftpflicht Versicherten gegen den Versicherer geht zunächst nur auf Befreiung von der Haftpflichtschuld. Der Versicherte kann diesen Befreiungsanspruch durch eine entsprechende Erklärung aber in einen Zahlungsanspruch umwandeln und auf Zahlung an den Beschädigten klagen. Steht die Schuld des Versicherungsnehmers an den Verletzten rechtskräftig fest, so kann der Versicherungsnehmer, auch ohne dem Versicherer eine Erklärung abzugeben, durch Abtretung seines Schadloshaltungsanspruchs an den Geschädigten die Umwandlung in einen Zahlungsanspruch bewirken. Eine Änderung des Leistungsinhalts im Sinne des § 399 nimmt er dadurch in diesem Stadium der Angelegenheit nicht mehr vor, da er dem Verletzten das ihm Gebührende zuwendet und der Versicherer nicht mehr zu leisten hat, als wozu er vertraglich verpflichtet ist.

6. PosMSchr. **13** 32 (Königsberg). Die Abtretung ist unzulässig, wenn durch sie der Zweck der Leistung vereitelt würde (Milchlieferungsvertrag).

7. **RG.** R. **13** Nr. 2055. Auch Rechte aus einem Bierbezugsvertrage sind abtretbar; das führt jedoch nicht zur Anfertigung eines anderen Bieres.

8. **RG.** R. **13** Nr. 2399. Lassen die Inhaber einer offenen Handelsgesellschaft einen Mediziner gegen die Verpflichtung ausbilden, später ihrem Betriebe Dienste zu leisten, so können diese Dienste nicht von einer Aktiengesellschaft beansprucht werden, in welche das Geschäft später unter Wegfall der früheren Gesellschafter umgewandelt wurde und die nach anderen Grundsätzen geleitet wird.

9. SeuffA. **68** 11 Nr. 7 (Rostock). Der Anspruch des Grundstückseigentümers auf Bezahlung einer Fremd-Grundschuld kann zwar nicht an jeden beliebigen, wohl aber an den Grundschuldgläubiger abgetreten werden.

10. **RG.** R. **13** Nr. 3226. Die Rechte aus einem Schiedsabkommen können in Verbindung mit den Forderungsrechten aus dem Vertrage, welchem jenes Abkommen als Nebenvertrag beigefügt ist, übertragen werden.

11. ZBlFG. **13** 237 Nr. 337 (Rostock). Der Erblasser kann das Verfügungsrecht der Erben über ihren Erbteil nicht an die Zustimmung eines Testamentsvollstreckers binden; dagegen steht der gleichen Beschränkung hinsichtlich der einzelnen zum Nachlasse gehörigen Vermögensstücke nach § 2211 BGB. nichts entgegen. Die

Bestimmung des § 399 BGB. ist auf Erbrechte nicht anwendbar (§§ 2033, 2205, 137 BGB.).

12. *Heymann, Verschulden beim Erfüllungsverzuge. Die Veräußerungsbeschränkung des § 399 kann verwendet werden, um eine von einem Treuhänder für das Treugut erworbene Forderung der Veräußerung durch den Treuhänder zu entziehen und dem Benefiziar zu sichern. Bei offenem Erwerbe durch den Treuhänder für das Treugut kann eine solche Beschränkung stillschweigend vereinbart sein. Das gleiche gilt gemäß § 413 BGB. entsprechend für andere Rechte wie Urheberrechte, Patentrechte usw. (Heymann, Trustee und Trusteecompany 46 (516).)

§ 401. 1. R. **13** Nr. 329 (Stuttgart). Das Recht des Verkäufers aus einem Eigentumsvorbehalte geht auf den Bürgen, der die Kaufpreisforderung zahlt, nicht kraft Gesetzes über, vielmehr bedarf es noch eines Eigentumsübertragungsakts; als solcher genügt aber die Abtretung des Herausgabeanspruchs des Verkäufers gegen den Käufer und unmittelbaren Besitzer; eine solche Abtretung kann im Wege der Vertragsauslegung aus den Umständen gefolgert werden.

2. KGJ. **43** 254, R. **13** Nr. 2711. Mit der Übertragung einer Forderung, zu deren Sicherung eine Grundschuld bestellt ist, geht diese nicht ohne weiteres auf den neuen Gläubiger der Forderung über.

3. KGJ. **42** 209. Mit der Abtretung des schuldrechtlichen Anspruchs, zu dessen Sicherung eine Vormerkung eingetragen ist, geht diese als Nebenrecht auf den neuen Gläubiger über, wenn dieser Übergang nicht ausgeschlossen ist.

4. R. **13** Nr. 23 (Stuttgart). Mit der Abtretung eines Anspruchs geht im Zweifel nicht auch die auf den Anspruch bezügliche Prozeßkostenersatzforderung (als Nebenforderung) mit auf den neuen Gläubiger über.

§ 405. 1. *Dickel, Rechtsf., Heft 1 Erl. 148 ff., führt aus: Wenn die Parteien bei Abschluß eines schriftlichen Mietvertrags vereinbaren, daß ein bestimmter Teil des schriftlich fixierten Vertrags trotz der Niederschrift keine Geltung haben solle, so liegt insofern ein Scheinvertrag vor. § 405 BGB. kommt aber im Falle eines Eigentumswechsels zugunsten des neuen Eigentümers, welcher den Schein nicht kannte, nicht zur Anwendung, weil § 411 gerade den § 405 BGB. von der Wirksamkeit ausschließt. Anders würde der Fall liegen, wenn bei Übertragung des Eigentums der bisherige Eigentümer und Vermieter seine Rechte aus dem Mietvertrag unter Vorlegung der Mietverträge ihm beim Kauf ausdrücklich abgetreten hätte. In diesem Falle würde es sich um eine freiwillige Abtretung handeln.

2. **RG.** SächsRpflA. **13** 308 Nr. 12. Aus § 405 ist nicht zu folgern, daß es sonst überhaupt keine Fälle gibt, in denen dem Schuldner die Berufung auf die Scheinnatur des Schuldverhältnisses dem durch Übertragung eintretenden Gläubiger gegenüber zu versagen ist.

3. **RG.** SeuffBl. **13** 86. Der Schutz des § 405 BGB. erstreckt sich nicht auf die Nichtigkeit der Forderung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten.

§ 406. 1. Wünschmann, JW. **13** 1135, wendet sich gegen die Auffassung, daß trotz des § 406 mit Forderungen, die demselben Vertrage wie die abgetretene entspringen, stets aufgerechnet werden kann (OLG. **12** 47 [Breslau]; Simonson, GruchotsBeitr. **50** 244).

2. HansGZ. **13** Beibl. 3 Nr. 2 (Hamburg). Die Ansicht, daß die im § 406 bestimmten Ausnahmen von der Zulässigkeit der Aufrechnung gegenüber dem neuen Gläubiger dann in Wegfall kämen, also die Aufrechnung uneingeschränkt verstattet würde, wenn Forderung und Gegenforderung aus demselben Schuldverhältnisse stammen. Simonson, GruchotsBeitr. **50** 244 ff., ist von Eccius ebenda 252 widerlegt und von der Praxis auch sonst nicht befolgt (s. OLG. **20** 160). Die Unterscheidung

ist auch willkürlich und der gesetzlichen Bestimmung des § 406 entgegen. Es genügt jedoch, daß dem Schuldner zu der Zeit, in der er Kenntnis von der Abtretung erlangte, eine auch nur bedingte Forderung gegen den bisherigen Gläubiger zustand (**RG. 73** 139, WarnE. **4** 406 Nr. 365).

3. R. **13** Nr. 330 (Stuttgart). Die Aufrechnung gegenüber dem neuen Gläubiger ist auch dann zulässig, wenn eine der Forderungen sich erst nach der Abtretung in eine Geldforderung umgewandelt hat.

§ 410. *Oertelt, Zur Auslegung des § 410 BGB. und § 94 ZPO., JW. **13** 518 f. Den unterlassenen Widerspruch gegen die unlegitimierte Mahnung und Kündigung des Zessionars kann der Schuldner jederzeit, auch im Prozesse, nachholen. Bis dahin befindet er sich jedoch im Verzug und hat insbesondere die inzwischen entstandenen Prozeßkosten zu tragen. Holt er den Widerspruch vor Klagerhebung nach, so treffen ihn keine Kosten, wenn er den Anspruch nach dem Nachweise der Abtretung sofort anerkennt.

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme.

§ 414. HansGZ. **13** Beibl. 52 Nr. 33 (Hamburg). Zur Gültigkeit einer kumulativen Schuldübernahme ist Schriftform erforderlich.

§ 415. 1. **RG.** SächsRpflA. **13** 124 Nr. 4. Sowohl die Erfüllungsübernahme im Sinne der §§ 329, 415 Abs. 3 BGB. wie die Schuldübernahme nach § 415 Abs. 1, 2 setzen voraus, daß der Übernehmer ein Dritter ist, nicht ein Schuldner selber.

2. Vgl. über den Inhalt der Mitteilung *Durchholz zu § 417.

§ 416. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 421 ff. Steht ein Grundstück im Miteigentume mehrerer, so können die Miteigentümer gemäß § 747 Satz 2 BGB. das gemeinschaftliche Grundstück im ganzen allerdings nur gemeinschaftlich veräußern. Aber ein jeder von ihnen ist Veräußerer im Sinne des § 416 BGB., da er sich seines Eigentumsrechts an dem Grundstück entäußert. Ist nur einer der Veräußerer persönlicher Schuldner einer Hypothekenforderung und übernimmt der Erwerber durch Vertrag mit ihm die Schuld, kann nur er als der Veräußerer gelten, von dem die Mitteilung von der Schuldübernahme an den Gläubiger nach Maßgabe des § 416 BGB. auszugehen hat. Denn eine Befreiung des anderen Veräußerers von der Hypothekenschuld kommt dann nicht in Frage, und § 416 BGB. versteht unter „Veräußerer", wie aus den Worten „übernimmt der Erwerber . . . eine Schuld des Veräußerers" sich ergibt, einen solchen Veräußerer, welcher Schuldner der übernommenen Hypothekenschuld ist. Sind die veräußernden Miteigentümer Gesamtschuldner der Hypothekenforderung und hat der Erwerber durch Vertrag mit ihnen allen die Schuld übernommen, so sind sie sämtlich für die Hypothekenschuld persönlich haftende Veräußerer im Sinne des § 416 BGB. Machen sie dem Hypothekengläubiger gemeinschaftlich von der Schuldübernahme Mitteilung, so können sie nach Maßgabe dieser Vorschrift alle zugleich von ihrer Schuld frei werden. Jedoch kann auch der einzelne Veräußerer für sich allein vorgehen, um sich von der Hypothekenschuld zu befreien.

§ 417. *Durchholz, GruchotsBeitr. **57** 546 ff. Die Tragweite der Bestimmung wird bei einer durch den Schuldner herbeigeführten Täuschung oder Bedrohung des Unternehmers eingeschränkt durch § 123 Abs. 2 u. 1, nicht dagegen bei bloßem Irrtume durch § 142 Abs. 2. Die Anfechtung muß, wenn das Vollzugsgeschäft nach § 414 geschlossen ist, dem Gläubiger gegenüber erfolgen; wenn es nach § 415 geschlossen ist, dem Schuldner gegenüber, es sei denn, daß der Übernehmer schon vorher die Genehmigung des Gläubigers erfahren hat. Die Entscheidung im Prozesse zwischen Schuldner und Übernehmer ist für den Gläubiger nicht bindend. In den Fällen, in welchen der Übernehmer des Geschäfts gegenüber dem Gläubiger aus Mängeln des Grundgeschäfts nicht anfechten kann, bleibt auch

die Bereicherungseinrede ausgeschlossen. Die Mitteilung aus § 415 muß klarstellen, daß es sich um eine privative Schuldübernahme handelt; die Genehmigung des Gläubigers kann nicht über den Inhalt des ihm Mitgeteilten hinausgehen.

§ 419. 1. *Asch, Sicherungsübereignung und § 419 BGB., JW. **13** 188. Die Entsch. des RG. (JW. **12** 347) bezieht sich auf einen Fall der Sicherungsübereignung und läßt der Interventionsklage gegenüber die Einrede aus § 419 BGB. durchgreifen. Die Einwendungen von Boschan, R. **12** 426 ff., — s. a. u. Ziff. 3 — gehen fehl. Die im § 419 BGB. herangezogenen §§ 1990, 1991 BGB. gewähren dem Erben nicht das Recht, sich wegen seiner eigenen Forderung vor allen übrigen Gläubigern aus dem Nachlasse zu befriedigen. Noch weniger aber ist der Sicherungsgläubiger befugt, die ihm zur Sicherheit übereigneten Sachen auf sich selbst vor den sonstigen Ansprüchen aus § 419 BGB. auszukehren, da er in der Lage ist, gegen den Schuldner, wie jeder andere Gläubiger durch Zwangsvollstreckung in die im Besitze des Schuldners gebliebenen Sachen vorzugehen.

2. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 74. Schuldenhaftung des Erwerbers tritt auch bei Veräußerung einzelner Vermögensstücke ein, wenn diese tatsächlich und im Bewußtsein der Beteiligten das ganze Vermögen des Veräußerers ausmachten (vgl. auch **RG. 76** 1).

3. HessRspr. **14** 34 (LG. Gießen) tritt Boschan, R. **12** 425 ff. (JDR. **11** 150) bei.

4. **RG. 80** 257, JW. **13** 26 Nr. 12, LeipzZ. **13** 143 Nr. 13. Eine Vermögensübernahme im Sinne des § 419 liegt zwar auch dann vor, wenn einzelne im Verhältnisse zum Ganzen unbedeutende Vermögensstücke von der Übernahme ausgeschlossen werden. Für die Beantwortung der Frage aber, ob das ausgeschlossene Vermögensstück im Verhältnisse zum Ganzen unbedeutend ist, können weder die persönlichen Verhältnisse des Unternehmers maßgebend sein, noch kann es darauf ankommen, ob das Vermögensstück für die Forderung des einen oder des anderen Gläubigers schon kraft einer Hypothek oder eines Pfandrechts haftet. Vielmehr läßt sich immer nur der Wert, den das Vermögensstück als solches ohne eine derartige Belastung und ohne Rücksicht auf den besonderen vom Übernehmer verfolgten Zweck hat, mit dem Werte des ganzen Aktivvermögens in Vergleich ziehen. Die Folge würde sonst die sein, daß trotz des Ausschlusses wertvoller, vielleicht gerade der wertvollsten Vermögensstücke die persönlichen Schulden, also auch die durch diese Vermögensstücke dinglich gesicherten, ausnahmslos auf den Übernehmer übergingen (§ 419 Abs. 3 BGB.).

5. **RG. 82** 277, JW. **13** 919 Nr. 5. Wie der (VI.) Senat in dem Urteile (**RG. 69** 284 ff.) ausgeführt hat, ist im § 419 unter Vermögen das Aktivvermögen einer Person zu verstehen, so daß die auf einem einzelnen Vermögensstücke ruhenden besonderen Lasten bei der Entscheidung der Frage, ob sein Wert ein verhältnismäßig unbedeutender ist, außer Betracht zu bleiben haben. An dieser auch vom II. Zivilsen. angenommenen Ansicht (**RG. 80** 257 ff.) ist festzuhalten.

6. **RG.** JW. **13** 919 Nr. 5. Die Vermögensübernahme nach § 419 BGB. bewirkt keine Gesamtrechtsnachfolge und daher auch nicht den Untergang der zwischen dem Übertragenden und dem Übernehmer bestehenden Schuldverhältnisse.

7. ElsLothJZ. **13** Nr. 117 (Colmar). Der Einwand der Schuldenhaftung aus § 419 BGB. ist gegenüber der Interventionsklage des Erwerbers unzulässig (vgl. JDR. **11** 150).

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Literatur: Biensfeldt, Die Haftung beim Gesamtschuldverhältnisse, SeuffBl. **13** 310.

§ 420. *Weck, Luftrecht 92—94, bespricht die Rechtslage, die sich aus dem Zusammentreffen mehrerer Quellen für Beeinträchtigung der Luft, insbesondere durch Rauch und Gase verschiedener Fabriken ergibt.

§ 421. 1. *Biensfeldt. Bei der Gesamtschuld besteht die Haftung unbeschränkt für jeden Gesamtschuldner in Höhe der Gesamtschuld. Die Haftung kann daher nicht für den einzelnen Gesamtschuldner nach richterlichem Ermessen herabgesetzt werden (vgl. dagegen **RG.** JW. **13** 30 ff.).

2. **RG. 82** 436, JW. **13** 978 Nr. 6, R. **13** Nr. 1858. Zur Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses im Sinne von § 421 bedarf es nicht eines gemeinschaftlichen oder gleichen Entstehungsgrundes; auch wenn der eine nur aus unerlaubter Handlung oder nur kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung und der andere nur auf Grund eines Vertrags auf Schadensersatz haftet, kann ein Gesamtschuldverhältnis vorliegen; erforderlich ist nur, daß sie nicht ohne jeden inneren Zusammenhang Schuldner geworden sind (vgl. das Urt. des II. Zivilsen. des **RG. 79** 280 ff. und die Urt. des erk. Sen. vom 10. März 1913, Rep. VI. 340/12 und vom 3. Mai 1913, Rep. 61/13).

3. **RG.** WarnE. **13** 381 Nr. 318. Haften für den durch einen Sturz des Postwagens entstandenen Schaden die Post nach § 11 PostG. und die Gemeinde aus § 823 BGB., weil sie sich schuldhaft um die Beseitigung der Glätte nicht gekümmert hat, so besteht ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne der §§ 421, 426 BGB. auch dann, wenn man die Posthaftung nur als eine gesetzlich geregelte Haftung aus dem Beförderungsvertrage zu betrachten hat. Denn dazu ist nicht erforderlich, daß die beiderseitige Haftung auf gemeinschaftlichem oder gleichem Entstehungsgrunde beruht. Es genügt ein innerer Zusammenhang, wie er hier gegeben ist, und der auch da vorliegen kann, wo der eine aus Vertrag, der andere aus unerlaubter Handlung haftet (Urt. des RG. v. 25. November 1911, I. 529/10, **RG. 77** 323; vom 26. April 1912, II. 523/11, **RG. 79** 290; vom 10. März 1913, VI. 540/12).

§ 425. RG. R. **13** Nr. 660. Hat bei Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft der eine Gesellschafter eine Gesellschaftsschuld übernommen, so wird der andere Gesellschafter dem Gläubiger gegenüber nicht befreit, wenn dieser mit dem ersteren eine Stundung vereinbart.

§ 426. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 228 Nr. 4. Die Anwendung des § 426 BGB. auf mehrere Wechselbürgen findet auch dann statt, wenn ihre Unterschriften nicht uno actu oder bei gleichzeitiger Kenntnis jedes einzelnen Schuldners von der Mitverpflichtung der übrigen gegeben sind.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1270. Der Übergang von Nebenrechten auf einen zahlenden Gesamtschuldner bedarf bei Wechselverpflichtungen einer Begründung aus dem materiellen Rechtsverhältnisse.

3. **RG.** R. **13** Nr. 661. Auf den Miterben, welcher Nachlaßverbindlichkeiten nach teilweiser Teilung des Nachlasses bezahlt, geht durch Befriedigung des Gläubigers dessen Anspruch in Höhe der Bruchteile der übrigen Miterben nicht nur gegen diese, sondern auch gegen den Testamentsvollstrecker über.

4. **RG.** R. **13** Nr. 1437. Hat ein Rechtsanwalt durch fahrlässige Vernachlässigung seiner Vertragspflichten es ermöglicht, daß sein Klient durch einen Dritten unter Benutzung der diesem von dem Anwalt erteilten Auskunft betrüglich geschädigt wird, so liegt zwischen dem Anwalt und dem Dritten ein Gesamtschuldverhältnis vor.

5. **RG. 82** 25, R. **13** Nr. 1271. Der Übergang der Forderung des Ausgleichungsberechtigten wird auch dann zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht, wenn der Ausgleichungsanspruch weder anerkannt noch sonst liquide ist und doch von dem Ausgleichungsberechtigten Zug um Zug gegen Zahlung die Herausgabe von Urkunden über akzessorische Rechte (z. B. bestellte Hypotheken) verlangt wird.

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

Literatur: Herrmann, Der Kaufpreisanspruch beim Doppelverkaufe desselben Grundstücks durch denselben Verkäufer, ABürgR. **39** 91—119. — Hörle, Die Haftung für die Wertzuwachssteuer bei freiwilligen Veräußerungen. Schutz gegen die Haftung aus Zwischengeschäften, ZBlFG. **14** 177—196. — Matthiessen, Zur analogen Anwendung des § 463 BGB., JW. **13** 516—518. — Melsbach, Die Berücksichtigung des Hypothekenausfalls bei der Wertzuwachssteuerberechnung, JW. **13** 1084—1087. — Seidlmayer, Über die rechtliche Natur des Wandelungs- und Minderungsanspruchs des Käufers nach BGB., GruchotsBeitr. **57** 253—281. — Schmidt, Die Wirksamkeit des nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehalts (Diss.). Greifswald. — Schneider, Über die Haftung des Verkäufers bei arglistiger Täuschung über Sachmängel, ABürgR. **39** 1—13.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433. I. 1. Roth, LeipzZ. **13** 453 ff. Die Hingabe von Säcken, Kisten, Flaschen und Fässern seitens des Verkäufers zur Benutzung durch den Käufer ist ein integrierender Bestandteil der Gesamtverpflichtung des Verkäufers. Der Verkauf der Ware steht in engster Beziehung mit der Benutzung der Säcke usw. durch den Empfänger. Die Gegenleistung des Käufers — die Zahlung des Kaufpreises für die Ware — deckt in dem Falle, daß der Käufer die „geliehenen" Säcke usw. rechtzeitig und in gutem Zustande zurückgibt, auch die Benutzung der Säcke durch den Empfänger. Es liegt bezüglich der Säcke kein Mietvertrag vor, der mit einem Kaufgeschäft in Verbindung gesetzt ist, sondern das Kaufgeschäft über den Inhalt der zur Benützung überlassenen Säcke ist durch das Abkommen über die Benutzung der Säcke durch den Käufer modifiziert. Demnach ist in dubio nicht auf die gesetzlichen Vorschriften über den Leihvertrag oder den Mietvertrag, sondern auf die über den Kauf zurückzugreifen, wenn es an besonderer vertragsmäßiger Regelung fehlt.

2. Haftung für Unfälle des Kunden im Laden. Eckstein, SeuffBl. **13** 285. Wenn bei Gelegenheit eines Kaufes durch Unvorsichtigkeit eines Teiles Schaden verursacht wird, so hat dieser Schaden mit der Erfüllung der gesetzlichen Pflichten der Parteien nichts zu tun. Er ist bei Gelegenheit, nicht aber in Ausübung der Vertragserfüllung entstanden. A. M. **RG. 78** 239, das annimmt, es entständen durch das Betreten des Ladens seitens des Kunden zwischen diesem und dem Ladeninhaber vertragsähnliche Beziehungen.

II. Aus der Praxis: 1. Gaslieferungsvertrag (JDR. **7** 1 4a u. 1 9 zu § 631). BraunschwZ. **13** 116 ff. Das Vertragsverhältnis zwischen städtischen Gas- und Wasserwerken einerseits und den Abnehmern andererseits ist ein solches, daß von vornherein ein fester Kaufvertrag abgeschlossen wird und sich die Entnahme von Gas oder Wasser nur als Erfüllungshandlung darstellt.

2. **RG.** ZBlFG. **14** 299. Wenn von einem Grundstücke „bis zu 3000 qm" notariell zum Kaufe angeboten und dieses Angebot innerhalb der gesetzten Frist in notarieller Form einfach angenommen wird, so ist ein rechtswirksamer Kauf zustande gekommen. Die nähere Bestimmung des Kaufgegenstandes kann formlos nach Ablauf der Annahmefrist geschehen.

3. **RG.** R. **13** Nr. 3117. In Ermangelung einer abweichenden Parteivereinbarung ist die Verpflichtung zur Beseitigung etwaiger Rechte Dritter gleichzeitig mit der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums an der verkauften Sache oder zur Verschaffung des verkauf en Rechtes zu erfüllen. Soll daher das Eigentum an einer verkauften beweglichen Sache erst mit der Bezahlung des Kaufpreises an den Käufer übergehen, so braucht für gewöhnlich auch die Verpflichtung des Verkäufers zur Befreiung der Sache von etwaigen Rechten Dritter erst im Zeitpunkte des Eigentumsüberganges erfüllt zu werden.

4. Bierlieferungsvertrag (JDR. **3** 1 1). Lunglmayer, RheinZ. **5** 560 ff. berichtet über eine Entscheidung des OLG. München, welche die recht-

liche Natur eines auf einjährige Kündigung gestellten, den gesamten Bedarf einer Wirtschaft umfassenden Bierlieferungsvertrags behandelt. Der Bierlieferungsvertrag ist ein Sukzessivlieferungsvertrag, bei dem die Menge des von einem Vertragsteile zu liefernden, vom anderen abzunehmenden Erzeugnisses nicht von Anfang an ziffermäßig bestimmt ist. Die Frage, in welchen Zeitabschnitten die einzelnen Lieferungen zu erfolgen haben, richtet sich mangels eines ausdrücklichen Abkommens nach den besonderen Verhältnissen der einzelnen Wirtschaft, von der aus der Vertrag mit dem Brauer abgeschlossen wird (vgl. auch SeuffA. **68** 472).

5. **RG.** SchlHolstAnz. **13** 84. Der Käufer, der durch die Weigerung der Abnahme die rechtzeitige Erfüllung des Vertrags vereitelt hat, kann nicht mehr Lieferung zum Vertragspreise verlangen, nachdem er zur Abnahme der Ware verurteilt, diese aber inzwischen im Preise gestiegen ist.

6. Internationales Recht (JDR. **10** II 5). **RG.** 4. 2. 13, **81** 273 ff. Es ist nicht angängig, bei Kaufverträgen das Recht des Verkäufers einfach deshalb zum Einheitsrechte zu stempeln, weil die Sachleistungspflicht des Verkäufers gegenüber der Geldzahlungspflicht des Käufers die verwickeltere ist und leichter Anlaß zu Rechtsstreitigkeiten bietet. Vgl. **RG. 73** 379 (JDR. **9** II 10).

§ 437. 1. LeipzZ. **13** 322 (Colmar) über den Verkauf eines Geschäfts mit Übertragung des Firmengebrauchsrechts und die Haftung für den Umfang dieses Rechtes.

2. Über den Verkauf einer Hypothek s. zu § 438.

§ 438. RG. 5. 5. 13, GruchotsBeitr. **57** 933. Wenngleich § 438 unmittelbar nur vom Forderungskaufe handelt, so erheischt die Rechtsähnlichkeit des Falles einer Haftungsübernahme beim Rechtskaufe die entsprechende Anwendung der Vorschrift auch beim Kaufe einer Hypothek. Auch bei einem Grundstücke trifft der Rechtsgedanke des Gesetzes, daß im Zweifel anzunehmen ist, die Gefahr einer nachträglichen Verschlechterung der Verhältnisse habe nach der Parteiabsicht vom Verkäufer nicht mit übernommen, sondern vom Käufer getragen werden sollen. Daß das Gesetz die Regel des § 438 geflissentlich allein für den Forderungskauf hätte geben, ihre Anwendung beim Rechtskaufe dagegen hätte ausschließen wollen, dafür bietet auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes keinen Anhalt (vgl. Mot. II 126 ff.; Prot. I 387).

§ 439. 1. **RG.** 1. 2. 13, **81** 266 ff., JW. **13** 429. Kennt der Käufer einer Hypothek bei dem Abschlusse des Kaufes das Nichtbestehen der gekauften, durch das Hypothekenrecht gesicherten Forderung, und hat deshalb der Verkäufer gemäß § 439 Abs. 1 das Nichtbestehen der Forderung nicht zu vertreten, so entfällt auch die Haftung des Verkäufers für den rechtlichen Bestand des Hypothekenrechts aus § 437, weil das Hypothekenrecht ein mit der Forderung verbundenes, zur Sicherung dieser dienendes Nebenrecht ist. Der Grund des Fortfalls der Vertretungspflicht des Verkäufers im Falle des § 439 Abs. 1 ist ein Verzicht des Käufers auf die Gewährleistung oder doch die Annahme, daß der Käufer die aus dem Mangel im Rechte sich ergebende Gefahr übernehmen wolle. Dies schließt aber naturgemäß die Haftung für den rechtlichen Bestand des mitgekauften Nebenrechts aus, das nur zur Sicherung der Befriedigung des Hauptrechts dient (269).

2. **RG.** BayRpflZ. **13** 90. Der Käufer muß sich nach § 166 Abs. 1 und § 439 Abs. 1 nur die Kenntnis eines rechtgeschäftlichen Vertreters anrechnen lassen, nicht die Kenntnis jedes „Beauftragten“, z. B. nicht die seines Vermittlers.

§ 446. 1. Herrmann, ABürgR. **39** 91 ff. behandelt den Fall, daß dasselbe Grundstück, das von einer Sturmflut hinweggespült wird, durch denselben Verkäufer zweimal verkauft worden und dem einen Käufer übergeben, dem anderen bereits aufgelassen worden war. Nur der Käufer, der bereits im Grundbuch als neuer Eigentümer des doppelt verkauften Grundstücks eingetragen ist, sei nach dem zufälligen

Untergange der Sache zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Dieses Ergebnis sei zwar nicht unmittelbar aus den gesetzlichen Regeln über den Gefahrübergang beim Kaufe herzuleiten; bei Aufstellung jener habe man aber an den Fall des mehrfachen Verkaufs derselben Sache nicht gedacht (114).

2. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 824. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, die nach der Eintragung, aber vor der Übergabe auf dem Käufer lastende Gefahr durch Versicherung zu decken.

§ 447. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 824. Grundsätzlich ist der Verkäufer nicht verpflichtet, das Transportrisiko durch Versicherung zu decken. Durch Vereinbarung — auch stillschweigend — ebenso wie durch Handelsgebrauch kann sich jedoch ein anderes ergeben. Verallgemeinernd muß man behaupten, daß der Verkäufer dann zur Versicherungsnahme verpflichtet ist, wenn er annehmen muß, daß das Risiko durch den Käufer nicht gedeckt ist, die Deckung aber dem Willen des Käufers entspricht.

§ 448. SeuffA. **68** 268 (München). Der Verkäufer kann nicht auf Erstattung der Speditionskosten, sondern nur auf Befreiung von ihrer Verauslagung klagen, denn § 257 findet auch auf Frachtkosten nach § 448 Anwendung.

§ 449. Wertzuwachssteuer (JDR. **9** II 5 zu § 433 u. **11** zu § 449). 1. *Melsbach, JW. **13** 1084. Die Berücksichtigung des Hypothekenausfalls bei der Wertzuwachssteuerberechnung ist unter zwei Gesichtspunkten möglich. Einerseits sind als „übernommene Leistungen" unter ausdehnender Auslegung von § 9, § 11 Abs. 2 Satz 2 ReichswertzuwachssteuerG. alle diejenigen Leistungen, also auch die Ausfalleistungen, anzusehen, die von seiten des Erstehers in Zusammenhang mit dem Grundstückserwerbe erfolgt und „Entgelt", d. h. ein in irgendwelcher Form dem Veräußerer zugeflossener Gegenwert sind. Auf der anderen Seite wäre § 14 Abs. 2, falls man die Ausfalleistungen nicht in dem erörterten Sinne als „Erwerbspreis" zu betrachten hätte, der analogen Ausdehnung fähig, daß die Ausfalleistungen des erstehenden persönlichen Schuldners oder Bürgen, „dem Erwerbspreise hinzuzurechnen" seien. Eine Berücksichtigung der Ausfalleistungen unter dem Gesichtspunkte der Erwerbs- und Veräußerungskosten im Sinne von § 14 Abs. 1 und § 22 Abs. 1 ist dagegen nicht angängig.

2. *Hörle, Die Haftung für die Wertzuwachssteuer bei freiwilligen Veräußerungen, ZBlFG. **13** 177 ff. Bloße Verkaufsanträge, nur zur Eingehung eines obligatorischen Veräußerungsgeschäfts verpflichtende Vorverträge, Abwickelungsgeschäfte sowie befristete und von einer aufschiebenden Bedingung abhängige Veräußerungsgeschäfte begründen die Steuerpflicht nicht (179). Wenn bei Zwischengeschäften der im Grundbuch eingetragene Eigentümer das Grundstück an den letzten Erwerber nicht innerhalb eines Jahres seit Abschluß des ersten Veräußerungsgeschäfts aufläßt und wegen Ablauf des Jahres nach § 5 die Steuerpflicht eintritt und alsdann ein weiteres obligatorisches Veräußerungsgeschäft geschlossen wird, das wiederum nach § 5 steuerpflichtig wird, so haften dem Steuerfiskus nicht nur der eingetragene Eigentümer, sondern auch die weiteren Veräußerer für die volle Steuer (182). Hat bei einer entgeltlichen Zwischenveräußerung des § 7 eine Preissteigerung stattgefunden, so ist diese in die Besteuerung einzubeziehen, in den Fällen des § 1 Abs. 2 und § 30 dagegen von ihr auszuschalten; in allen diesen Fällen haften aber die Zwischenveräußerer ebenso wie der Veräußerer bei einem ohne Preiserhöhung geschlossenen Zwischengeschäfte (183). Hat einer der Steuerschuldner die ganze Steuer bezahlt, so wirkt dies nach §§ 422 Abs. 1, 426 Abs. 1 BGB. auch für die übrigen Schuldner, die Forderung des Steuerfiskus geht aber wegen ihrer öffentlich-rechtlichen Natur nicht nach § 426 Abs. 2 BGB. auf ihn über (185). Ist ein Zwischenveräußerer eine der im § 30 bezeichneten Personen, so kann er, insoweit er von der Steuerbehörde zur Entrichtung der Steuer herangezogen worden ist, von den anderen Zwischen-

veräußerern ebenso Ersatz verlangen, wie ein Zwischenveräußerer, der bei seinem Veräußerungsgeschäfte keinen Gewinn erzielt hat (187). Bei Zwischengeschäften trifft § 29 Abs. 2 nur den letzten Erwerber derart, daß er für einen Steuerbetrag haftet, der sich nach § 27 unter Berücksichtigung aller vorausgegangenen Veräußerungsgeschäfte ergibt (184). Der nach § 29 Abs. 2 von der Steuerbehörde mit zwei vom Hundert des Veräußerungspreises herangezogene Erwerber hat an den Eigentümer des Grundstücks Anspruch auf Ersatz des von ihm bezahlten Betrags nach §§ 677 ff., 683, 812, 683 BGB. (187 ff.). Wenn der Erwerber die dem Veräußerer obliegende Zuwachssteuer tragen soll, so muß dies ausdrücklich vereinbart werden; die allgemeine Vertragsbestimmung, daß der Erwerber alle Lasten und Kosten sowie die Umsatzsteuer zu tragen hat, verpflichtet ihn nicht auch zur Entrichtung der Wertzuwachssteuer (191). Die Vereinbarung der Abwälzung der Zuwachssteuer auf den Erwerber liegt regelmäßig nicht im Interesse der Parteien (192). Ist sie abgewälzt, so kann sich der Eigentümer wegen ihrer Berichtigung durch Eintragung einer Kaufgeld- oder Restkaufgeldhypothek oder durch Vormerkung des obligatorischen Anspruchs im Grundbuch oder auch nach §§ 232, 339 BGB. sichern (192). Sowohl der im Grundbuch eingetragene Veräußerer als auch jeder Zwischenveräußerer kann sich gegen die Steuerhaftung aus weiteren Veräußerungen dadurch schützen, daß er nach § 33 die Festsetzung und Erhebung der Steuer beantragt oder die Eintragung der Veräußerung in das Grundbuch nach § 873 BGB. herbeiführt (192). Der Erwerber kann sich gegen die Haftung aus § 29 Abs. 2 dadurch schützen, daß er sich im Vertrag ausbedingt, daß er von dem Veräußerungspreise den Betrag von zwei vom Hundert d s Veräußerungspreises so lange zurückbehalten darf, als der Veräußerer ihm nicht nachweist, daß er die Steuer nach § 29 Abs. 1 entrichtet oder nach § 29 Abs. 3 sichergestellt oder nach §§ 232—240 BGB. Sicherheit geleistet hat (195). — Nach Ablehnung des Antrags auf Erlaß der Steuer ist, unabhängig von den Vorschriften der §§ 44 ff., die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Steuerpflicht, oder, wenn die Steuer schon bezahlt ist, aus ungerechtfertigter Bereicherung vor den ordentlichen Gerichten gegeben (179, 180).

§ 454. RG. 10. 10. 13, DJZ. **13** 1498. Wenn zur Beschaffung des für eine Kaufsache zu bezahlenden Betrags von dem Verkäufer dem Käufer eine bestimmte Zeit gelassen wird, so liegt darin noch kein Hinausschieben der Fälligkeit. Es würde mit der Auffassung des Verkehrs in Widerspruch stehen, in einem solchen Falle von einer Stundung zu sprechen. Nach den Erwägungen, aus denen die Aufnahme des § 454 in das Gesetz beschlossen ist (Prot. II 71), ist mit der Stundung des Kaufpreises der innere Zusammenhang zwischen der Lieferung der Ware und der Zahlung des Kaufpreises gelöst und es hat aus diesem Grunde nahegelegen, in der Stundung des Kaufpreises einen Verzicht auf das Rücktrittsrecht zu erblicken.

§ 455. 1. *Fischer, SeuffBl. **13** 178. Ein Eigentumsvorbehalt ist auch an den Früchten eines verpachteten Grundstücks zulässig. Der hierdurch erreichte Schutz des Verpächters geht weiter als jener, durch das gesetzliche Pfandrecht gewährte, weil der Eigentumsvorbehalt bei Verbringung der Früchte in die dem Pächter gehörenden Räumen wirksam bleibt ➼ Zwischen Pächter und Verpächter kann ein Verhältnis nach § 948 BGB. entstehen. ←

2. *Schmidt, Wirksamkeit des nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehalts. Die Frage, ob die Parteien nach erfolgter Lieferung der Ware einen Eigentumsvorbehalt mit Wirksamkeit vereinbaren können, ist zu verneinen (vgl. JDR. **11** 6).

3. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 822. Beim Kaufe unter einer aufschiebenden Bedingung (insbesondere Eigentumsvorbehalt) ist der Käufer nach erfolgter Übergabe nicht verpflichtet, die Sache zu versichern.

4. *Sternberg, JW. **13** 851. Über die Wirkung des Eigentumsvorbehalts im Falle des Konkurses des Verkäufers vgl. unten zu § 17 KO.

5. Gefahrübergang beim Eigentumsvorbehalte (JDR. **10** 1). **a)** SeuffA. **68** 54, SeuffBl. **13** 335 (München) nimmt an, daß beim Verkauf unter Vorbehalt des Eigentums die Gefahr vom Verkäufer zu tragen sei (s. aaO. 55 sehr eingehende Literaturangaben). Wenngleich das RG. die Frage noch nicht grundlegend entschieden habe, so komme doch in mehrfachen Urteilen unverkennbar zum Ausdrucke, daß es diese, insbesondere auch von Planck und Oertmann vertretene, Ansicht billige (zu vgl. **RG. 64** 204, 337, **74** 126). **b)** OLG. Stuttgart für Gefahrtragung durch den Käufer. Wie schon früher, R. **05** 592, so auch WürttRpflZ. **13** 98. **c)** OLG. Colmar, ElsLothZ. **13** 8 ff., bereits JDR. **11** Ziff. 5. — Vgl. auch LeipzZ. **14** 92.

6. KGBl. **13** 27 (LG. II Berlin). Der Verkäufer, der unter Eigentumsvorbehalt verkauft hat, kann nach Verjährung der rückständig gebliebenen Kaufpreisraten mit der Eigentumsklage auf Herausgabe des nicht bezahlten Teiles des Kaufobjekts klagen (a. M. Hein, Abzahlungsgesetz und Samter, Komm. zum AbzG.). Der Käufer, der die ihm nach dem Kaufvertrag obliegenden Pflichten nicht erfüllt hat, kann sich gegenüber der nach § 195 noch nicht verjährten Eigentumsklage nicht auf ein Recht zum Besitze berufen.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

§§ 459 ff. Über die Bedeutung des Hausschwamms als Sachmangels vgl. *Dickel, Rechtsfälle Heft 1 Erläuterungen 278 ff.; eine chronologische Übersicht über die Entscheidungen des RG., daselbst Heft 5, 68 ff..

§ 459. 1. *Weides, Die zivilrechtliche Haftung der Zeitung für falsche Nachrichten. Bei der Frage nach der zivilrechtlichen Haftung der Zeitung für Falschmeldungen ist eine vertragliche Haftung nicht zu konstruieren. Die falschen Nachrichten einer Zeitung bilden keinen Sachmangel im Sinne der §§ 459 ff. Solche Mängel berechtigen ja im Falle des § 463, wenn es sich nämlich um das Fehlen zugesicherter Eigenschaften handelt, auch zu Schadensersatz. In der Unrichtigkeit von Zeitungsnachrichten kann aber kein Fehlen zugesicherter Eigenschaften gefunden werden.

2. Holländer, LeipzZ. **13** 278. Beim Verkaufe von Gegenständen zu einem bestimmten Vertragszwecke sind diejenigen Eigenschaften als zugesichert anzusehen, welche die Erreichung des Vertragszwecks bedingen.

3. **RG.** 14. 3. 13, HoldheimsMSchr. **13** 240. Der Kaufvertrag über eine bestimmte Art (Sorte) einer Gattungssache (Futterrübsamen) schließt nicht ohne weiteres eine Garantie des Verkläufers dafür in sich, daß er ohne Rücksicht auf ein von ihm zu vertretendes Versehen für die Lieferung dieser bestimmten Art der Ware einstehe.

4. Ausschluß der Gewährleistung. **a) RG.** 13. 3. 13, R. **13** Nr. 1438. Die Klausel „wie besehen" schließt dann nicht die Geltendmachung der erkennbaren Mängel aus, wenn der Verkäufer weiß, daß der Zustand bei der Besichtigung kein klares Bild gab und der Käufer dies ausdrücklich vor Kaufabschluß äußert. **b)** PosMSchr. **13** 34 (Königsberg). Ist ein Gut in „Pausch und Bogen, so wie es steht und liegt" verkauft worden, so ging der Wille der Parteien dahin, die Gewährleistung auszuschließen.

5. Begriff der Eigenschaften (JDR. **9, 10, 11** 4). **a) RG.** 17. 9. 13, R. **13** Nr. 2987. Die Bestellung einer bestimmten Fläche Landes mit einer angegebenen Getreideart kann als eine Eigenschaft des Gutes anzusehen sein. Jedenfalls fällt darunter die Größe der mit Stockholz besetzten Kahlhiebfläche. **b) RG.** HoldheimsMSchr. **13** 109. Die Stempelung oder Stempellosigkeit einer Ware gehört zu ihren Eigenschaften (Rollschuhe mit dem Stempel „Tadellos P. H. F."). **c) RG.** HoldheimsMSchr. **13** 65 darüber, ob die Warenzeichen für die in einer verkauften chemischen Fabrik hergestellten Erzeugnisse eine Eigenschaft des Fabrikbetriebs bilden. **d)** SeuffA. **69** 54 ff. (Rostock). Das Vorhandensein eines Weges,

welcher dem öffentlichen Verkehre dient und diesem nicht kraft Privatrechts entzogen werden kann, beeinträchtigt die wirtschaftliche Benutzung der Landstelle, und der § 459 bezieht sich nicht nur auf physische Eigenschaften, sondern auch auf Beschränkungen im Gebrauche, welche auf öffentlichem Rechte beruhen (RGRKomm. Note 5 Abs. 3 zu § 459) e) PosMSchr. **13** 59 (Marienwerder). Landwirtschaftlicher Amortisationsfonds als Eigenschaft des Grundstücks.

6. Einzelne Sachmängel (JDR. **10, 11** 6). **RG.** 25. 9. 12, SeuffA. **68** 134, darüber, inwiefern Schwammverdächtigkeit den merkantilen Wert eines Grundstücks beeinträchtigen kann.

7. Bedeutung einer Probe. MecklZ. **31** 132 ff. (Rostock). Wenn auch eine Zusicherung, daß der Hafer der Probe gemäß sei, nicht vorliegt, so ist doch die Abweichung zwischen Ware und Probe um deswillen von Bedeutung, weil der Verkäufer, der an sich nach § 459 für die mangelhafte Beschaffenheit des Hafers haftet, für seine Einredebehauptung, daß der Käufer beim Abschlusse des Vertrags diese Beschaffenheit gekannt und daher gemäß § 460 auf Mängelgewähr keinen Anspruch habe, nichts weiter beigebracht hat, als daß der Käufer die Probe in Händen gehabt und deren Beschaffenheit gekannt hat. Das Wandelungsrecht des letzteren ist daher nur insoweit ausgeschlossen, als die Probe mangelhaft war. Daran ändert auch nichts, daß der Hafer dem Käufer zu einem billigeren Preise, wie ursprünglich vereinbart, überlassen ist und daß er nach Besichtigung der Probe den Hafer mit dem Bemerken, daß derselbe stinke, zurückgewiesen hatte. Denn die Abminderung des Preises gibt keinen sicheren Maßstab dafür her, in welchem Umfange der Käufer auf seine Gewährschaftsrechte verzichten wollte, und gegenüber der wirklichen Beschaffenheit der Probe kann die Art, wie der Käufer sich über dieselbe ausgesprochen hat, nicht in Betracht kommen, da es glaubhaft ist, daß ein Käufer, der den Verkäufer zur Rücknahme der Ware bewegen will, sich einer übertreibenden Ausdrucksweise hinsichtlich der Mängel bedient.

§ 461. *Dickel, Rechtsfälle Heft 1, Erl. 97 erachtet den § 461 auch dann für anwendbar, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt.

§ 462. 1. **RG.** 22. 1. 13, JW. **13** 427. Hat der Käufer eines mit Schwamm behafteten Grundstücks auf das ihm zustehende Wandelungsrecht verzichtet, weil der Verkäufer sich zur vollständigen Schwammbeseitigung auf seine Kosten bereit erklärte, und erfüllt der Verkäufer die übernommene Verpflichtung nicht, so kann der Käufer von der Vereinbarung zurücktreten und Wandelung verlangen.

2. Nachbesserung (JDR. **11** 2). HansGZ. **13** Beibl. 42 ff. (Hamburg). Der Käufer ist zu einer Nachlieferung jedenfalls dann nicht gehalten, wenn die erneute Andienung der Kaufsache die Einholung einer zweiten Analyse erfordert.

3. Ehrl, SeuffBl. **13** 573 wendet sich gegen Berolzheimer, JDR. **11** 1, weil der Wandelungsanspruch auf ein Mehr als auf die Wiederherstellung des status quo nicht gehen könne. Daher könne mit der Wandelungsklage nur die Rückgängigmachung der Aufrechnung und Wiederherstellung der Kaufpreisforderung verlangt werden.

§ 463. 1. Schadensersatzanspruch des arglistig Getäuschten (JDR. **9** II 1 a, **10** 1 u. 2, **11** 2). a) *Riehl, Ein unbefriedigender Rechtszustand auf dem Grundstücksmarkte, DJZ. **13** 377 ff. wendet sich gegen **RG. 66** 335 (JDR. **6** 2) — vgl. auch Matthiessen, JDR. **7** 1 1 —. Wer durch arglistige Vorspiegelungen, welche sich nicht zu Vertragsabreden verdichtet haben, zum Abschluß eines schadenbringenden Vertrags verleitet ist, hat Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gegen den Betrüger (§§ 826, 823 BGB.). Für den Fall, daß die Vorspiegelungen Eigenschaften des Vertragsobjekts zum Gegenstande haben, gewährt ihm der V. Sen. des RG. auch das positive Vertragsinteresse. Der V. Sen. stützt seine Rechtsauffassung auf einen Analogienschluß aus

§ 463 BGB., indem er annimmt, daß derjenige, welcher außervertragliche arglistige Vorspiegelungen macht, in der Haftung demjenigen gleichzustellen sei, welcher Fehler arglistig verschweigt. Der Senat übersieht indessen, daß letzterer für Fehlerlosigkeit vertraglich haftet, auch wenn er die Fehler nicht arglistig verschweigt, während ersterem für Vorspiegelungen, die nicht Vertragsinhalt geworden sind, eine vertragliche Haftung nicht obliegt. Diese Grenzverwischung zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung hat in der Praxis zu schweren Unzuträglichkeiten geführt. Der Begriff „Eigenschaft" ist ein äußerst schwankender; es will nicht einleuchten, warum an diesen Begriff so weittragende Rechtsfolgen geknüpft werden; wie soll man entscheiden, wenn mehrere arglistige Vorspiegelungen in Frage kommen, von denen die eine eine Eigenschaft, die andere einen sonstigen Vorzug betrifft, oder, wenn mehrere Verkäufer beteiligt sind, von denen der eine eine Eigenschaft, der andere sonstwas vorgespiegelt hat. Die Ansicht des V. Senats führt vielfach zu ganz unverhältnismäßig hohen Entschädigungen, ein Umstand, der zu frivolen Prozessen anreizt. Es ist deshalb zu wünschen, daß das RG. seine Ansicht aufgibt. ➡ Vgl. hierzu auch Schneider, Haftung des Verkäufers bei arglistiger Täuschung, ABürgR. **39** 1 ff. ⬅ **b)** *Matthiessen, JW. **13** 516, bekämpft die reichsgerichtliche Rechtsprechung über die Rechtsfolgen arglistiger Täuschung durch Vorspiegelung von Eigenschaften der Kaufsache (**RG. 66** 335, JW. **13** 197): Zu Unrecht leitet das RG. aus § 463 her, daß auch Wandelungs- und Minderungsansprüche bei arglistiger, aber nicht vertragsmäßig bindender Vorspiegelung von Eigenschaften zu gewähren seien. Dem steht entgegen, daß die von der Wandelung und Minderung handelnden §§ 459, 462 nicht analog auf diesen Fall anwendbar sind. Kann aber kein Wandelungs- bzw. Minderungsanspruch gewährt werden, so kann auch kein Schadensersatzanspruch nach § 463 gegeben sein: denn dieser setzt, wie § 463 deutlich ergibt, voraus, daß auch Wandelung oder Minderung verlangt werden könnte. Demnach ist die vom RG. gelehrte analoge Anwendung des § 463 überhaupt unhaltbar. **c)** Cohn, JW. **13** 1010 ff., untersucht, ob § 463 nur eine der Erweiterung nicht zugängliche Sondervorschrift enthält und erörtert, ob und wie ein Schadensersatz auf der Basis der §§ 826, 249 begründet werden kann. Hierbei gelangt er zu Ergebnissen, die von seinem früheren Aufsatze (JW. **11** 137 ff., JDR. **10** 1 a) teilweise abweichen. **d)** Über Goldscheider, Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung bei Abschluß von Verträgen vgl. oben I 4 zu § 249 und über Weides oben Ziff. 1 zu § 459.

2. **a) RG.** 29. 3. 13, R. **13** Nr. 1441. Besteht zu einem Mietvertrag ein Nebenvertrag auf Mietnachlaß gegen bestimmte Leistungen, so muß davon dem Käufer Kenntnis gegeben werden, wenn der Hauptvertrag vorgelegt wird. **b) RG.** 5. 4. 13, JW. **13** 684. Der Verkäufer muß aus eigenem Antriebe dem Käufer diejenigen Tatsachen kund tun, von denen er annimmt, daß sie für die Entschließungen des Käufers bestimmend sein können und deren Bekanntgabe nach den Anschauungen eines redlichen Verkehrs geboten ist (wie **RG. 62** 150).

3. SächsOLG. **34** 465. Selbst wenn ein Gastwirt erklärt, daß er gute, wohlschmeckende, gesunde Speisen und hochfeine Biere zur Verfügung stelle, ist darin nicht eine vertragsmäßige Sicherstellung des Gastes gegen das Vorhandensein nicht erkennbarer gesundheitsgefährlicher Stoffe bezweckt. Es würde auch mit den Anschauungen des Verkehrs und der mutmaßlichen Willensmeinung der Beteiligten in Widerspruch stehen, wenn man den Gastwirt unterschiedslos und ohne Rücksicht darauf, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht, für alle Schädlichkeiten der den Gästen vorgesetzten Speisen und Getränke haftpflichtig machen wollte.

§ 464. *Plum, Ein Fallstrick für den Gläubiger einer Vertragsstrafe, JW. **13** 229 vgl. oben Ziff. 1 zu § 341.

§ 465. 1. Rechtliche Natur des Wandelungsanspruchs JDR. **10** 1). Seidlmayer, Gruchos Beitr. **57** 253 ff. Der Gesetzgeber hat die Vertragstheorie nicht nur gewollt, er hat sie vielmehr auch inhaltlich im Gesetz ausreichend zum Ausdrucke gebracht; Versuche, die auf die Vertragstheorie bezüglichen Bestimmungen in Widerstreit mit anderen Bestimmungen des Gesetzes zu bringen, sind erfolglos. Die Weglassung der Verweisung auf § 349 im § 467 läßt sich vom Standpunkte der Restitutionstheorie schlechterdings nicht erklären. Schon der Wortlaut des § 465 weist auf einen Vertragsschluß hin. Wenn § 465 im Anschluß an die technische Terminologie des § 462 den Begriff der Wandelung und Minderung gibt, so muß die hiernach festgelegte Art der rechtlichen Entstehung von Wandelung und Minderung auch als die einzig mögliche Entstehungsart bezeichnet werden. Der Anspruch auf Einwilligung in die Wandelung und Minderung muß bei Weigerung des Gegners klageweise geltend gemacht werden, es kann dies aber auch gleichzeitig mit der Klage auf Leistung der aus der Wandelung oder Minderung entspringenden Ansprüche geschehen; in der Erhebung der Klage auf letztere allein kann die stillschweigende Erhebung auch des ersteren Anspruchs erblickt werden; der Prozeßrichter hat auf dementsprechende Klarstellung hinzuwirken. Im erkennenden Teile hat er beiderlei Ansprüche strenge zu scheiden und nur für die letzteren die — hierfür zulässige — vorläufige Vollstreckbarkeit, soweit hierfür die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, auszusprechen. Soweit das Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend den Vollzug der Wandelung oder Minderung oder die vollzogene Wandelung oder Minderung als maßgebend behandelt — so bei der Frage, welche Folgen verschuldete Unmöglichkeit der Rückgabe der Kaufsache oder ihre verschuldete wesentliche Verschlechterung auf das Recht der Wandelung oder Minderung haben, ferner nach §§ 474 Abs. 2, 487 Abs. 2, 3 — kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Erklärung der Wandelung durch den Käufer, sondern auf den Zeitpunkt der Einwilligung in die Wandelung durch den Verkäufer, bzw. der rechtskräftigen Verurteilung hierzu nach § 894 ZPO. an. Der Käufer als Beklagter hat, auch solange die Ansprüche auf Wandelung oder Minderung noch nicht verjährt sind, die exceptio doli generalis, sofern ihm letztere zuständen; diese Einrede, sowie jene nach § 478 sind rechtlich grundverschieden von dem Wandelungs- oder Minderungsanspruche.

2. Schadensersatz neben Wandelung. a) Roth, JW. **13** 69 ff. Als Schadensersatz kann der wandelnde Käufer vom Verkäufer die Aufwendungen, die er infolge seiner Tierhalterhaftung machen mußte, nur erstattet verlangen, wenn das schädigende Ereignis auf einem vom Verkäufer zu vertretenden Mangel des Tieres beruht, und ferner ein über die gewöhnliche Gewährleistung des Verkäufers — auf Wandelung, Minderung, event. Lieferung einer mangelfreien Sache — hinausgehender Haftungsgrund gegeben ist. Eine derartige Haftung trifft den Verkäufer, wenn er wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft oder infolge arglistigen Verschweigens eines Mangels für Schadensersatz wegen Nichterfüllung einzustehen hat oder wenn er endlich wegen einer positiven Vertragsverletzung Schadensersatz zu leisten verpflichtet ist (70). Die Kosten der Haftpflichtversicherung des Tieres muß der Verkäufer dem Käufer, wenn er wandelt, für die Zeit von der erklärten Wandelung ab bis zu dem Zeitpunkt ersetzen, zu welchem der Käufer Versicherungsnehmer bleibt (§§ 69, 70 VVG.). **b)** SeuffA. **68** 395 ff. (Frankfurt). Von dem RG. wird auf Grund des Vertragsverhältnisses ein Schadensersatzanspruch neben der Wandelung zugelassen, wenn eine Vertragspartei schuldhafterweise ihre Vertragspflicht verletzt und hierdurch dem anderen Vertragschließenden einen Schaden verursacht hat, der in der Wandelung nebst ihren gesetzlichen Folgen nicht seine Deckung findet. Vorausgesetzt wird aber dabei das Bestehen eines eine Verpflichtung zur Leistung begründenden Schuldverhältnisses und ein vorsätzliches oder fahrlässiges

Zuwiderhandeln gegen die nach und erst auf Grund des entstandenen Schuldverhältnisses sich ergebende Leistungspflicht. Eine derartige Verletzung der Leistungspflicht bedeutet es, wenn der Verkäufer einer Gattungssache, der auf Grund des abgeschlossenen Vertrags die Verpflichtung zur Leistung mangelfreier Durchschnittsware übernommen hat, diese vertragliche Verpflichtung durch Aussonderung und Lieferung einer mit Mängeln behafteten Ware schuldhaft nicht erfüllt, also nach Abschluß des Vertrags schuldhaft seine aus dem Vertrag entstandenen Pflichten verletzt. Anders liegt der Fall aber bei dem Verkauf einer Spezies. Die Spezies wird verkauft, so wie sie beschaffen ist, und die aus dem Vertrage sich ergebende Leistungspflicht des Verkäufers hat zum Inhalte nur die Lieferung dieser Spezies, gleichgültig, ob sie mit Mängeln behaftet ist oder nicht. Das Verschulden des Verkäufers besteht in einem derartigen Falle darin, daß er eine mangelhafte Sache zum Kaufe anbietet und es zum Abschlusse des Vertrags kommen läßt, obwohl er bei der nötigen Aufmerksamkeit sich hätte sagen müssen, daß die Sache mit Mängeln behaftet sei und dem Käufer daraus ein Schaden erwachsen könne. Seine Fahrlässigkeit fällt in das Stadium des werdenden Vertrags und somit in eine Zeit, wo er noch nicht „Schuldner" ist. Aus diesen Gründen können die in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung für den Verkauf von Gattungssachen entwickelten Grundsätze auf den Verkauf einer Spezies keine Anwendung finden. Da hat es vielmehr bei den Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff. sein Bewenden.

§ 467. 1. a) **RG.** 18. 10. 12, HoldheimsMSchr. **13** 42 u. 214, LeipzZ. **13** 552. Das Wandelungsrecht wird, wenn auf Grund desselben Kaufvertrags eine größere Anzahl von Hölzern geliefert worden ist, bezüglich einzelner nicht dadurch berührt, daß andere bereits verbraucht sind, es sei denn, daß die Hölzer als zusammengehörend verkauft waren. b) **RG.** JW. **13** 980, BayRpflZ. **13** 442. Die Weiterverwaltung einer unbeweglichen Sache bis zum Austrage des Wandelungsprozesses ist kein Wandelungsverzicht. Die Wandelungsklage des Käufers eines Grundstücks ist daher auch nicht schon deshalb abzuweisen, weil er nachträglich auf Beseitigung der Mängel geklagt hat.

2. SeuffBl. **13** 164 ff., WürttJ. **25** 133 (Stuttgart). Ist die neue aus dem Kaufgegenstande gewonnene Sache nicht mehr vorhanden, so ist dies ohne Bedeutung für die Wandelung. Die Vorschriften des § 351 lassen sich nicht auf die neue Sache übertragen. Dafür fehlt es an bestimmten Anhaltspunkten im Gesetze selbst. Auch die Entstehungsgeschichte des § 467 spricht gegen eine solche Auffassung (Mot. zum BGB. II 231). Falls der Käufer die aus dem Kaufgegenstande gewonnene Sache dem Verkäufer nicht herausgeben kann, ist er nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung verpflichtet, den Wert (abzüglich seiner Aufwendungen) zu ersetzen. Das Recht der Wandelung des Käufers aber bleibt unberührt. Die vom Gesetze zunächst für die Spezifikation im § 467 getroffenen Bestimmungen sind auch für den Fall anwendbar, daß gekaufter Samen zur Gewinnung von Pflanzen ausgesät worden ist.

3. Vertragskosten, Fracht und ähnliches (JDR. **11** 3). a) SeuffA. **68** 393 ff. (Frankfurt). Der Anspruch auf Ersatz der Kosten, die zur Feststellung des Schwammes aufgewandt worden sind, sowie auf Erstattung der Feuerversicherungsbeiträge ist nach den §§ 467, 346 ff., 994 ff. begründet. b) **RG.** JDR. **11** 3 ist dahin zu berichtigen, daß über die Kosten des Vertrags und der Auflassung hinaus Schadensersatz nicht begehrt werden kann.

§ 468. SeuffA. **68** 440 (Dresden). Die bloße Angabe, daß das zu verkaufende Grundstück eine bestimmte Größe habe, ist noch keine Zusicherung im Sinne des § 468 (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 374). Insbesondere ist die in einer Annonce, mit der das Grundstück als verkäuflich bekanntgemacht wird, enthaltene Erklärung über dessen Größe nicht ohne weiteres als Zusicherung bei dem später abgeschlossenen

Kaufe aufzufassen, um solche Anpreisungen in Inseraten zum Range vertragsmäßig begehrter und gegebener Zusicherungen zu erheben, bedarf es vielmehr noch weiterer besonderer Erklärungen.

§ 476. SeuffA. **68** 95 (München). Die vertragliche Einschränkung der Gewährleistung auf eine Nachbesserung verstößt an sich nicht gegen die guten Sitten.

§ 477. 1. Verlängerung der Verjährungsfrist (JDR. **11** 1). SchlHolstAnz. **13** 152 ff. (Kiel). Durch die Übernahme einer mehrjährigen Garantiefrist durch den Verkäufer wird nur der Beginn der Verjährungsfrist entsprechend hinausgeschoben. Im übrigen aber hat die Geltendmachung der Mängel in der gesetzlichen Form und Frist zu erfolgen. Ebenso **RG.** (bestätigend) aaO. 324.

2. **RG.** 12. 4. 13, JW. **13** 861. Erweisen sich die dem Erwerber eines Geheimverfahrens von dem Veräußerer gemachten Zusicherungen als unerfüllbar, so haftet der Veräußerer dem Erwerber auf das Erfüllungsinteresse. Der Anspruch unterliegt der regelmäßigen, nicht der kurzen Verjährung der Gewährleistungsansprüche.

§ 480. 1. Schneider, ABürgR. **39** 1 ff. behandelt die Entscheidung **RG. 70** 423 ff. (JDR. 8 2), die nach seiner Ansicht einen Schritt abseits vom Wege bedeutet und neue Unklarheit im Gefolge haben muß.

2. HansGZ. **13** Hptbl. 295 (Hamburg). Der Käufer verliert seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtlieferung, wenn er eine ihm gebotene Gelegenheit, sich anderwärts einzudecken, nicht benutzt.

§§ 481 ff. PosMSchr. **13** 34 (Königsberg). Wenn eine Viehherde als Zubehör eines Gutes gekauft worden ist, so kommen im Falle der Wandelung — da dann jede Nebensache ihre wirtschaftliche Selbständigkeit wiedererlangt — nicht die für die Hauptsache geltenden Vorschriften, sondern die besonderen über den Viehkauf zur Anwendung.

§ 484. *Eckstein, GruchotsBeitr. **57** 645. Durch bloße Gegenvermutung ist die Vermutung zu entkräften (vgl. unten zu § 292 ZPO.).

§ 489. Siegel, Einstweilige Verfügung im Viehgewährschaftsstreite, Bay. RpflZ. **13** 291. Neben der Sondervorschrift des § 489 sind die allgemeinen Bestimmungen des Prozeßrechts auch im Viehgewährschaftsstreit anzuwenden. Als solche kommt in Betracht die nicht selten sehr weittragende Verfügung, daß an Stelle der im § 489 geregelten öffentlichen Versteigerung des Tieres die freihändige Veräußerung desselben gestattet wird, weiter die Verfügung, daß das Tier aus dem Stalle des einen oder anderen Streitteils in den Stall eines Unbeteiligten verbracht wird, ferner eine einstweilige Verfügung des Inhalts, daß das Tier unter Beobachtung gestellt wird.

§ 492. Trächtigkeitsgarantie (vgl. insbes. JDR. **9** 5, **10** 1, **11** 1) **a)** Ohnsorge, SächsRpflA. **13** 82. In der gewährfristlosen Zusage der Trächtigkeit liegt eine Verlängerung der Verjährungsfrist, die sich bis zu dem Zeitpunkt erstreckt, wo nach den sonstigen Mitteilungen des Verkäufers der Regel nach die Trächtigkeit offenkundig wird. Wenn auch die Trächtigkeitsdauer sehr schwankt, so ist es Sache des richterlichen Ermessens, für den betreffenden Fall eine Entscheidung zu treffen. **b)** LG. Würzburg, BayRpflZ. **13** 53 führt über die Gewährleistung für ein Kalb aus: Da der auf den Mangel gestützte Anspruch der Trächtigkeitszusage und der des Kalbens regelmäßig erst nach dem Ablaufe der Höchstdauer der Trächtigkeit geltend gemacht werden kann, da er vorher nicht erweislich ist, muß die Zusage den Ausschluß der mit der Übergabe beginnenden sechswöchigen Verjährungsfrist in sich schließen. Die Anhaltspunkte für diese stillschweigende Vereinbarung sind hier darin gegeben, daß der Verkäufer „für ein Kalb" einzustehen versprach, also dafür, daß nach der tatsächlich gegebenen Lage ein Junges in einem Zeitpunkt erscheinen werde, der erst später als sechs Wochen nach der Übergabe liegt (vgl. Gruchots Beitr. **55** 229). **c)** BayRpflZ. **13** 52 (LG. Aschaffenburg). Bei Zusicherung der

Trächtigkeit allein ohne nähere Zeitangabe verjährt der Wandelungs- oder Schadensersatzanspruch in sechs Wochen vom Tage der Ablieferung an gerechnet [vgl. jedoch gegen die herrschende Ansicht Meisner, Viehgewährschaft (2) 142].

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf auf Probe. Kauf nach Probe.

§ 495. *Karger, Billigung. Die Billigung ist keine Willenserklärung, sondern eine Rechtshandlung, die sich lediglich als Vollendung einer auf ein äußeres Verhalten hinzielenden, erheblichen, inneren Tatsache darstellt. Sie ist keine Wollensbedingung, da sie ein Urteil über den Kaufgegenstand darstellt, keine Zustimmung zum Vertrage. Der Käufer muß die Billigung, die einfache Potestativbedingung ist, gegen sich gelten lassen, wenn er auch ohne Verpflichtungswillen das Urteil abgegeben hat. Eine Anfechtung wegen Irrtums ist ausgeschlossen. Die Billigung eines Geschäftsbeschränkten bedarf nicht der Zustimmung des Gewalthabers; durch einen Stellvertreter kann die Billigung nicht erfolgen, da sie eine persönliche Willensäußerung des Käufers zum Ausdrucke bringen soll. Erfolgt vor der Billigung die Übergabe der Kaufsache, so geht damit in der Regel das Eigentum nicht über, anders dagegen ist es bei dem Kaufpreise.

2. Wiederkauf.

§ 498. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 822. Ein Verschulden des Wiederverkäufers kann auch darin liegen, daß er die verkehrsübliche Versicherung der Sache unterließ; er ist dann dem Wiederkäufer für einen event. Schaden ersatzpflichtig (Sicherungsübereignung!).

IV. Tausch.

SeuffA. **68** 397, BayObLG. **14** 91 (BayObLG.) über das Wesen des Tauschvertrags wie **RG. 73** 88, JDR. **9** 1.

Zweiter Titel. Schenkung.

Literatur: Noell, Das Verhältnis zwischen Schenkungen und unentgeltlichen Zuwendungen, insbesondere im Sinne der Gläubigeranfechtung. Berlin 1913.

§ 516. I. *Noell aaO. Die Berücksichtigung der Unentgeltlichkeit im BGB. geht in allen Fällen gleichermaßen von dem doppelten Gesichtspunkt aus: einerseits den in der Unwirtschaftlichkeit unentgeltlicher Vermögensminderungen liegenden ökonomischen Gefahren vorzubeugen, andererseits auf die besonders zarten und intimen persönlichen Beziehungen der unentgeltliche Geschäfte abschließenden Parteien Rücksicht zu nehmen. Diesen Gesichtspunkten wird die Definition des § 516, die eine juristisch scharfe Grenze zwischen Schenkungen und unentgeltlichen Zuwendungen bzw. Verfügungen zieht, nicht gerecht; denn sie erfaßt nur einen Teil der unentgeltlichen Zuwendungen, nicht aber gerade die, die besonders unwirtschaftlich oder besonders intimer Natur sind. Sie führt also hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 516 ff. zu unlogischen Ergebnissen, die aber ohne Gesetzesänderung nicht zu vermeiden sind. Zu ganz unmöglichen Resultaten führt aber die Anwendung des Legalbegriffs auf die zahlreichen Fälle, in denen das Gesetz außerhalb der §§ 516 ff. von Schenkungen spricht. Der Schenkungsbegriff des § 516 ist nur so weit maßgebend, als Vorschriften über Schenkungen gegeben werden (vgl. Motive). Letzteres ist aber in der Mehrzahl der Fälle, in denen nicht schuldrechtliche, sondern familien- bzw. erbrechtliche Verhältnisse geregelt werden, nicht der Fall; hier ist der Begriff der Schenkung ein anderer, aus dem gleichen Grundgedanken aller, die Unentgeltlichkeit berücksichtigenden Vorschriften und dem Sinne der besonderen Vorschrift sich ergebender. Die Definition des § 516 gilt also außer

für §§ 516 ff. allenfalls noch für §§ 1301, 1584, 1624, 2301. In allen anderen Fällen ist „Schenkung" gleichbedeutend mit unentgeltlicher Zuwendung bzw. Verfügung. So in §§ 1406, 1446, 1453, 1477, 1521, 1641, 1804, 2113, 2207, 2287, 2325, 2327, 2329—2331, und besonders im § 2385.

II. 1. R. **13** Nr. 335 (Breslau). Die einer Braut von einem nicht aussteuer- oder ausstattungspflichtigen Verwandten als Ausstattung gewährte Zuwendung ist eine Schenkung, auch wenn sie in Erfüllung eines dem Bräutigam gegenüber als Entgelt für die Eheschließung gemachten Versprechens erfolgt ist.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1585. Die Geldzuwendung des Ehemanns an die Ehefrau, um deren Rückkehr in die Hausgemeinschaft herbeizuführen, ist eine widerrufliche Schenkung. Die Rückkehr der Ehefrau bei erfolgender Versöhnung der Eheleute ist rechtlich nicht als eine entgeltliche Gegenleistung aufzufassen. Das Verlangen der Rückkehr ist eine Modalität der Schenkung, sie wird dadurch zu einer belohnenden, deren Widerruf ebenfalls zulässig ist.

§ 519. RG. 14. 4. 13, WarnE. **6** 422. Der § 519 findet keine Anwendung bei belohnenden Schenkungen, die unter der Herrschaft des ALR. geschlossen sind, weil dieses die belohnende Schenkung als oneroses Geschäft behandelte und deshalb die Geltendmachung der Kompetenz ausschloß. Bei solcher Rechtslage kann man nicht sagen, daß die soziale Tendenz des § 519 seine Anwendung auf altrechtliche Fälle remuneratorischer Schenkungen erfordere, zumal das BGB. im § 534 selbst bei Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, zu denen die remuneratorischen gehören können, die Rückforderung und das Widerrufsrecht nicht zuläßt.

§ 525. 1. *Noell, 33 ff. Die Auflage darf neben der Schenkungszuwendung immer nur nebensächliche Bedeutung haben. Nur dann kann sie nicht als Gegenleistung gelten, nur dann kann ihre Erfüllung größere Mittel erfordern, als mit der Schenkung zugewendet sind, und nur dann kann die Schenkung gültig bleiben, wenn die Auflage nichtig ist. Die Erfüllung der Auflage kann ihrerseits wieder eine reine Schenkung sein; daß diese Leistung die Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem ersten Schenker ist, steht ihrer Unentgeltlichkeit nicht entgegen, denn dieser Umstand betrifft nicht das Rechtsverhältnis des Leistenden zum Drittempfänger. Das conditionis implendae causa datum ist also „Schenkung", sofern freilich nicht die Wirkung der Bedingungserfüllung die notwendige Vermögensminderung verhindert (vgl. auch oben zu § 516 I).

2. **RG.** 14. 3. 13, JW. **13** 640, SeuffA. **68** 353. Auch wenn eine Zuwendung einem Vereine nicht schlechthin, sondern ausdrücklich zu Vereinszwecken gemacht wird, so braucht doch darum nicht notwendig Schenkung unter einer Auflage angenommen zu werden.

§ 530. *Unger, Selbstmord im Bürgerlichen Rechte 175 ff. Tötung mit Einwilligung fällt nicht hierunter (vgl. unten zu § 823).

§ 534. 1. *Noell, 47 f. Der Unentgeltlichkeit dieser Verfügungen fehlt nur das Moment der Unwirtschaftlichkeit; die falsche Annahme einer sittlichen Leistungspflicht würde die Unentgeltlichkeit überhaupt verneinen. Alle anderen Vorschriften, insbesondere die der §§ 518, 519, 521 bleiben deshalb auch für diese Schenkungen in Kraft (vgl. auch oben § 516 I).

2. Anstandspflichten zu Schenkungen (JDR. **8, 9, 10, 11**). **RG.** 15. 4. 13, WarnE. **6** 487 ff. Zuwendungen wohlhabender Arbeitgeber an Anstalten oder Stiftungen, welche die Unterstützung der zum Schenker in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse stehenden Personen und deren Angehörigen bezwecken, entsprechen in der Regel nicht einer sittlichen Pflicht im Sinne des § 534. Es können jedoch im einzelnen Falle besondere Umstände vorliegen, aus denen eine solche besondere Pflicht zu entnehmen ist. Solche Umstände könnten auf Grund besonderer

persönlicher Beziehungen des Arbeitgebers zu den Arbeitern und vielleicht auch dann als vorhanden angesehen werden, wenn der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitern einen Zwang ausübt, ihrerseits für den erfolgreichen Betrieb der Unterstützungskasse wesentliche Beiträge zu leisten. Bildet sich auf der Grundlage dieser beiderseitigen Leistungen ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitern dahin aus, daß die Arbeiter zu der Annahme berechtigt sind, der andere Teil werde die wohltätig wirkende, auch von ihnen mitunterhaltene Einrichtung der Kasse nicht ohne Grund und einseitig in ihrer Organisation zerstören, so mag für den leistungsfähigen Arbeitgeber eine sittliche oder doch Anstandspflicht bestehen, zu seinem Teile das ungestörte Fortbestehen der Kasse durch besondere Zuschüsse zu sichern.

Dritter Titel. Miete. Pacht.

Vorbemerkung: Von Erscheinungen der Literatur ist in erster Linie die jetzt in dritter Auflage erschienene Miete Mittelsteins hervorzuheben. Aus diesem hervorragenden Werke ist eine größere Anzahl für den Praktiker besonders wichtiger Stellen aufgenommen worden. Vom RG., das im allgemeinen sich nur verhältnismäßig selten mit mietrechtlichen Fragen zu beschäftigen hat, liegen dieses Mal zwei wichtige größere Entscheidungen über den Umfang des wegen Nichterfüllung des Mietvertrags zu leistenden Schadensersatzes vor (RG. **81** 200 ff. und **82** 363 ff.).

Literatur: Bacharach Der Schrankfachvertrag, HoldheimsMSchr. **13** 257—264, 295—300. — Eckstein, Mietrecht und Recht des Mieters auf Reklame, SeuffBl. **13** 127 bis 130. — Josef, Konkurs eines Mitmieters, LeipzZ. **13** 128—130. — Krull, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei der Miete von Gattungssachen, GruchotsBeitr. **57** 578 bis 584. — Lafrenz, Tritt die Mietezession beim Zuschlag über eine Zwangsverwaltung hinweg in Wirkung? JW. **13** 1128—1131. — Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reichs (3). Berlin 1913.

I. Miete.

§ 535. I. 1. Schrankfachvertrag (JDR. **11** I 1). a) Bacharach, HoldheimsMSchr. **13** 257 ff. Der Schrankfachvertrag ist als eine Kombination zwischen Miet- und Verwahrungsvertrag anzusehen, als ein Vertrag sui generis mit gleichwertigem Doppelinhalte der Verpflichtung der Bank. Er ist ein Konsensualvertrag und zwar ein gegenseitiger, da der Verpflichtung der Bank zur Gebrauchüberlassung und zur Obhut des Safes die Verpflichtung des Kunden zur Zahlung des vereinbarten Mietzinses gegenübersteht. b) *Mittelstein, Miete (3) 49 ff. Beim Bankfachvertrag handelt es sich grundsätzlich um Miete. Die Bank hat an dem Inhalte des Schrankfachs nicht das Pfandrecht des Vermieters (57). Lieferung von Heizung und Heißwasser durch den Vermieter sind Nebenleistungen desselben, für die er eine besondere Vergütung nur beanspruchen kann, wenn er sie ausbedungen hat.

2. Mietvertrag mit Ehegatten (JDR. **11** I 2). a) *Mittelstein, Miete (3) 62. Mehrere Vermieter können nur gemeinsam abmahnen und gemeinsam kündigen. Der Mietzins steht ihnen gemeinsam zu. Mißbraucht einer der Mitmieter die Sache, so ist die Abmahnung an alle zu richten und nur alle gemeinsam können gekündigt werden (75). Haben Ehegatten gemeinsam gemietet, so hat auch die Ehefrau die Rechte und Pflichten eines gewöhnlichen Mitmieters. Anders (76), wenn die Frau nur den Mietkontrakt mitunterzeichnet hat. Dann wird sie regelmäßig nur Mitübernehmerin der Mietschuld ihres Mannes sein und oft wird der Vertragswille sein, daß die Haftung der Frau auf ihre eingebrachten Sachen beschränkt sein soll. b) *Reichel, R. **13** 115. Mitabschluß des Mietvertrags durch die Ehefrau des Mieters bedeutet im Zweifel eine Schuldmitübernahme der Frau in Ansehung der Mieterpflichten; nicht aber den Abschluß eines akzessorischen Mietvertrags (gegen Oertmann DJZ. **05** 1079). c) Hierzu Josef, R. **13** 237, die Ansicht

Reichels werde den Verkehrserfordernissen nicht gerecht. d) FrankfRundsch. 47 160 (Frankfurt). Haben Eheleute gemeinschaftlich eine Wohnung gemietet zu dem Zwecke, sie als eheliche Wohnung zusammen zu benutzen, so stehen sie bezüglich der Rechte, die sie durch diese Miete erlangt haben, in einem Gesellschaftsverhältnisse nach §§ 705 ff. oder falls ihr Wille nicht darauf gerichtet war, durch die Miete auch untereinander in besondere vertragliche Beziehungen zu treten, wenigstens in einer Rechtsgemeinschaft nach den §§ 741 ff. BGB. Die Scheidung der Ehe bildet einen Auflösungsgrund für diese Mietgemeinschaft. Die Verwertung des gemeinschaftlichen Mietrechts hat durch Versteigerung unter den Mietparteien selbst zu erfolgen.

3. Anbringung von Reklamen und Schildern an Häusern (JDR. 11 II 2). a) *Eckstein, Das Recht des Mieters auf Reklame, SeuffBl. 13 127. Das Recht des Mieters auf Reklame ist nicht ein Teil des Mietrechts, sondern ein Mietnebenrecht. Folglich kein Besitzrecht an der Hausfassade, kein Anspruch auf einen bestimmten Teil der Hausfassade, sondern nur auf angemessenen Raum, Anspruch auf Reklamefläche, auch wenn kein Mietraum nach vorn gelegen. Über die nicht benutzte Reklamefläche kann nur der Vermieter verfügen. b) Hierzu Wolff, aaO. 317 ff. Der Mieter eines Ladens oder einer zu Geschäftszwecken gemieteten Wohnung hat ein sich als Teil seines Mieterrechts darstellendes Recht darauf, die Fassade des Hauses zu Reklamezwecken zu benutzen. Der Geschäftsmieter hat aber nicht das Recht, für fremde Reklame die Fassade zu benutzen, da eine derartige Benutzung über einen vertragsmäßigen Gebrauch eines Geschäfts in einem Mietlokale hinausgehen würde; der Vermieter hätte bei Zuwiderhandlung des Mieters in solchem Falle den Schutz des § 550. Auch der Mieter der nicht zu Geschäftszwecken gemieteten Wohnung hat ein Recht an der Außenseite des Hauses, soweit das für den Gebrauch der Wohnung nach der Verkehrssitte notwendig ist. Hier aber schränkt sich naturgemäß dieses Recht des Mieters gegenüber dem des Geschäftsmieters bedeutend ein. In sehr vielen Fällen wird der Wohnungsmieter überhaupt kein Recht zur Benutzung der Fassade haben; insbesondere ist es als Regel zu betrachten, daß er kein Recht auf Reklame hat (319). c) *Mittelstein, Miete (3) 187. Die Außenwände der Mieträume gelten, wenn es sich um Geschäftsräume in großen Städten handelt, als mitvermietet für die Anzeigen des Mieters.

4. Sachmiete und ähnliche Verträge (s. auch unten zu II 1). a) Josef, Saalmiete für Tanzmusik, KGBl. 13 73 ff. Der Vertrag eines Saalinhabers mit einem Musiker, wonach dieser an Sonn- und Feiertagen in dem Saale Tanzmusik zu veranstalten übernimmt und für die Überlassung des Saales dem Saalinhaber jedesmal eine Vergütung zahlt, ist ein Mietvertrag, bei dem die Mietzeit nicht bestimmt ist, der folglich nach §§ 580, 565 Abs. 1 Satz 1 nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs aufgekündigt werden kann. Die Auffassung, daß das Rechtsverhältnis aus einer fortdauernden Reihe einzelner Verträge bestehe, deren Gegenstand nur die Miete für den einzelnen Tag ist, so daß mit dieser einzelnen Leistung jedesmal der Vertrag sein Ende erreicht, folglich ohne Einhaltung einer Frist jederzeit gekündigt werden kann, widerspricht dem wirtschaftlichen Zwecke des Vertrags und sonach der Absicht der Parteien. Der Mietvertrag hat aber ein gesellschaftsähnliches Rechtswesen insofern, als der Mieter zur Abhaltung der Tanzmusik (d. i. dem Gebrauche des Saales) nicht nur berechtigt, sondern im Interesse des Vermieters auch verpflichtet ist, so daß eine Kündigung zur Unzeit schon nach dem entsprechend anwendbaren § 723 Abs. 2 unzulässig wäre. b) *Mittelstein, Miete (3) 29. Leere Räume, welche zu einem in ihnen noch nicht betriebenen Gewerbe eingerichtet sind, werden verpachtet. Die Einrichtung braucht (30 N. 54) nicht vollständig zu sein. (45) Der Vertrag über den Besuch von Ausstellungen, Vergnügungsetablissements usw. ist keine Miete.

5. Abtretung der Mietzinsforderungen. *Mittelstein, Miete (3) 331. Mietzinsforderungen aus erst zu schließenden Mietverträgen sind abtretbar, sie müssen aber genau bestimmt sein. Wenn nicht die sämtlichen Mietzinsen eines Grundstücks abgetreten werden, so müssen die Mieter oder Räume genau bezeichnet sein. Die Abtretung der Mieten eines Grundstücks bis zu einem bestimmten Höchstbetrage der Eingänge ist nicht genügend bestimmt.

6. Vorzeitiger Einzug des Mieters. *Mittelstein, Miete (3) 188. Vorzeitiges Einziehenlassen des Mieters ist Erstreckung des Mietverhältnisses, wodurch — abgesehen von der Verpflichtung zur Entrichtung vom Mietzins — alle Rechte und Pflichten von Mietparteien begründet werden.

7. Miete vertretbarer Sachen. *Mittelstein, Miete (3) 20. Es finden darauf die §§ 243 und 480 Abs. 1 Satz 1 Anwendung; der § 538 nur mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Abschlusses des Vertrags der Zeitpunkt der Überlassung der Mietsache zu treten hat. Hier beendet der Untergang der Mietsache regelmäßig nicht die Miete.

8. Bedeutung der Schankerlaubnis für die Mieträume. (JDR. **10** II 5, **11** II 3). *Mittelstein, Miete (3) 115. Es besteht keine Vermutung dafür, daß der Mieter von Wirtschaftsräumen stillschweigend die Bedingung setze, daß ihm die Konzession erteilt werde.

9. Unsittliche Mietverträge? *Mittelstein, Miete (3) 93 ff. Vermieten eines Zimmers an eine Prostituierte zu den gewöhnlichen Mietbedingungen ist kein unsittliches Geschäft. (96) Mietverträge auf Grund der Formulare von Grundeigentümervereinigungen, welche den Mietern die sozialpolitischen Vorteile des BGB. nehmen, sind nicht schon deshalb unsittlich (vgl. jetzt **RG.** 20. 5. 13 R. **13** Nr. 2229).

10. Ausbedingung einer Abnutzungsentschädigung (JDR. **10** II 4). Roll, SeuffBl. **13** 572. Der Vermieter kann die vereinbarte Abnützungsentschädigung nicht verlangen, wenn er selbst kündigt, ohne durch vertragswidriges Verhalten des Mieters dazu veranlaßt zu sein (LG. Deggendorf).

11. 1. Sachmiete und ähnliche Verträge (JDR. **8**, **9**, **10** II 1). **a)** **RG.** 26. 11. 12, **81** 23—30, GruchotsBeitr. **57** 681 ff., handelt eingehend darüber, ob Miete oder Pacht vorliegt, wenn Räume zum Betriebe der Gastwirtschaft überlassen werden, die für diesen Betrieb schon eingerichtet sind. — Ein Verpachten liege nicht nur dann vor, wenn mit den z. B. zu einem Zigarren- oder Friseurladen eingerichteten Räumen ein schon bestehendes Unternehmen, also ein an die Räume geknüpfter wirtschaftlicher Organismus, z. B. ein Hotelgeschäft oder ein schon im Betriebe befindliches Theater, zum Weiterbetrieb überlassen wird, sondern auch dann, wenn der Unternehmer diesen wirtschaftlichen Organismus erst durch eigene Tätigkeit und aus eigenen Mitteln zu schaffen hat. In diesem Falle sei aber wenigstens bei städtischen Grundstücken zur Annahme eines Pachtvertrags so viel erforderlich, daß die überlassenen Räume schon durch ihre bauliche Eigenart, ihre innere Einrichtung und Ausstattung im wesentlichen dazu geeignet sein müssen, als unmittelbare Quelle von Erträgen zu dienen (25). Zur Annahme eines Pachtverhältnisses genüge es nicht, wenn ein für einen bestimmten Gewerbebetrieb baulich schon eingerichteter, im übrigen leerer Raum zum Gewerbebetrieb überlassen wird; denn ein solcher Raum sei für sich allein, ohne die erforderliche innere Einrichtung, noch nicht geeignet, als Unterlage für die Erzielung von Erträgen zu dienen (29). Ähnlich auch **RG.** 10. 6. 13, JW. **13** 982. **b)** **RG.** 25. 2. 13, JW. **13** 639. Überlassung eines Kühlrums zum Gebrauche gegen ein vereinbartes Gesamtentgelt für eine bestimmte Zeit stellt sich als Mietvertrag dar. Es macht keinen Unterschied, ob die besondere Eigenschaft der niederen Temperatur der Sache schon von Natur anhaftet oder ob sie erst durch einmalige oder fortgesetzte Tätigkeit des Vermieters herbeigeführt

wird. c) **RG.** 18. 6. 13, EisenbE. **30** 227. Die Schutenvermietung mit Stellung eines Schiffers stellt sich als Sachmiete in Verbindung mit einem Dienstverschaffungsvertrage dar. d) SchlHolstAnz. **13** 155 (Kiel). An sich könnte sehr wohl ein vermietetes Haus, das vermöge der Mietverträge sog. „bürgerliche Früchte" trägt, Gegenstand eines Pachtvertrags sein. Jedoch ist ein Vertrag über Überlassung der Mieteinnahmen eines Hausgrundstücks in der Regel nicht als Pacht-, sondern als Mietvertrag anzusehen. e) **RG.** R. **13** 2267. Bei der Veranstaltung eines Viehmarkts handelt eine Stadtgemeinde nicht als Privatunternehmerin, sondern im öffentlichen Interesse und zum allgemeinen Wohle und die Gebühren, die von ihr für die Benutzung des Marktplatzes, der Stallungen und der sonstigen für die Marktzwecke getroffenen Einrichtungen erhoben werden, haben nicht die Natur des Mietzinses oder einer sonstigen privatrechtlichen Gegenleistung, sondern sie sind öffentliche Abgaben im Sinne des PrKommAbgG. vom 14. Juli 1893 § 4.

2. **RG.** 17. 1. 13, **81** 214, DJZ. **13** 585. Der § 254 BGB. ist bei Schadensersatzansprüchen aus Mietverträgen auch dann anwendbar, wenn der Verletzte nicht die Vertragspartei selbst ist. Der Mieter von Wohnungs- und Geschäftsräumen hat den vertragsmäßigen Gebrauch der gemieteten Räume und ihrer Zugänge nicht bloß für seine Person, sondern auch für seine Angehörigen zu beanspruchen. Sie üben, wenn sie davon Gebrauch machen, hierbei die Rechte des Mieters aus. Stößt daher bei solchem Gebrauch einem Angehörigen des Mieters durch Verschulden des Vermieters ein Unfall zu und der Mieter will daraus eine Verletzung seiner Vertragsrechte ableiten, dann muß er sich auch das Verschulden der Personen entgegenhalten lassen, die diese verletzten Vertragsrechte ausgeübt haben.

3. **RG.** 10. 6. 13, JW. **13** 1102 ff., SeuffA. **69** 57 ff. Die in einem Mietvertrage, der auf eine Reihe von Jahren abgeschlossen ist, enthaltene Klausel, daß die Bestimmung des Mietzinses für einen Teil der Mietdauer späterer Vereinbarung vorbehalten werde, macht beim Mangel späterer Einigung den Vertrag für diese Zeit unwirksam.

4. SächsRpflA. **13** 349 (Dresden). Die vertragsmäßige Verpflichtung eines Wirtes, in den gemieteten Restaurationsräumen Musikveranstaltungen zu unterlassen, erstreckt sich auch auf den Gebrauch eines Orchestrions.

5. SächsOLG. **34** 134, DJZ. **13** 1272, OLG. **27** 140 (Dresden). Bei der Miete eines Platzes für Ausstellungsgebäude werden die Ausladungen bei Bauten im Freien nicht mitberechnet.

§ 536. 1. Beleuchtungspflicht (JDR. **11** 1). a) **RG.** R. **13** 1255. Wenn der Mieter auf der Treppe infolge fehlender Beleuchtung gestürzt ist, so ist das eigene Verschulden des Mieters, der nach dem Erlöschen des Wachsstreichholzes nicht sofort umgekehrt ist, um selbst für eine Beleuchtung zu sorgen, nicht das Vorwiegende. (Der Mieter war nach dem Erlöschen noch einen Schritt weiter gegangen und dadurch die Treppe herunter gefallen). b) *Mittelstein, Miete (3) 199. Aus dem BGB. folgt nicht eine Verpflichtung des Vermieters, die Treppen des Miethauses zu beleuchten.

2. Aufnahme eines Konkurrenzgeschäfts in dasselbe Haus (JDR. **10** 2). OLG. **27** 141, SächsOLG. **34** 457, SeuffA. **68** 181. In der Regel liegt in dem Vermieten eines Geschäftsladens nicht ohne weiteres das Versprechen des Vermieters, im Hause kein Konkurrenzgeschäft während der Vertragsdauer zuzulassen. Es ist keineswegs der stillschweigend zugesicherte Inhalt eines solchen Mietvertrags, daß der Mieter ein gewinnbringendes Geschäft betreibe und deshalb ein solcher Geschäftsbetrieb nicht durch ein in demselben Hause betriebenes gleiches oder ähnliches Geschäft beeinträchtigt werde.

3. **RG.** 11. 4. 13, BayRpflZ. **13** 354. Da der Vermieter auf Grund des Mietvertrags verpflichtet ist, dem Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses zum Zwecke des Auszugs die Benutzung der zu den Mieträumen führenden Treppen zu

gestatten, so muß er diese Treppen und die über ihnen befindlichen Decken auf Grund des Mietvertrags auch für die Zeit des Auszugs in einem gefahrlosen Zustande erhalten.

4. **RG.** R. **13** 489. Der Vermieter ist auf Grund des Mietvertrags nach § 536 dem Mieter gegenüber verpflichtet, eine den Zugang zu seinem Hause bildende, in seinem Eigentume stehende und von ihm zu unterhaltende Brücke instand zu halten und bei Glätte zu bestreuen.

5. **RG.** R. **13** 662. Ist durch den schadhaften Zustand der Mieträume die Ehefrau des Mieters verletzt worden, so ist der Vermieter aus dem Vertrage dem Mieter zum Ersatze der Heilungskosten verpflichtet, die diesem gemäß § 1360 erwachsen. Daß die verletzte Frau selbst berechtigt ist, den Ersatz der Heilungskosten nach § 843 zu verlangen, schließt den Ersatzanspruch des Mannes wegen des von ihm erwachsenen Schadens nicht aus.

6. Über die Haftung des Mieters für einen Schaden, den Fuhrleute beim Einfahren von Kohlen an dem Haustore des Vermieters verursachen, handelt LG. Düsseldorf, DJZ. **13** 1084.

§§ 537, 538. 1. *Mittelstein, Miete (3) 209. Auf Beeinträchtigungen des Mietgebrauchs durch Naturereignisse, Anordnungen der Staatsgewalt und unberechtigte Eingriffe Dritter finden nicht die §§ 537—541 BGB. Anwendung, sondern die allgemeinen Grundsätze. (210): Der durch die Rechtsprechung anerkannte Anspruch eines Gläubigers wegen positiver Vertragsverletzung durch den Schuldner gilt auch für die Miete. (220): Die Beweislast dafür, daß im Falle des § 537 der Mietzins gemindert ist, trifft den Mieter. (233): Ein Hauswart ist Erfüllungsgehilfe des Vermieters nur in dem beschränkten Umfange seines Dienstes. (243): Grundsätzlich braucht der Mieter statt der gemieteten Räume keine anderen als Ersatz zu nehmen. (246): Geltendmachung der Minderung des Mietzinses schließt grundsätzlich nicht die Forderung des Ersatzes weitergehender Schäden aus.

2. Verhältnis der Rechte des Mieters aus den §§ 537 und 538 (JDR. 7). **RG.** 6. 6. 13, **82** 375. Ein Anspruch auf Minderung des Mietzinses ist nach § 537 nur für diejenige Zeit begründet, während deren die vermietete Sache während der Vertragsdauer mit einem Fehler behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt oder mindert. Für diese Zeit aber wird der Mieter im Falle des § 542 durch den Betrag mit entschädigt, der ihm als Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 538 für die Zeit gebührt, während deren er bei einer in angemessener Frist nach Ablauf der Abhilfefrist ausgesprochenen Kündigung (für die Zeit bis zu dieser Kündigung) die Mieträume wirklich inne gehabt hat. Denn durch den Schadensersatz wegen Nichterfüllung soll er nach § 249 in jeder Beziehung so gestellt werden, als wenn ihm der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache bis zur Aufhebung des Mietverhältnisses gewährt worden wäre. Er hat dann aber eben deswegen auch die Gegenleistung unverkürzt zu gewähren.

3. **RG.** BayRpflZ. **13** 70 handelt darüber, inwieweit der Vermieter für das Verschulden einer Baufirma und ihrer Angestellten einstehen muß, der er allgemein die Ausbesserungen in den Mieträumen übertragen hat.

§ 537. RG. 11. 3. 13, JW. **13** 597, BayRpflZ. **13** 252. Die Unbrauchbarkeit der Sache zu dem vertragsmäßigen Gebrauch muß bei der Miete ebenso wie bei dem Kaufe auch dann als Sachmangel angesehen werden, wenn sie auf Bestimmungen des öffentlichen Rechtes beruht. Eine die Benutzbarkeit eines Grundstücks hindernde oder einschränkende Bestimmung des öffentlichen Rechtes hängt überdies fast regelmäßig mit der örtlichen Lage des Grundstücks zusammen, so daß auch ein Zusammenhang des Mangels mit der Sache selbst gegeben sein würde. Das OLG. Hamburg, HansGZ. **13** Beibl. 20, welches ausführte: „In dem Bestehen gesetzlicher Vorschriften, die dem Betriebe der vom Mieter beabsichtigten Fabrikation

entgegenstehen, ist ein Mangel der Mietsache im Sinne des Abs. 1 nicht zu erblicken" wurde aufgehoben.

§ 538. 1. *Krull, GruchotsBeitr. **57** 578 ff. Die Miete von Gattungsachen hat m BGB. eine Sonderbehandlung nicht erfahren. Nach dem Wortlaute des Gesetzes müßten daher die im § 538 geordneten drei Fälle der Schadensersatzpflicht des Vermieters auch bei der Miete von Gattungsachen Anwendung finden. Das ist aber nur bei dem 2. und 3. Falle tatsächlich möglich. Denn für den ersten Fall zwingt die bebesondere Art des Vertrags zu einer Analogie mit der für den Kauf von Gattungsachen gegebenen Vorschrift des § 480 Abs. 2. Der Mieter hat deshalb einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung dann, wenn die Sache zu der Zeit, zu welcher der Vermieter dem Mieter den Gebrauch der Sache überlassen hat, mit einem Fehler behaftet ist, den der Vermieter nach § 537 zu vertreten hat. Ebenso neuerdings Mittelstein, Miete (3) 20.

2. **RG.** 14. 1. 13, **81** 200 ff., JW. **13** 371. Der Mieter einer Wohnung hat regelmäßig Anspruch auf eine ungestörte und gefahrlose Benutzung der Mietsache. Die Tauglichkeit derselben zum vertragsmäßigen Gebrauch ist schon dann aufgehoben oder gemindert, wenn die Benutzung nur in der Befürchtung der Gefährdung durch den Zustand der Mietsache erfolgen kann. Darauf, ob der Mieter im einzelnen Falle wegen Unkenntnis des Mangels eine Gefahr nicht befürchtete, kommt es nicht an (202). — Der dem Mieter durch § 538 gewährte Anspruch umfaßt auch den Schaden mit, der dem Mieter durch eine auf einen Mangel der Mietsache zurückzuführende körperliche Beschädigung entsteht (203).

3. **RG.** 6. 6. 13, **82** 363 ff., DJZ. **13** 1265, JW. **13** 980. Der Mieter ist nicht verpflichtet, Mängel der Mieträume, die ihn zur fristlosen Kündigung des Mietvertrags berechtigen, seinerseits zu beseitigen, um sein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 538 gegen Einwendungen des Vermieters aus § 254 Abs. 2 zu schützen. Das Recht des Mieters nach § 542 das Mietverhältnis durch seine einseitige Erklärung für die Zukunft aufzuheben, beruht eben auf der Nichterfüllung der Vorleistungspflicht des Vermieters in bezug auf die Gewährung des Gebrauchs der Mietsache, die durch den fruchtlosen Ablauf der ihm vom Mieter bestimmten Frist zur Abhilfe noch besonders festgestellt ist. Das Gesetz konnte daher dem Mieter nicht gleichwohl aus irgendeinem Grunde die Verpflichtung auferlegen wollen, seinerseits den Mangel, aus dem gerade dieses Recht entsprang, zu heben oder wenigstens zur Hebung beizutragen. Denn dann würde er gehalten sein, trotz jenes seines Rechtes selbst einen Zustand herzustellen, der diesem Rechte wenigstens für die Zukunft gerade den Boden entzöge (373).

4. **RG.** 17. 10. 13, R. **13** Nr. 3236. Der Wirt haftet dem Benutzer der Kegelbahn aus § 538 für ordnungsmäßige Beschaffenheit des Auflagebretts. Hat der Kegler infolge schlechter Beleuchtung die Splitterigkeit des Brettes nicht erkannt, mußte er aber wegen Abgenutztheit des Brettes mit der Möglichkeit des Splitterns rechnen, so trifft ihn eigenes Verschulden, wenn er beim Werfen der Kugel die Hand so niedrig hält, daß er sich an Splittern verletzen kann.

§ 539. **RG.** 1. 7. 13, BayRpflZ. **13** 400 im wesentlichen wie **RG.** JDR. **10.**

§ 542. 1. *Mittelstein, Miete (3) 257. Im Falle des § 542 ist es nicht ausgeschlossen, daß der Mieter eine Kündigungsfrist einhält. (264): Hat der Vermieter durch vertragswidriges Verhalten dem Mieter Anlaß zur vorzeitigen Auflösung des Mietverhältnisses gegeben, so kann der Mieter Ersatz des Schadens beanspruchen, der ihm infolge der Kündigung entsteht. (293): Bauliche Änderung der ihm zum Alleingebrauch überlassenen Mieträume braucht der Mieter sich nicht gefallen zu lassen, es sein denn, daß es sich um notwendige Ausbesserungen handelt.

2. **RG.** 6. 6. 13, **82** 363 ff. Wenn auch für den Mieter, der wegen Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs der gemieteten Sachen dem Vermieter

eine Frist zur Abhilfe bestimmt hat, nach deren fruchtlosem Ablaufe keine Verpflichtung besteht, das Mietverhältnis zu kündigen, so darf er doch den Vermieter darüber, ob er wirklich kündigen werde oder nicht, nicht unverhältnismäßig lange im Zweifel lassen, wenn er nicht gegen Treu und Glauben verstoßen will (vgl. Mittelstein, Miete 257 § 36 Nr. 8 und Niendorff, Miete 156). Noch weniger ist ein solches Verhalten zulässig, wenn der Mieter demnächst wegen Nichterfüllung des Mietvertrags durch den Vermieter gegen diesen Schadensersatzansprüche gemäß § 538 zu erheben gedenkt. Vielmehr wird er, wenn er nach Ablauf der Abhilfefrist des § 542 nicht sogleich die Kündigung ausspricht, etwa unter freiwilliger Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist, an deren Beobachtung auch ihm selbst gelegen sein kann, sich in angemessener, kurzer Frist darüber schlüssig zu machen haben, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch machen will. Verzögert er die Kündigung, so kann er Schadensansprüche nach § 538 nur insoweit erheben, als ihm solche auch bei rechtzeitiger Erklärung der Kündigung für die ihm bis dahin erwachsenen Schäden entstanden wären (373).

3. **RG.** 23. 9. 13, R. **13** Nr. 3120. Aus der ablehnenden Haltung des Vermieters im Kündigungsprozesse kann nicht zwingend darauf geschlossen werden, wie er sich verhalten haben würde, wenn ihm eine ordnungsmäßige Abhilfefrist gesetzt worden wäre.

§ 545. **RG. 83** 137. Für einen Schaden, den ein Dritter infolge baulicher Mängel der Mieträume, z. B. einer innerhalb der Mieträume liegenden Treppe, erleidet, haftet der Mieter seinerseits, wenngleich er nicht Eigentümer des die gefährliche Anlage enthaltenden Gebäudes ist, weil er den Personen, denen er die Benutzung der Treppe gestattet, für ihre Verkehrssicherheit aufzukommen hat.

§ 548. 1. Tod und Selbstmord des Mieters (JDR. **9, 10** 2). **a)** *Unger, Selbstmord im bürgerlichen Rechte 102. Selbstmord ist nur dann vertragswidriger Gebrauch der Mieträume, wenn das Mietverhältnis zu einem vorübergehenden, nicht auf eine gewisse Dauer angelegten Zweck berechnet war, z. B. im Hotel. In solchem Falle ist der gesamte durch den Selbstmord verursachte Schaden zu ersetzen, andernfalls nur der vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführte Schaden an der gemieteten Sache, als eine Folge der Art der Ausführung des Selbstmordes. **b)** *Mittelstein, Miete (3) 303. Es ist kein vertragswidriger Gebrauch einer Wohnung, wenn der Mieter in ihr eine Krankheit durchmacht oder stirbt. Anders beim Selbstmorde.

2. ElsLothJZ. **12** 524 ff. über den Ersatzanspruch des Vermieters eines Kartoffelkellers wegen dessen Beschädigung durch Naßfäule der Kartoffeln.

3. OLG. Stuttgart, WürttJ. **25** 23 ff. schon JDR. **11** Ziff. 1.

§ 549. 1. *Mittelstein, Miete (3) 596. Die Schadensersatzpflicht des Untervermieters, der seinem Untermieter nicht den Gebrauch gewähren kann, wird nicht dadurch ohne weiteres ausgeschlossen, daß der Untermieter bei Abschluß der Untermiete wußte, daß sein Vermieter ein Untervermieter ist, denn § 539 ist nach § 541 Satz 1 nur entsprechend anzuwenden. Der Vermieter braucht die Abtretung der Mieterrechte nicht zu gestatten. Für den Fall seiner Weigerung ist dem Mieter nicht das Kündigungsrecht aus § 549 zu gewähren (599). Die Gebrauchsüberlassung des § 549 ist ein tatsächlicher Vorgang, nicht eine Abtretung der Mieterrechte (568).

2. **RG.** 4. 12. 12, **81** 59 ff., JW. **13** 263, SeuffA. **68** 306. Der § 549 regelt lediglich das Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter und legt der Erlaubnis des ersteren zur Untervermietung nur die Bedeutung bei, daß diese nicht einen vertragswidrigen Gebrauch, eine Verletzung der Rechte des Vermieters (§ 553) darstellt. Die Wirksamkeit des Untermietvertrags, der nur Rechte und Pflichten zwischen Untervermieter und Untermieter erzeugt, ist von der Erlaubnis nicht abhängig, es

sei denn, daß sie in dem Untermietvertrag ausdrücklich oder stillschweigend als Bedingung gesetzt ist.

3. **RG.** 4. 12. 12, **81** 62, JW. **13** 263. Auch wenn der Mieter zur Zeit des Vertragsschlusses weiß, daß sein Vermieter nur Mieter ist und daß die zur Untervermietung erforderliche Erlaubnis des Vermieters noch nicht erteilt ist, auch wenn der Untermietvertrag von beiden Teilen in der nicht zur Bedingung erhobenen Voraussetzung abgeschlossen wird, daß der Vermieter die Erlaubnis erteilen werde, so kann der Untermieter von dem Untervermieter Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen, wenn der Untermietvertrag infolge Versagung der Erlaubnis nicht erfüllt wird. Will der Untervermieter für Verschaffung der Erlaubnis nicht einstehen, so muß er die Wirksamkeit des Vertrags von der Erteilung der Erlaubnis als Bedingung abhängig machen.

§ 552. **RG.** 27. 6. 13, JW. **13** 981 behandelt einen Fall, in dem der frühere Einzug des neuen Mieters in die leerstehende Wohnung keine anderweite Verwertung des Gebrauchs darstellt.

§ 553. LeipzZ. **13** 248 ff. (Frankfurt) über die Folgen der fristlosen Kündigung eines Mietvertrags wegen schuldhaften Verhaltens des Mieters und den Unterschied der auf das Gesetz und den Mietvertrag gestützten Kündigung.

§ 554. 1. *M i t t e l s t e i n, Miete (3) 342 ff. Die Zahlung einer einzelnen Mietzinsrate ist keine Teilleistung im Sinne des § 266. (352): Hat der Mieter an seinem Erfüllungsorte rechtzeitig den Mietzins bei der Post eingezahlt, so hat er auch dann rechtzeitig gezahlt, wenn das Geld erst nach dem Fälligkeitstermine bei dem Vermieter eintrifft. (360): In der vorbehaltlosen Annahme einer Teilzahlung liegt nicht ohne weiteres die Stundung des Restes. (365): Wenn der Vermieter auf Grund des § 554 kündigt, so ist der Mieter schadensersatzpflichtig, sofern man feststellen kann, daß der Mieter für seine Zahlungsfähigkeit aufkommen wollte oder seine Zahlungsunfähigkeit verschuldet hat. (370): Ausbedingung einer Fortentrichtung des Mietzinses, wenn das Mietverhältnis wegen Nichtzahlung vorzeitig gekündigt war, ist regelmäßig Festlegung des Schadensersatzes.

2. **RG.** 14. 3. 13, **82** 50 ff., JW. **13** 591. Sofortige Kündbarkeit kraft Vertrags bei „Nichtzahlung einer Mietrate" tritt auch bei teilweiser Nichtzahlung ein (54). Bei der Frage, ob in der vorbehaltlosen Annahme einer Teilzahlung seitens des Vermieters ein Verzicht auf das ihm bei unpünktlicher Mietzahlung zustehende Kündigungsrecht zu erblicken ist, kommt es wesentlich darauf an, ob nach den Umständen des Falles der Wille des Vermieters, sich mit der Fortsetzung des Mietverhältnisses einverstanden zu erklären, angenommen werden kann (so schon **RG.** GruchotsBeitr. **48** 103 ff.; weitere Literaturangaben aaO. 55).

§ 556. 1. H e l l m a n n, JW. **13** 510, hält den Mieter, der sich außer den vom Vermieter empfangenen Hausschlüsseln noch mehrere Exemplare auf eigene Rechnung hat anfertigen lassen, nicht für verpflichtet, diese bei Beendigung des Mietverhältnisses dem Vermieter herauszugeben. Dagegen meint B e s o l d, JW. **13** 614, der Mieter sei zur Herausgabe verpflichtet, weil § 556 sich auch auf das Z u b e h ö r der Mietsache erstrecke. S t r u p p, JW. **13** 759, bestreitet die Zubehöreigenschaft des Schlüssels, gelangt aber unter anderen Gesichtspunkten dazu, den Mieter zur Herausgabe für verpflichtet zu halten.

2. B e w e i s l a s t (JDR. **7** u. **10** 2). BadRpr. **13** 9 ff. (Karlsruhe). Daß eine Haftungsbefreiung vorliegt, hat gemäß § 282 stets der Mieter zu beweisen (vgl. z. B. RGRKomm. Anm. 3 zu § 548).

3. Über den Umfang der Pflicht des Mieters zum Vorzeigen der Mietwohnung an Mietlustige vgl. SeuffA. **68** 61 ff. (Dresden).

§ 559. 1. *M i t t e l s t e i n, Miete (3) 490. Das Vermieterpfandrecht ergreift die eingebrachten Sachen des Übernehmers der Mietschuld, nicht aber die des

Bürgen. (498): Für die Entscheidung, ob eine Entschädigungsforderung eine künftige ist, kommt es auf die Fälligkeit nicht an. (525): Der Mieter muß geltend machen und beweisen, daß an eingebrachten Sachen ein Sperrecht nicht besteht. (540): Gerichtliche Geltendmachung des Vermieterpfandrechts liegt schon in der Einreichung einer einstweiligen Verfügung.

2. *Dickel, Rechtsfälle Heft 1, Erläuterungen 258 ff. Die Pfändbarkeit der Sache ist eine Voraussetzung der Entstehung des Pfandrechts. Im Falle des Streites ist nicht vom Beklagten die Unentbehrlichkeit, sondern vom Kläger die Entbehrlichkeit nachzuweisen; hinsichtlich des Eigentums muß § 1006 mittelbar auch zugunsten des Vermieters zur Anwendung kommen.

3. Über Gesetzgebungsfragen zum Pfandrechte des Vermieters vgl. *Klein, ÖstZBl. **31** 220 ff.

§ 560. 1. *Mittelstein, Miete 561. Haben mehrere Gläubiger des Mieters eingebrachte Sachen gepfändet, so entscheidet für die Berufung auf § 560 Satz 2 der Zeitpunkt der Pfändung der Sachen, nicht der der Entfernung.

2. **RG.** 17. 6. 13, R. **13** Nr. 2274, SeuffBl. **13** 574 ff. Die zurückbleibenden Gegenstände müssen einen solchen Wert darstellen, daß sie ohne weitere Prüfung und ohne Vornahme zeitraubender Untersuchung den Eindruck hervorrufen, der Vermieter werde durch sie für seine Forderungen hinlänglich gedeckt sein.

§ 564. *Mittelstein, Miete (3) 157. Der Bürge eines Mieters, der auf unbestimmte Zeit gemietet hatte, kann zwar nicht das Mietverhältnis, wohl aber die Bürgschaft dem Vermieter kündigen, wenn sich aus den Umständen des Falles nicht ein anderes ergibt. Der Bürge muß dann aber zu solchen Terminen und so zeitig kündigen, daß der Vermieter noch in der Lage ist, das Mietverhältnis auf denselben Termin zu kündigen. (171): Ist das Mietverhältnis durch Überlassung der Mietsache realisiert, so ist nur Raum für eine Kündigung, vor Beginn der Miete (172) indes Raum für einen Rücktritt. (185): Ausnahmsweise kann der Vermieter schon vor der Überlassung der Mietsache und vor dem Beginne des Mietverhältnisses vertragliche Pflichten gegen den Mieter haben.

§ 565. 1. *Mittelstein, Miete (3) 418. Bedingte Kündigung ist wirkungslos, es sei denn, daß es sich um eine Potestativbedingung handelt. (441): Vierteljährliche Kündigung bedeutet Kündigung auf die gesetzlichen Termine unter Einhaltung der Kündigungsfrist eines vollen Vierteljahrs.

2. HansGZ. **13** Beibl. 34 (Hamburg). Die Bestimmung, es solle ein bis zu einem bestimmten Termine geschlossener Mietvertrag „mindestens sechs volle Monate vor Ablauf" gekündigt werden, bedeutet, daß zwischen dem Empfange der Kündigung und dem Tage, an dem die Mietzeit endigen soll, ein Zeitraum von vollen sechs Monaten liegen muß. Diese Frist muß daher unter allen Umständen unverkürzt durch Sonntage bis zum Beendigungstage der Mietzeit verlaufen sein.

§ 566. 1. **a)** *Mittelstein, Miete (3) 123 ff. Der Satz 2 des § 566 enthält eine zwingende Fiktion. Nur dann wird die Anwendbarkeit des Satz 2 verneint werden dürfen, wenn die Fiktion zu einem für beide Parteien unbrauchbaren oder widersinnigen Ergebnisse führt. **b)** In dem vom KG., JDR. **11** 1, entschiedenen Falle war — wie berichtigend hervorgehoben sei — das Zustandekommen des Mietvertrags deshalb verneint worden, weil die Parteien zweifellos vorher beabsichtigt hatten, einen schriftlichen Vertrag zu schließen. Zu der Streitfrage, ob der Satz 2 des § 566 nur eine Auslegungsregel darstellt, hatte das KG. aber keine Stellung genommen.

2. **RG.** 11. 10. 12, GruchotsBeitr. **57** 424, hält auf Grund des Tatbestandes des zur Entscheidung stehenden Falles die Form des § 566 für erfüllt, wenn in einem schriftlich geschlossenen Mietvertrag ein Dritter kraft der dort erklärten Gestattung

des Vermieters lediglich durch schriftlichen Vertrag mit dem Hauptmieter eingetreten ist.

3. Vorvertrag (JDR. **9** 3). ElsLothJZ. **13** 414 (Colmar). Auch der Vorvertrag, durch den sich eine Partei zum Abschluß eines auf längere Zeit als ein Jahr berechneten Mietvertrags verpflichtet, bedarf der Schriftform.

4. **RG.** JDR. **11** Ziff. 3 jetzt auch **RG. 80** 400 ff.

§ 568. *Mittelstein, Miete (3) 470. Im Falle der stillschweigenden Fortsetzung des Mietverhältnisses beginnt ein neues Mietverhältnis.

§ 569. 1. **a)** *Unger, Selbstmord im bürgerlichen Rechte 116 ff. § 569 gilt auch bei Selbstmord des Mieters. **b)** *Mittelstein, Miete (3) 454. Auch wenn der Tod des Mieters vor dem Beginne der Mietzeit erfolgt, ist der erste Kündigungstermin vom Beginne der Mietzeit ab zu rechnen.

2. KGBl. **13** 63 (KG.). Die Kündigung des Mietverhältnisses durch die Erben des Mieters ist im Falle unverzüglicher Zurückweisung seitens des Vermieters mangels Legitimation nicht rechtswirksam, es sei denn, daß noch vor Beginn der Kündigungsfrist der Legitimationsnachweis geführt wird.

§ 571. *Mittelstein, Miete (3) 617. Eignet der Fiskus sich ein herrenloses Grundstück zu (§ 928), so finden die §§ 571 ff. Anwendung. (631): Für den Erwerber eines Grundstücks sind die Abmachungen in den Mietverträgen über die Lieferung von Heizung, Heißwasser, Betriebskraft usw. verbindlich.

§ 572. **RG.** 10. 3. 13, BayRpflZ. **13** 228. Der Ausdruck Sicherheit im § 572 Satz 1 begreift auch die Rechte aus einer Bürgschaft und ist nicht etwa nur auf solche Sicherheitsleistungen zu beziehen, die einer Aushändigung fähig sind.

§ 573. *Lafrenz, JW. **13** 1128. Wird während schwebender Zwangsverwaltung die Zwangsversteigerung angeordnet, so ist die Beschlagnahme der Verwaltung auch für die Versteigerung als der Zeitpunkt anzusehen, von welchem an die Wirksamkeit der Vorausverfügungen über Miet- und Pachtzinsen sich berechnet. Nicht beizutreten ist der Annahme **RG. 64** 418, daß in solchem Falle beim Zuschlage die früheren Mietezessionen gegen den Ersteher „wieder aufleben" und diesem die Mieten des beim Zuschlage laufenden und des folgenden Quartals entziehen.

§ 577. *Mittelstein, Miete (3) 667. Im Fall des § 577 findet der § 571 Abs. 2 Satz 2 keine Anwendung. (715): Eine vor der Beschlagnahme des Grundstücks erfolgte Verfügung über die Mieten ergreift grundsätzlich auch die mit einem Zwangsverwalter geschlossenen Mietverträge.

II. Pacht.

§ 581. 1. v. Brünneck, Recht der Jagdausübung, GruchotsBeitr. **57** 366. Wenn es zur Veräußerung eines Grundstücks kommt, auf welchem die Jagd verpachtet und dem Pächter zur Nutzung überlassen ist, sind nicht die für die Verpachtung von Rechten geltenden Vorschriften, sondern die Vorschriften als maßgebend zu erachten und anzuwenden, welche das BGB. in den §§ 571, 580, 581 Abs. 2 für Miete und Pacht von Grundstücken aufstellt.

2. **RG.** 3. 6. 13, **82** 340 ff. behandelt die rechtliche Natur von Verträgen, durch die eine Stadtgemeinde den gewerblichen Betrieb des öffentlichen Anschlagswesens einem Unternehmer gegen Entgelt überläßt. Die Tatsache, daß körperliche Gegenstände, nämlich die Oberfläche der Anschlagsäulen und damit auch der Gebrauch der durch die Anschlagsäulen bedeckten und dadurch dem Gemeingebrauch entzogenen Teile der öffentlichen Straßen und Plätze zur vertragsmäßigen Verwendung überlassen werden, sei gegenüber dem Umstande, daß der neue Erwerber des Anschlagswesens in die durch das Bestehen der Einrichtung entstandenen und durch ihre lange Dauer gefestigten geschäftlichen Beziehungen zu den Interessenten und dem Publikum

eintrete, von geringerer wirtschaftlicher Bedeutung (343). Es handele sich deshalb um die Verpachtung eines gewerblichen Unternehmens.

§ 585. *Fischer, SeuffBl. **13** 174 ff. Das Verpächterpfandrecht geht dem Pfändungspfandrecht des Gläubigers des Pächters vor. Es entsteht zu der Zeit, zu welcher die Erzeugnisse des Bodens als Frucht, wenn auch als unreife, bezeichnet werden können, spätestens in dem Zeitpunkte der Zulässigkeit der Früchtepfändung. Dies folgt aus dem vom Gesetz erstrebten Sicherungszwecke des Verpächters und aus dem Wortlaute des § 810 ZPO. (s. oben zu § 455 Ziff. 1).

§ 586. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 818. Aus der dem Pächter auferlegten Erhaltungspflicht ergibt sich nicht die Verpflichtung, die Sache unter Versicherung zu bringen; diese Maßnahme kann der Verpächter, der ja die Gefahr der Sache trägt, selbst treffen. Vgl. auch den Wortlaut dieses Paragraphen im I. u. II. Entwurf.

§ 588. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 818. Der Pächter ist nicht verpflichtet, das Inventar unter Versicherung zu bringen, da er ja selbst die Gefahr trägt.

Vierter Titel. Leihe.

§ 598. *Boehmer, Realverträge im heutigen Rechte, ABürgR. **38** 314 ff. Die Konstruktion von Realverträgen ist systematisch und prakti ch unhaltbar. Die juristische Konstruktion muß bei Schuldverträgen vom Vertragszwecke ausgehen; dieser wird regelmäßig im Vertragsschlusse festgesetzt und durch die Erfüllungshandlungen verwirklicht. Vertragszweck bei Leihe, Darlehen und Verwahrung ist aber nicht, wie die alte Konstruktion konsequenterweise annehmen muß, die Rückgabe, sondern bei Leihe und Darlehen Nutzbarmachung fremder Sach- und Geldwerte, bei Verwahrung Abnahme der Aufbewahrungslast. Mithin gehört die Hingabe zur Zweckverwirklichung und steht im Banne der obligatorischen Einstandspflicht; die Rückgabepflicht ist lediglich der juristische Ausdruck der zeitlichen Begrenzung der Vertragsverhältnisse. Auch die praktischen Konsequenzen der Konsensualkonstruktion sind weit brauchbarer.

§ 601. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 819 Da der Entleiher für die Erhaltung der Sache sorgen muß, so muß er sie, soweit dies verkehrsüblich ist, auch versichern.

Fünfter Titel. Darlehen.

§ 607. 1. *Reichel, Mäklerprovision 18 ff. Darlehen ist Konsensualvertrag; einen Darlehnsvorvertrag gibt es nicht; die Kategorie des „Vorvertrags" steht und fällt mit der Annahme eines Realvertrags.

2. **a)** HansGZ. **13** Beibl. 191 (Hamburg). Die Möglichkeit, daß in einem Gesellschaftsvertrage die Einlage eines Gesellschafters als Darlehen geleistet werden könnte, kommt nicht in Betracht, denn das eine schließt das andere begrifflich aus.

b) **RG.** BayRpflZ. **13** 228. Die Umwandlung der Gesellschaftseinlage in eine Darlehnsschuld ist vor Auflösung der Gesellschaft begrifflich ausgeschlossen.

3. Darlehnsvorvertrag. BadRpr. **13** 46 (Karlsruhe). Ein Darlehnsvorvertrag (pactum de mutuo dando), wonach der Schuldner verpflichtet ist, dem Gläubiger gegen eine zweite Hypothek hinter 60 000 M. ein Darlehen von 10 000 M. zu geben, ist als gegenseitiger Vertrag im Sinne des § 326 BGB. anzusehen; der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung setzt daher vor allem voraus, daß der Schuldner mit der ihm obliegenden Leistung gegenüber dem Gläubiger im Verzuge gewesen wäre. Das war aber keineswegs der Fall; es ist hierzulande die fast ausnahmslose Regel des Verkehrs, daß nach Abschluß eines solchen Darlehnszusagevertrags zunächst der Darlehnsnehmer dem Geber die Hypothek ordnungsmäßig zu bestellen und ihm die grundbuchmäßigen Nachweise zur Prüfung der Sach- und Rechtslage zu übergeben hat, und daß die Auszahlung des Darlehens

erst stattfindet, wenn der Darlehnsgeber diese Nachweise geprüft und in Ordnung befunden hat. Nach §§ 157 u. 242 BGB. wäre diese Verkehrssitte auch als maßgebend für die Parteien anzusehen.

4. BreslauAK. **13** 12 (Breslau). Bei Beantwortung der Frage, wer Gläubiger eines Sparkassenguthabens ist, tritt das OLG. dem **RG. 73** 221 bei.

5. **RG.** R. **13** Nr. 2059. Die Vermutung des § 607 Abs. 2 setzt bare Darlehnshingabe nicht voraus.

6. **RG.** R. **13** Nr. 665. Bei dem sog. Vereinbarungsdarlehen steht dem Schuldner der Nachweis offen, daß die umgewandelte Schuld nicht bestanden hat; denn ohne eine solche ist keine Umwandlung in eine Darlehnsschuld zustande gekommen (**RG. 62** 51).

§ 609. RG. R. **13** Nr. 666. Kündigungsausschluß auf Lebzeiten des Darlehnsgebers ist mit dem Begriffe des Darlehens vereinbar. Die Wirksamkeit der Ausschließung der Kündigung für die Lebenszeit der Klägerin kann nicht in Zweifel gezogen werden. Es handelt sich dabei nicht um eine Ausschließung der Kündigung überhaupt, bei deren Vorliegen es zweifelhaft sein könnte, ob das Geschäft unter den Begriff des Darlehens zu bringen oder in anderer Weise zu beurteilen wäre, sondern lediglich um den Ausschluß der Kündigung bis zu einem Zeitpunkte, der durch den zeitlich unbestimmten Eintritt eines gewissen Ereignisses bestimmt werden soll.

§ 610. R. **13** Nr. 3122 (Hamburg). Das Versprechen, ein Darlehen zu gewähren, ist kein abstraktes Schuldversprechen und bedarf daher auch nicht der für abstrakte Schuldversprechen vorgeschriebenen Form.

Sechster Titel. Dienstvertrag.

§ 611. I. Dienstvertrag oder Werkvertrag. 1. **RG. 81** 8. Zutreffend ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß der zwischen der Beklagten und dem Ehemanne der Klägerin geschlossene Vertrag sich als Dienstvertrag und nicht als Werkvertrag darstellt. Dem Ingenieur L. ist nicht etwa als selbständigem Unternehmer die Herstellung des Gleises auf seine Rechnung übertragen worden; die Beklagte ist vielmehr auch im Verhältnisse zu ihm die Unternehmerin geblieben und hat ihn nur mit der Leitung und Beaufsichtigung des von ihr herzustellenden Werkes beauftragt. Nicht ein bestimmter Erfolg war nach dem Willen der Vertragschließenden Gegenstand der Verpflichtung des L., sondern lediglich seine Arbeitstätigkeit; einzelne sonstige Leistungen, zu denen er sich verpflichtete, waren Nebenverbindlichkeiten, die für den rechtlichen Charakter des Vertrags ohne Bedeutung sind. Wenn ihm die Verantwortlichkeit für eine solche Herstellung des Gleises, die dem Vertrage der Beklagten mit ihrer Bestellerin entsprach, auferlegt wurde, so lag hierin die vertragliche Zusicherung der dem L. als Bauleiter gesetzlich obliegenden Pflichten.

2. SeuffA. **68** 443 (Dresden). Der Dienstverschaffungsvertrag, den eine Eilbotenanstalt (Messenger boy) mit dem Kunden schließt, ist ein Dienstvertrag.

3. BadRpr. **13** 33 (Karlsruhe). Ein Vertrag, durch den ein Weinhändler einen Wirt zum Geschäftsführer einer ihm gehörigen Weinstube gegen festes Gehalt bestellt, ist als Dienstvertrag nach §§ 611 ff. BGB. trotz vereinbarter mehrjähriger Vertragsdauer jederzeit kündbar. Der Gekündigte hat beim Fehlen eines wichtigen Grundes zur Kündigung nur ein Recht auf Schadensersatz.

II. Einzelne Vertragsverhältnisse. 1. Vertrag mit dem Krankenhause. **RG. 83** 71 ff., R. **13** Nr. 2714. Zwischen dem Kranken, der zur Vornahme einer Operation als „zahlungsfähige Privatperson" in eine besondere Pflegeklasse eines Krankenhauses aufgenommen wird, und dem Krankenhausunter-

nehmer wird, auch wenn dieser als juristische Person des öffentlichen Rechtes das Krankenhaus im allgemeinen zur Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung hält, ein bürgerlich-rechtliches Vertragsverhältnis begründet (**RG. 64** 231 u. R. **12** Nr. 265). Dabei ist es unerheblich, ob die Krankenhausgebühren öffentliche Abgaben und im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens beitreibbar sind. Der Krankenhausunternehmer haftet daher für ein Verschulden, welches dem Anstaltsarzt, einer Krankenschwester oder einem sonstigen bei der Operation mitwirkenden Angestellten zur Last fällt, aus § 278 BGB. (**RG. 59** 22).

2. Vertrag mit dem Rechtsanwalt (s. auch § 276 Ziff. V 3). a) **RG.** R. **13** Nr. 2715. Nimmt die Partei den Rechtsanwalt deshalb auf Schadensersatz in Anspruch, weil er es unterlassen hat, gegen das der Partei ungünstige Urteil die Berufung einzulegen, so hängt die Entscheidung der Frage, ob der Kläger durch die Versäumung der Berufungsfrist einen Schaden erlitten hat, davon ab, ob er in der Berufungsinstanz voraussichtlich einen Erfolg erzielt haben würde. Bei der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, daß das Berufungsgericht die richtige, d. h. diejenige Entscheidung getroffen haben würde, die das über den Schadensersatzanspruch erkennende Gericht für richtig hält (vgl. GruchotsBeitr. **56** 321). Der Ersatzanspruch ist begründet, wenn hiernach ein Erfolg der Berufung für den Kläger zu erwarten war, und es ist rechtsirrig, daß das Urteil im Vorprozesse, soweit das damals vorliegende Tatsachenmaterial in Betracht kommt, so offensichtlich unrichtig sein müsse, daß das Berufungsgericht im Vorprozeß unzweifelhaft zugunsten des Klägers erkannt haben würde. b) **RG.** R. **13** Nr. 2404. Hat ein Hypothekengläubiger einem Rechtsanwalt Auftrag gegeben, in einem Zwangsversteigerungsverfahren zur Deckung der Hypothek Gebote abzugeben, so muß er ihm in klarer Weise mitteilen, ob und inwieweit er für seine Forderung noch anderweitig gedeckt ist, also seine Hypothek nicht voll ausgeboten zu werden braucht. c) May, Zur Frage der Haftung des Hauptbevollmächtigten für die Kosten des Unterbevollmächtigten, HessRspr. **14** 184. Der Vertrag kommt nur dann zwischen dem Unterbevollmächtigten und der Partei unmittelbar zustande, wenn der Hauptbevollmächtigte zur Bestellung eines Vertreters namens der Partei ermächtigt ist und auf Grund dieser Ermächtigung namens der Partei den Vertreter bestellt hat. In diesem Falle ist nur die Partei für die Kosten des Unterbevollmächtigten haftbar. In allen anderen Fällen treten der Unterbevollmächtigte und die Partei in kein unmittelbares Vertragsverhältnis, der Vertrag kommt vielmehr zwischen dem Hauptbevollmächtigten und dem Unterbevollmächtigten zustande, jener haftet daher auch diesem für seine Kosten.

3. Vertrag mit dem Notar. a) ElsLothZ. **38** 82, ZBlFG. **13** 31 Nr. 34 (Colmar). Wenn der mit Verbriefung eines Kaufvertrags beauftragte Notar, trotzdem er das Grundbuch eingesehen hat und den Widerspruch zwischen den Angaben des Verkäufers über die Hypothekenanlage des Grundstücks und den Eintragungen hätte bemerken müssen, auf die Frage des Käufers geantwortet hat, es sei alles richtig, sonst stehe nichts darauf, so hat er fahrlässig gehandelt und damit den dem Käufer verursachten Schaden herbeigeführt (§§ 611, 675 BGB.; ZBlFG. **11** 761 Nr. 697 und Verw.). b) Über die Haftung des Notars s. § 276 Ziff. V 4 und die ausführliche Entsch. **RG.** WarnE. **13** 241 über die Beamtenhaftpflicht. c) SeuffA. **68** 143 Nr. 80 (München). Der (bayerische) Notar handelt in amtlicher Eigenschaft, nicht als Privatperson, wenn er den Beteiligten über die Kosten eines von ihm zu beurkundenden Geschäfts Auskunft gibt.

4. Vertrag mit dem Architekten. a) **RG.** R. **13** Nr. 1861. Die durch die Hamburger Norm vorgesehene Art der Gebührenberechnung nach Bruchteilen der Baukosten erfordert, daß der Bauherr dem Architekten unter Vorlegung der Baurechnungen Auskunft über die Höhe der Baukosten erteilt, soweit dieser

einer solchen Auskunft bedarf. An dieser Verpflichtung zur Auskunftserteilung wird dadurch nichts geändert, daß der Bauherr die Bauleitung später einem anderen Architekten übertragen hat, da bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen ist, daß unter der neuen Bauleitung die gleichen Kosten erwachsen sind, wie sie auch sonst erwachsen wären. b) R. **13** Nr. 1275 (Stuttgart). Der bauleitende Architekt ist nicht verpflichtet, nach Erledigung des Auftrags dem Bauherrn die Bauzeichnungen und Kostenvoranschläge in Urschrift oder in einer auf Kosten des Architekten zu fertigenden Abschrift herauszugeben, sondern höchstens gegen Erstattung der Kosten der Abschrift oder wiederholten Fertigung.

5. Vertrag mit dem Gesanglehrer. R. **13** Nr. 3123 (Hamburg). Verträge zwischen Gesanglehrern und Gesangschülern, gerichtet auf Ausbildung der letzteren im Gesange, sind ihrer Natur nach Dienstverträge und nicht Werkverträge, selbst wenn der Gesanglehrer in dem Vertrage sich zur „ganzen Ausbildung im Opern- und Konzertgesang" verpflichtet.

6. Vertrag mit dem Schauspieler. KGBl. **13** 30 (KG.). Für den Schauspieler erschöpft sich der Zweck des Engagementsvertrags nicht in dem Bezuge der ihm zugesagten Vergütung. Er hat ein Interesse daran, in der Übung zu bleiben, sich fortzubilden und vor allem auch seine künstlerische Persönlichkeit zur Geltung zu bringen. Dieses Interesse liegt klar zutage und ist auch der Bühnenleitung bekannt. Es kann für die Beurteilung der dem Schauspieler aus dem Vertrage zustehenden Rechte nicht völlig ausgeschaltet werden. Seine Verletzung gefährdet auch die vermögensrechtlichen Beziehungen des Schauspielers. Denn nur durch seine künstlerische Tätigkeit kann sich der Schauspieler denjenigen Ruf erwerben, welcher die Grundlage für ein Engagement zu günstigen, über den Durchschnitt hervorragenden Bedingungen bildet. Wenn demgegenüber auch das Interesse der Bühnenleitung anzuerkennen ist, in der Wahl der Personen bei Besetzung aufzuführender Stücke volle Freiheit zu haben, weil sie nur auf diese Weise ihre künstlerische Aufgabe möglichst vollkommen erfüllen kann, so folgt daraus noch nicht, daß sie über die Beschäftigung des Schauspielers nach reiner Willkür bestimmen dürfte. Der Ausgleich der beiderseitigen Interessen läßt sich vielmehr dadurch finden, daß der Bühnenengagementsvertrag der Vorschrift des § 315 BGB. unterstellt wird. Die Bühnenleitung ist an sich für verpflichtet zu erachten, den Schauspieler zu beschäftigen; sie hat über den Umfang und die Art seiner Beschäftigung aber im Hinblick auf ihre künstlerische Aufgabe nach billigem Ermessen zu bestimmen. Bei Ausübung dieses Ermessens mag man ihr, wenn wirklich künstlerische Erwägungen maßgebend sind, im einzelnen Falle einen weiteren Spielraum lassen. Nicht aber ist sie befugt, den Schauspieler aus anderen als künstlerischen Gründen einfach kaltzustellen. Dadurch verletzt sie seinen Anspruch wie durch eine von ihr verschuldete Vertragsauflösung, da auch diese dem Schauspieler seine künstlerische Betätigung unmöglich macht.

7. Vertrag der Bergarbeiter. Rohn, Der Arbeitsvertrag der Bergarbeiter (Marburg 1913). Die eigentlichen Bergarbeiter (Häuer) schließen sich gewöhnlich zu einzelnen Kameradschaften zusammen und wählen einen Führer, der sie gegenüber dem Bergwerksbesitzer vertritt. Dieser schließt dann insbesondere auch das monatliche Gedinge ab. Er tritt hierbei aber nicht etwa als Unternehmer auf, so daß er allein gegenüber dem Bergwerksbesitzer verpflichtet würde, sondern nur der Einfachheit wegen verhandelt er allein mit dem Bergwerksbesitzer bzw. dessen Stellvertreter und schließt dann gleichzeitig für jeden einzelnen Arbeitsgenossen, der zu seiner Kameradschaft gehört, das Gedinge ab. Diese Auffassung kommt deutlich bei der Zahlung des Lohnes zum Ausdrucke, der nicht dem Kameradschaftsführer zur Verteilung übergeben, sondern jedem einzelnen Kameraden ausgehändigt wird. Man unterscheidet zwei Arten von Gedinge: das Meter- und Längegedinge, das

sich in allen Bergwerken bei der Gesteinsarbeit findet, und das Massengedinge, das namentlich in Kohlenbergwerken angewendet wird, wo der Förderwagen die Maßeinheit bildet. Das Gedinge ist danach nichts anderes als der Akkordvertrag des gewerblichen Arbeiters. Er ist nicht als Werkvertrag, sondern als Dienstvertrag bzw. Unterart des Dienstvertrags anzusehen.

III. Recht der Angestellten an ihren Erfindungen. 1. *Georgius, Beitrag zur Frage des Rechtes und der Beteiligung der in einem Dienstverhältnisse stehenden Personen an ihren Erfindungen (Berlin 1913).

2. **RG.** LeipzZ. **13** 383 Nr. 19. Wie das RG. seit dem Urt. vom 22. April 1898 I. 129/98 in ständiger Rechtsprechung angenommen hat, gebührt die Erfindung eines Angestellten, falls der Dienstvertrag nichts Abweichendes bestimmt, als sog. Etablissementserfindung unmittelbar dem Geschäftsherrn, sofern sie im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit des Angestellten liegt und dieser nach dem Dienstvertrage verpflichtet ist, auf Verbesserungen solcher Art, wie die Erfindung ist, Bedacht zu nehmen (PBl. **4** 142, **9** 225, **10** 298).

IV. Beendigung des Dienstvertrags. **RG. 81** 153. Es ist zwar richtig, daß, wenn eine Aktiengesellschaft gemäß § 306 HGB. ihr Vermögen als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft ohne Liquidation überträgt, und damit als Rechtspersönlichkeit zu bestehen aufhört (Fusion ohne Liquidation), die von Dritten mit der untergegangenen Aktiengesellschaft geschlossenen Vertragsverhältnisse grundsätzlich nicht ohne weiteres erlöschen. Kraft der in diesem Falle eintretenden Gesamtrechtsnachfolge gehen vielmehr die Rechte und Pflichten aus Vertragsverhältnissen der übertragenden Gesellschaft grundsätzlich auf die übernehmende Gesellschaft über (vgl. **RG. 71** 377, **56** 331, **28** 363). Es liegt auch im allgemeinen kein Grund vor, in dieser Hinsicht Dienstverträge der übertragenden Gesellschaft anders zu behandeln. Bei Dienstverträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, folgt sogar aus dem hierauf anwendbaren § 672 Satz 1 BGB., daß der Untergang der übertragenden Gesellschaft, der die gleiche rechtliche Bedeutung hat wie der Tod des Dienstberechtigten, wenn dieser eine natürliche Person ist, im Zweifel das Erlöschen des Dienstverhältnisses nicht zur Folge hat. Gleichwohl führen bei dem Dienstverhältnisse, das zwischen den Mitgliedern des Aufsichtsrats und der Aktiengesellschaft besteht, überwiegende Gründe zu der Annahme, daß die Beendigung der Aktiengesellschaft im Falle der Fusion ohne Liquidation das Erlöschen dieses Dienstverhältnisses ohne weiteres, insbesondere ohne das Erfordernis eines Widerrufs gemäß § 243 Abs. 4 HGB. nach sich zieht.

§ 612. 1. SächsRpflA. **13** 25 Nr. 3 (Dresden). Eine Wirtschafterin, die den Dienst in Erwartung der Eheschließung mit dem Dienstherrn angetreten hat, kann, falls der Dienstherr die ihr zugesicherte Eheschließung ohne rechtfertigenden Grund verweigert, nach den Grundsätzen der rechtlosen Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.) baren Lohn beanspruchen.

2. **RG.** R. **13** Nr. 827. Hat eine Polizeibehörde Kranke in der irrigen Meinung, für die Verpflegungskosten aufkommen zu müssen, in einem städtischen Krankenhaus untergebracht und stellt sich dann heraus, daß die Verpflegungskosten der Stadt zur Last fallen, so kann diese nicht den Staat aus vertraglicher Haftung auf Ersatz der Verpflegungskosten in Anspruch nehmen.

3. WürttRpflZ. **13** 248 (LG. Stuttgart). Der Bewerber um eine Stelle kann mangels besonderer Abreden Ersatz der Kosten einer persönlichen Vorstellung vom Prinzipale nicht verlangen, wenn die Anstellungsverhandlungen sich zerschlagen.

4. **RG.** BayRpflZ. **13** 478. Nach der Auffassung des Verkehrs sind Weihnachtsgratifikationen keine reinen Freigebigkeiten der Dienstberechtigten, deren Gewährung ihrem Belieben anheimgestellt ist. Sie sind vielmehr eine Ver-

gütung besonderer Art neben dem Gehalt, die insbesondere den Angestellten für das Ausharren im Dienste belohnen und ihn zur Fortsetzung der Dienste anspornen soll. Deshalb ist auch regelmäßig die Entstehung des Anspruchs davon abhängig, daß der Angestellte bis Weihnachten im Dienste verbleibt. Der Prinzipal kann aber zur Gewährung der Gratifikation dann nicht verpflichtet werden, wenn vor Weihnachten durch ein Verschulden des Angestellten eine Sachlage geschaffen wird, die ein Kündigen des Dienstverhältnisses als billig und gerecht erscheinen läßt, und zwar auch dann, wenn die Kündigung erst zu einer Weihnachten nachfolgenden Zeit in Wirksamkeit tritt.

§ 615. **RG.** WarnE. **13** 172 Nr. 137, R. **13** Nr. 491. Auf eine für den Fall vorzeitiger Kündigung als Entschädigung zugestandene Abfindung ist § 615 Abs. 2 nicht anwendbar, denn der Anspruch des § 615 BGB. ist nicht ein Entschädigungs-, sondern ein Erfüllungsanspruch, und zwar nicht nur in seinem ersten, sondern auch in seinem zweiten Satze.

§ 616. Literatur: Melsbach, Vertragsbrüchige Streiks und Aussperrungen. Wiesbaden 1913.

1. *Melsbach 51 ff. Die vertragsbrüchige Aussperrung ist Annahmeverzug und Erfüllungsweigerung. Möglicherweise hat sie eine (schuldhafte) Unmöglichkeit der Erfüllung der Vertragspflichten des Arbeitsgebers zur Folge (66 ff.). Das Wesen des vertragsbrüchigen Streiks ist Leistungsverzug und Erfüllungsweigerung, auch hier event. verbunden mit verschuldeter Unmöglichkeit der Vertragserfüllung (72).

2. **RG.** R. **13** Nr. 1126. Ehrenkränkungen seitens Vorgesetzter im Privatdienste können durch Berufung auf eine der Militärdisziplin ähnliche Unterordnung nicht entschuldigt werden.

3. **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 1. Hat der Verpflichtete während seiner Tätigkeit als Ingenieur heimlich und gegen den Willen des Dienstherrn Zeichnungen der Bohrmaschine für seinen Gebrauch angefertigt, dann hat er sich einer Verletzung der ihm durch den Dienstvertrag auferlegten Pflichten schuldig gemacht. Die Rechtswidrigkeit der Beschaffung hat auch die Rechtswidrigkeit der Benutzung zur Folge. Diese Rechtswidrigkeit wird nicht dadurch beseitigt, daß die Benutzung erst nach der Beendigung des Dienstverhältnisses erfolgte und ist geeignet, einen Anspruch auf Herausgabe auf Grund des Dienstvertrags zu rechtfertigen.

§ 617. Dauerndes Dienstverhältnis. Schmaltz, Das Arbeitszeugnis (Berlin 1913). Um die Absicht auf ein dauerndes Dienstverhältnis nachweisen zu können, muß entweder eine längere bestimmte Dauer oder eine unbestimmte Dauer mit Aussicht auf längere Zeit vereinbart sein. Falsch ist jedenfalls die Ansicht des RG., daß die Art der Lohnzahlung entscheidend sei und ebenfalls die von Theoretikern vertretene Auffassung, die Aufnahme des Dienstpflichtigen in die Hausgenossenschaft müsse den Ausschlag geben. Beides kann wohl zur Beurteilung herangezogen werden, kann aber niemals von entscheidender Bedeutung sein. Auch der Kellner, dessen Vergütung in der jedesmaligen Einnahme eines Trinkgeldes durch die Gäste besteht, kann von dem Wirte ein Zeugnis verlangen, obgleich er von diesem gar keine Lohnzahlung erhält. Und der Privatlehrer, der Nachhilfestunden erteilt, hat Anspruch auf ein Zeugnis, auch wenn er die Stunden in seinem eigenen Hause gibt.

§ 618. I. Anwendung auf den Werkvertrag. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2992. Auch beim Werkvertrage muß der Besteller für Verkehrssicherheit der von ihm zu beschaffenden Arbeitsstätte und ihrer Zugänge sorgen.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2993. Auch beim Werkvertrage hat der Besteller, wenn er die Räume zur Verrichtung der Werktätigkeit zu beschaffen hat, dies so zu tun, daß Leben und Gesundheit des Unternehmens so weit geschützt sind, als die Natur der Vertragsleistung es gestattet (**RG. 80** 27, R. **12** Nr. 2652). Deshalb hat ein Mieter,

der in den Mieträumen Arbeiten ausführen läßt, für die Verkehrssicherheit der Räume, die der Unternehmer zur Ausführung der Arbeiten benutzen muß, aufzukommen und nicht nur wegen Mängel in der Instandhaltung, sondern auch wegen baulicher Mängel und der aus ihnen entspringenden Schädigung zu haften.

II. Anwendung auf Beamte. **RG.** R. **13** Nr. 2716. Die Bestimmung ist auf öffentlich-rechtliche Beamtenverhältnisse entsprechend anwendbar (JW. **08** 441 Nr. 11, R. **12** Nr. 1772).

III. Anwendung auf die Lehrlingshaltung. 1. **RG.** JW. **13** 372 Nr. 4, LeipzZ. **13** 294, R. **13** Nr. 667. Nach § 618 BGB., der auf das Rechtsverhältnis zwischen Lehrherrn und Lehrling als ein dienstvertragsähnliches Verhältnis mindestens entsprechende Anwendung findet, ist der Lehrherr verpflichtet, wenn er dem Lehrling eine mit Gefahren verbundene Arbeit überträgt, ihn auf die Gefahren hinzuweisen und ihn darüber zu belehren, wie den Gefahren vorzubeugen sei (vgl. die Urt. des erk. Sen. vom 5. Mai 1908, III. 493/07, JW. **08** 449, und vom 9. Oktober 1912, III. 43/1912).

2. **RG.** BayRpflZ. **13** 19, R. **13** Nr. 178. Wer Lehrlinge an Maschinen beschäftigt, hat zu beachten, daß von dem Dienstverpflichteten nicht die Aufmerksamkeit und Zuverlässigkeit eines Erwachsenen zu erwarten ist, er hat den Lehrling über die Bedienung der Maschinen zu belehren und ihn über die Gefahren des Maschinenbetriebs und die Möglichkeit ihrer Verhütung zu belehren.

IV. Haftung für Vorrichtungen. 1. R. **13** Nr. 3124 (Hamburg). Die Haftung des Dienstberechtigten für eine von ihm zu beschaffende Vorrichtung setzt grundsätzlich ein Verschulden des Dienstberechtigten voraus.

2. **RG.** R. **13** Nr. 828. Hat der Dienstherr seinem Personal ausreichende Gerätschaften zur Verfügung gestellt, so braucht er nicht ins einzelne gehende Anordnungen zu treffen, um jede unzweckmäßige Verwendung zu verhüten. Nur wenn er die unzweckmäßige Verwendung kennt und nicht einschreitet, trifft ihn ein Verschulden.

V. Einzelfälle. 1. Überanstrengung. a) **RG.** R. **13** Nr. 29. Bei Schädigung durch übermäßige dienstliche Beanspruchung trifft das überwiegende Verschulden den Dienstherrn. b) **RG.** LeipzZ. **13** 66 Nr. 14. Ein Verstoß gegen die im § 618 BGB. bezeichneten Pflichten kann darin gefunden werden, daß der Beklagte den an sich schon anstrengenden Nachtdienst zeitweilig derart verschärfte, daß dem Verpflichteten die nötige Zeit der Ruhe zwischen dem Dienste fehlte.

2. R. **13** Nr. 2060 (Colmar). Der Dienstberechtigte hat auf Grund des § 618 BGB. auch für den Schaden aufzukommen, den der Dienstverpflichtete durch das Ausschlagen eines dem Dienstherrn seit längerer Zeit als bösartig bekannten und trotzdem von ihm zu den Dienstverrichtungen gestellten Pferdes erlitten hat.

3. **RG.** R. **13** Nr. 179. Die Stadt haftet, wenn ein Mitglied des städtischen Orchesters, obwohl es auf den Übelstand aufmerksam gemacht hatte, infolge Bestehenbleibens des gefährlichen Zustandes durch die hinter ihm an einem Notenpulte zu nahe an seinem Kopfe befindliche Gaslampe derart bestrahlt wird, daß er sich eine Entzündung des Hinterhauptnerven zuzieht.

4. **RG.** R. **13** Nr. 2991. Gibt der Bürgermeister einen Auftrag des amtlichen Tierarztes an den mittels Dienstvertrags angestellten Abdecker weiter, so erstreckt sich die Haftung der Gemeinde nach § 618 auch auf diese Tätigkeit, selbst wenn der Tierarzt sich dazu seiner eigenen Gehilfen hätte bedienen müssen.

5. **RG.** R. **13** Nr. 2990. Hat die Gemeinde mit einem Ortsinsassen ein allgemeines Abkommen für die Beseitigung gefallenen Seuchenviehs getroffen, so obliegt dem Bürgermeister die Beschaffung von Desinfektionsmitteln und die Überwachung ihrer tatsächlichen Anwendung. Leichtfertigkeit des Arbeiters entschuldigt den Bürgermeister nicht ohne weiteres.

6. **RG.** R. **13** Nr. 2276. Wird der verfassungsmäßige Vertreter einer Kirchengemeinde vom Heizer der im Keller der Kirche befindlichen Heizung auf ein starkes Rauchen der Heizungsanlage aufmerksam gemacht und um Abhilfe ersucht, so ist die Gemeinde haftbar, wenn infolge Nichtbeseitigung des Mangels der Heizer von ausströmenden Kohlenoxydgasen getötet wird.

7. **RG.** R. **13** Nr. 180. Auch dem durch seine körperliche Beschaffenheit (z. B. Nervosität) der Gefahr besonders ausgesetzten Dienstverpflichteten gegenüber liegt dem Dienstberechtigten die Schutzpflicht ob, sie findet ihre Grenze nur an der Natur der Dienstleistung.

§ 620. 1. Landsberger, Kündigung des Dienstverhältnisses, GewG. **13** 175 Nr. 8. Die Kündigung des Dienstvertrags muß bei Einhaltung der verabredeten oder gesetzlichen Kündigungsfrist rechtzeitig, gegebenenfalls auch früher zur Kenntnis des Empfangenden gelangen, sie muß bestimmt und unbedingt, an passendem Orte und zu passender Zeit erklärt sein.

2. GewG. **13** 126 (GG. Charlottenburg und LG. III Berlin). Die Vereinbarung des Kündigungsausschlusses schließt die Verpflichtung des Arbeiters aus, eine angefangene Akkordarbeit zu vollenden.

§ 624. **RG. 80** 277, JW. **13** 88 Nr. 4, DJZ. **13** 98, R. **13** Nr. 30. § 624 BGB. findet Anwendung, wenn ein auf 5 Jahre angestellter Schauspieler sich bei Beginn dieses Dienstverhältnisses seinem Theaterdirektor auf weitere 3 Jahre durch einen neuen Vertrag verpflichtet.

§ 626. I. Allgemeines. 1. Verschulden nicht notwendig. **RG.** LeipzZ. **13** 217 Nr. 19, R. **13** Nr. 339. Der Begriff des wichtigen Kündigungsgrundes setzt keineswegs ein Verschulden der Vertragspartei voraus, der von dem Vertragsgegner gekündigt wird (vgl. JW. **12** 250); auch eine von der Vertragspartei nicht zu vertretende Vertragswidrigkeit kann den Vertragsgegner zur vorzeitigen Kündigung des Dienstverhältnisses berechtigen, wenn ihm deshalb nach Lage der Sache die Fortsetzung dieses Verhältnisses nicht zugemutet werden kann.

2. **a)** **RG.** WarnE. **13** 120 Nr. 3, R. **13** Nr. 668. Steht der Vertragserfüllung ein Ehrenwort entgegen, so ist ein Grund zu fristloser Kündigung jedenfalls dann nicht gegeben, wenn das Ehrenwort schon durch den Vertragsabschluß gebrochen ist. **b)** Marcus, R. **13** 129. Die Kündigung eines Dienstvertrags auf Grund § 626 BGB. ist zulässig, wenn dem Dienstpflichtigen nachträglich Gewissensbedenken gegen dessen Innehaltung entstehen. — Die Erkenntnis der Sittenwidrigkeit, nicht ihre Erkennbarkeit entscheidet, und der Richter hat nur zu prüfen, ob jene sittlichen Bedenken bei Abwägung der beiderseitigen Vertragsinteressen das Lösungsverlangen rechtfertigen. Mißbilligung seiner Vertragsgenossen gegen die Vertragseingehung oder Fortsetzung des Verhältnisses können bei freien Berufen durchaus solche Tragweite annehmen, daß das Recht der Persönlichkeit des Dienstpflichtigen die Vertragsaufhebung dringend gebietet.

3. Verzicht unzulässig. **RG.** LeipzZ. **13** 295 Nr. 24. Auf das im § 626 BGB. gegebene Recht, jedes Dienstverhältnis fristlos aus einem wichtigen Grunde zu kündigen, kann nicht im voraus verzichtet werden, auch nicht in der Weise, daß gewisse Gründe zu solcher Kündigung nicht berechtigen sollen (**RG. 69** 365, **75** 238, LeipzZ. **11** 305). Dies muß auch dann gelten, wenn für die von der fristlosen Kündigung ausgenommenen Gründe zum Ersatz eine befristete Kündigung vereinbart wird. Eine solche Vereinbarung kann auch nicht im Wege der Auslegung nach Treu und Glauben zu einem Ausschlusse der fristlosen Kündigung wegen gewisser Gründe führen.

II. Einzelfälle. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1862. Vertragswidrige Selbstbeurlaubung des Direktors einer Aktiengesellschaft in schwieriger Zeit kann einen Ent-

lassungsgrund bilden, auch wenn ihm ein (später aufgehobenes) vorläufig vollstreckbares Urteil zur Seite stand.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2277. Beihilfe eines Vorstandsmitglieds zur Verschleierung unreeller Machenschaften Dritter ist ein außerordentlicher Kündigungsgrund.

3. **RG.** R. **13** Nr. 2278. Einer Bühnensängerin kann nicht wegen mangelhafter Aussprache des Deutschen außerordentlich gekündigt werden, wenn die Gegenpartei von dem Mangel beim Engagement Kenntnis hatte und der Sängerin in der weiteren Ausbildung bis zum ersten Auftreten kein Verschulden zur Last fällt.

4. **RG.** WarnE. **13** 120 Nr. 3, R. **13** Nr. 669. Die Furcht vor Überlastung ist für den Kassenarzt kein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung. Er mag den Verein, dem er sich verpflichtet hat, oder dessen Aufsichtsbehörde anrufen. Die Möglichkeit, daß eine derartige Anrufung zu einer Trübung des Verhältnisses führen könnte, gibt ihm nicht das Recht, sich vom Vertrage loszusagen. Aus der angeblich geringen Befähigung und Leistungsfähigkeit der anderen Kassenärzte kann er einen Grund zu fristloser Kündigung nicht entnehmen.

III. Verwertung der verziehenen Entlassungsgründe. **RG.** LeipzZ. **13** 295 Nr. 25. Ist ein zur Kündigung berechtigendes Verhalten verziehen, so kann der Berechtigte, falls er später neue Tatsachen über das Verhalten des Verpflichteten erfährt, sich auch auf die ihm bereits früher bekannten Tatsachen berufen, und es ist dann zu prüfen, ob die bekannt gewordenen neuen Tatsachen in Verbindung mit den bereits früher bekannt gewesenen, also das Gesamtverhalten des Verpflichteten einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gemäß § 626 BGB. darstelle (ROHG. **17** 220, **RG. 38** 115, **51** 90).

IV. Erschwerung der Entlassung. **RG. 82** 347, JW. **13** 1015 Nr. 6. In der Satzung einer Aktiengesellschaft war bestimmt: „Wird die Bestellung des Herrn D. auf Grund des § 231 HGB. durch den hierzu befugten Aufsichtsrat widerrufen, so ist die Gesellschaft verpflichtet, dem Genannten als Entschädigung 10 Jahre lang vom Zeitpunkte seines Ausscheidens an gerechnet, die volle ihm nach § 11 zustehende Vergütung zu zahlen. Sollte jedoch die Entlassung des Herrn D. von einer auf Antrag des Aufsichtsrats zu diesem Zwecke berufenen außerordentlichen Generalversammlung beschlossen werden, weil sich derselbe einer Verletzung der ihm nach § 10 Abs. 2 obliegenden Verpflichtungen schuldig gemacht hat, so stehen Herrn D. irgendwelche Entschädigungsansprüche nicht zu." Das RG. führt aus, daß hierin eine mit § 625 unvereinbare Erschwerung der Entlassung nicht enthalten sei.

V. Erklärung der Entlassung. **RG.** LeipzZ. **13** 66 Nr. 15. Die Erklärung der Einstellung der Dienste „unter Vorbehalt des Rechtes" ist eine Kündigung. Der Vorbehalt der Ansprüche steht mit dem Willen endgültiger Lösung des Dienstverhältnisses nicht im Widerspruche.

VI. Nachprüfung der Entlassung. **RG.** WarnE. **13** 120 Nr. 3. Nach der Rechtsprechung des erk. Sen. ist im Rechtszuge der Revision nur nachzuprüfen, ob ein bestimmter Tatumstand allgemein geeignet ist, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB. zu bilden. Ob im Einzelfalle der gegebene Tatbestand sich als wichtiger Grund darstellt, ist Sache der tatsächlichen Würdigung (vgl. JW. **01** 209 Nr. 9, **06** 813 Nr. 9, **12** 192 Nr. 12).

§ 627. 1. **RG. 80** 29. Da die im § 627 als Regel ausgesprochene Kündigungsbefugnis auch bei dauernden Dienstverhältnissen Platz greift, so kann nicht lediglich aus der Vereinbarung einer bestimmten Dienstzeit von längerer Dauer gefolgert werden, die Parteien hätten damit den Willen zum Ausdruck gebracht, das Kündigungsrecht des § 627 auszuschließen. Damit würde man für jedes derartige Dienstverhältnis von bestimmter längerer Dauer die Anwendung des § 627 ausschließen, während nach dem Ausnahmetatbestand und dem daraus zu entnehmenden Willen des Gesetzgebers gerade solche Fälle der Regel des § 627 unterworfen sein sollen. Zur

Ausschließung der dispositiven Bestimmung des § 627 bedarf es des klaren und bestimmten Ausdrucks des auf die Ausschließung bewußt gerichteten Parteiwillens.

2. **RG. 82** 285, R. **13** Nr. 1863. Zur Annahme eines Dienstverhältnisses der in § 627 bezeichneten Art genügt nicht, daß die Dienste eine besondere Fachkenntnis, Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung voraussetzen. Es muß vielmehr hinzukommen, daß die Dienste im allgemeinen, ihrer Art nach, nur zufolge besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Ob im Einzelfalle die Übertragung der Dienste auf Grund eines solchen besonderen Vertrauens erfolgt, ist dagegen unerheblich. Ein persönliches Vertrauensverhältnis ist im allgemeinen für die Wahl eines Architekten auch dann nicht bestimmend, wenn es sich um einen künstlerisch auszuführenden Bau handelt.

§ 628. 1. *L o t m a r, Lohnabzug wegen vorzeitiger Aufhebung eines gewerblichen Akkordes, ABürgR. **38** 282—309, führt aus: Der gewerbliche Akkord, als eine Anwendung des gewerblichen Arbeitsvertrags, steht primär unter der GO. und subsidiär unter dem Dienstvertragsrecht des BGB. Wird daher ein durch solchen Akkord begründetes Dienstverhältnis durch aus wichtigem Grund ergehende unbefristete Kündigung (GO. §§ 123—124 a) aufgehoben, so greift § 628 Satz 1 BGB. Platz. Hiernach hat der Arbeiter so viel Lohn zu fordern als er durch die bis zu jener Aufhebung geleistete Akkordarbeit verdient hat, mit den Einschränkungen, die § 628 Satz 2 festsetzt. Er kann nämlich in zwei Fällen jenen Partiallohn insoweit nicht fordern, als seine bisherigen Leistungen durch den Abbruch des Akkordes an Interesse für den Arbeitgeber eingebüßt haben. Die zwei Fälle sind: Daß der Arbeiter kündigt, ohne hierzu durch vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers veranlaßt zu sein, oder daß er seinerseits durch vertragswidriges Verhalten die Kündigung des Arbeitgebers veranlaßt. Eine größere Schmälerung der Lohnforderung kann weder durch den Arbeitsvertrag, noch durch eine Arbeitsordnung, noch durch einen Tarifvertrag für den Fall (rechtmäßigen) Akkordabbruches bedungen werden. Insbesondere ist ungültig die zur Fesselung der Arbeiter oder zur Deckung der Unternehmer oft getroffene Bestimmung, daß der Arbeiter, der durch seine Kündigung das Dienstverhältnis unter Abbruch des Akkordes aufhebt, deswegen keinen Anteil am Akkordüberschuß erhalte, sondern sich mit dem bis dahin verdienten, zeitmäßig bestimmten Abschlagslohn begnügen müsse. Solche Bestimmung ist ungültig: 1. weil sie gegen BGB. § 628 Satz 2 die Lohnforderung schmälert, indem sie es auch in den Fällen tut, a) wo des Arbeiters Kündigung ohne wichtigen Grund erfolgt, etwa weil ihm schlechthin unbefristet zu kündigen erlaubt worden ist, b) wo der Arbeiter kündigt, weil er durch ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers dazu veranlaßt worden ist, und c) wo der Abbruch des Akkordes keine oder keine der bedungenen Einbuße entsprechende Schmälerung des Arbeitgeberinteresses bewirkt hat; 2. weil die GO., welche in § 134 die Abrede der Verwirkung für den Fall des rechts w i d r i g e n Verlassens des Akkordes nur im Umfang des sechstägigen Verdienstes zuläßt, nimmermehr eine möglicherweise g r ö ß e r e Lohneinbuße für den Fall rechts m ä ß i g e n Abbruchs des Akkordes zugelassen haben kann; 3. weil die GO., welche in § 122 Parität der Parteien für die ordentliche Kündigung unabdingbar festgesetzt hat, auch nicht die m i t t e l b a r e Aufhebung dieser Parität zulassen kann, welche darin besteht, daß der Arbeiter nur mit Lohneinbuße sich jener Kündigung zu bedienen vermag; 4. weil der Arbeiter, der zur Ausbedingung der bewußten Lohneinbuße mitwirkt, damit im Voraus, vor Ablauf der Zahltages, gegen LohnBG. § 2 über seinen Lohn verfügt, und 5. weil die bewußte Abrede gegen die guten Sitten verstößt, da es mit diesen überall und jederzeit unverträglich ist, daß derjenige Arbeiter, welcher länger im Akkorde verharrt, somit diesen der Vollendung näher gebracht ist, eine größere Einbuße erleide, als derjenige, welcher früher ausgeschieden ist.

2. Josef, Der Hausarztvertrag, DJZ. 13 917. Gibt der Hausarzt durch sein Verhalten dem Dienstberechtigten zur Kündigung Anlaß, so erhält er nicht einen entsprechenden Teil der Pauschalvergütung, sondern die Vergütung der wirklichen Leistungen.

3. **RG.** LeipzZ. 13 217 Nr. 19, R. 13 Nr. 340. Wenn diese Vorschrift auch nach Rechtslehre und Rechtsprechung (vgl. JW. 11 106) ein nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv vertragswidriges Verhalten, also grundsätzlich ein Verschulden des Gekündigten voraussetzt, so ist doch eine auf Grund besonderer Abrede von dem Gekündigten zu vertretende Vertragswidrigkeit einer schuldhaften gleich zu stellen. Die Partei, welche die Haftung für rechtzeitige Leistung übernommen hat, kann sich nicht damit entschuldigen, diese sei ihr ohne ihr Verschulden unmöglich geworden, sondern hat die Rechtsfolgen der nicht rechtzeitigen Leistung zu tragen, einerlei ob diese nur in dem Schadensersatze wegen verspäteter Erfüllung bestehen oder ob der Gegner von der ihm von diesem Falle in dem Gesetze gegebenen Befugnis zur Auflösung des Vertragsverhältnisses Gebrauch macht und den ihm hierdurch entstehenden Schaden beansprucht.

4. **RG.** R. 13 Nr. 33. Bei Prüfung der Frage, ob der Kündigende durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles zur Kündigung veranlaßt worden ist, ist zugleich das Verhalten des Kündigenden nach der Richtung zu würdigen, ob er seinerseits durch vertragswidriges Verhalten das Verhalten des anderen Teiles veranlaßt hat.

5. **RG.** R. 13 Nr. 34. Auch Vorgänge, die nach der Kündigung liegen, sind für die Frage, ob eine Schadensersatzpflicht besteht, in Betracht zu ziehen.

§ 630. Literatur: Schmaltz, Das Arbeitszeugnis. Berlin 1913. — Derselbe, Pflicht zur Zeugniserteilung im Falle des Verkaufs des Geschäfts oder des Todes oder Konkurses des Dienstherrn, GewG. 13 173.

1. Schmaltz, Arbeitszeugnis, erörtert u. a. folgende Punkte: a) Zeugnisanspruch nach Kontraktbruch. Ein Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses besteht auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis unter Kontraktbruch gelöst wird, d. h. wenn der Dienstverpflichtete ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist unberechtigt austritt oder ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist unberechtigt entlassen wird. b) Entstehung des Zeugnisanspruchs. Das Zeugnis kann nicht erst bei der tatsächlichen Beendigung des Dienstverhältnisses verlangt werden, sondern schon früher, d. h. von der Kündigung an, oder, wenn das Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen ist, eine angemessene Zeit vorher, also etwa soviel früher wie die gesetzliche Kündigungsfrist beträgt. c) Verzicht. Auf das Zeugnis kann wirksam nicht verzichtet werden. Aber nachträglich die Ausdehnung des Zeugnisses auf solche Bestandteile zu beanspruchen, die vorher nicht verlangt wurden, steht dem Arbeitnehmer nicht zu. d) Inhalt des Zeugnisses. α. Art der Beschäftigung. Der Arbeitnehmer kann eine Spezialisierung seiner Tätigkeit verlangen. β. Dauer der Beschäftigung. Kurze Unterbrechungen dürfen nicht ins Zeugnis aufgenommen werden, solange sie zu dem Verkehrsüblichen gerechnet werden. γ. Führung und Leistung. Das Führungs- und Leistungszeugnis soll ein Werturteil, nicht eine bloße Tatsachenangabe enthalten. Die Angabe über die Führung (Betragen, sittliches Verhalten) darf sich immer nur auf die Führung beziehen, die im Dienst zutage getreten ist, nicht auch auf außerdienstliches Verhalten. Der Kündigungsgrund darf angegeben werden, wenn dadurch zugleich über die Führung — oder vielleicht auch die Leistungen — des Arbeitnehmers ein Urteil abgegeben wird. So kann es zweifellos dem Arbeitgeber nicht verwehrt werden, im Zeugnis anzugeben, daß der Arbeitnehmer wegen Streiks entlassen sei, wenn der Streik unter Kontraktbruch in Szene gesetzt wurde. Denn Vertragstreue ist sicherlich

eine Eigenschaft, die zur guten Führung des modernen Arbeiters zu rechnen ist, während umgekehrt Vertragsbruch als schlechte Führung zu gelten hat. Erfolgte aber der Streik nach regelrechter Kündigung, so hat der Arbeitgeber nicht das Recht, den Streik als Entlassungsgrund anzugeben. Andererseits steht aber dem Arbeitnehmer nicht das Recht zu, eine Angabe darüber im Zeugnis zu verlangen, daß er wegen Aussperrung entlassen sei. Denn selbst wenn die Aussperrung unter Kontraktbruch erfolgte, so ist das ein Mangel im Verhalten des Arbeitgebers; das Zeugnis soll aber keine Angaben über die Führung des Arbeitgebers enthalten, sondern soll lediglich eine Empfehlung des Arbeitnehmers sein. Auch kann der Arbeitnehmer keine Angaben darüber verlangen, daß er „auf eigenen Wunsch" den Dienst verlasse. δ. Berichtigung des Zeugnisses. Die Frage, ob der Arbeitgeber, der in gutem Glauben ein Zeugnis ausgestellt hat, verpflichtet sein kann, dieses Zeugnis zu berichtigen, wenn das darin enthaltene Urteil sich mit der nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte sich ergebenden objektiven Auffassung nicht deckt, ist zu verneinen. Freilich darf das Urteil des Arbeitgebers nicht allzu subjektiv gefärbt sein. Man muß von ihm jedenfalls immer so viel verlangen, daß er sich innerhalb der Grenzen bewegt, die ein Normalmensch im Hinblick auf Führung und Leistungen des Arbeitnehmers für angemessen hält. Tut er dies nicht, so muß es dem Arbeitnehmer allerdings freistehen, die Berichtigung des Zeugnisses zu fordern. Ist gegen einen Arbeitnehmer ein Strafverfahren wegen angeblicher bei dem Arbeitgeber vorgenommener Unterschlagungen eingeleitet, dieses Verfahren aber eingestellt, oder das Verfahren durchgeführt, und der Arbeitnehmer freigesprochen, so muß der Arbeitgeber den Einstellungsbeschluß der Staatsanwaltschaft oder das freisprechende Urteil des Gerichts so weit gelten lassen, daß er dem Arbeitnehmer keine im Dienst begangene Unehrlichkeit im Zeugnis zur Last legt, auch wenn er noch so sehr davon überzeugt ist, daß der Arbeitnehmer die Unterschlagung in der Tat begangen hat. Freilich könnte man ihm nicht zumuten, daß er die Ehrlichkeit des Arbeitnehmers im Zeugnis ausdrücklich bekunden sollte; aber er darf ebensowenig ausdrücklich etwas von Unehrlichkeit verlauten lassen. Das gerichtliche Erkenntnis oder Richterkenntnis muß in solchem Falle den Maßstab für die Beurteilung abgeben. Werden Umstände bekannt, die das Zeugnis als unwahr und der Überzeugung des Arbeitgebers nicht mehr entsprechend erscheinen lassen, so muß dieser das Zeugnis zurückfordern und ein neues ausstellen können. Und ebenso kann der Arbeitgeber, von dem der Arbeitnehmer die Berichtigung des Zeugnisses in einem Punkte verlangt, andere Teile des Zeugnisses zugleich berichtigen, wenn nach seiner späteren Erfahrung und Überzeugung ihm das Zeugnis in dem einen oder anderen Punkte auch nicht mehr wahrheitsgemäß zu sein scheint.

2. Schmaltz, GewG. **13** 173, führt aus: a) Im Falle des Verkaufs des Geschäfts braucht der neue Prinzipal ein Zeugnis nur über die Zeit zu erteilen, in welcher der Angestellte bei ihm in Stellung war, nicht auch über die Dienstzeit bei dem Rechtsvorgänger, selbst, wenn der mit letzterem geschlossene Anstellungsvertrag auf ihn rechtsgültig übergegangen ist. b) Ist aber der alte Anstellungsvertrag beim Geschäftsverkauf auf den neuen Prinzipal rechtsgültig übergegangen, so gilt das auch für die Zeugnispflicht in Ansehung der dem alten Prinzipale geleisteten Dienste. c) Die Zeugnispflicht ist passiv vererblich. Die Pflicht für den Erben besteht jedenfalls darin, die Art und Dauer des Dienstverhältnisses zu bescheinigen. Vielleicht kann es sogar auch hier seine Pflicht sein, über Führung und Leistungen Angaben zu machen, wenn er etwa selbst — bei Dienstboten — im Haushalt des Dienstherrn gelebt hat, oder er muß das Ergebnis etwaiger Erkundigungen in dieser Beziehung mitzuteilen verpflichtet sein. d) Im Falle des Konkurses bleibt der Gemeinschuldner zeugnispflichtig. Der Konkursverwalter ist nicht verpflichtet, das Zeugnis zu erteilen.

Siebenter Titel. Werkvertrag.

§ 631. 1. **RG.** WarnE. **13** 172 Nr. 138. Ein Vertrag, wonach jemand den Auftrag übernimmt, auf eine bestimmte Dauer Plakate des andern in Straßenbahnwagen zum Aushang zu bringen, ist als Werkvertrag anzusehen.

2. **RG.** LeipzZ. **13**, EisenbE. **29** 334. Die Spedition zum festen Transportsatz stellt sich auch beim Seetransport als Werkvertrag dar, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.

3. SeuffA. **13** 446 (Kiel). Die Beseitigung des Bauschmutzes gehört zu den vertraglichen Leistungen des Unternehmers.

4. **RG.** EisenbE. **29** 339, R. **13** Nr. 177. Der Beförderungsvertrag des Eisenbahnunternehmers ist erfüllt, sobald der Fahrgast nach Beendigung der Fahrt den Bahnhofsausgang durchschritten hat.

§ 632. ElsLothZ. **13** 427 Nr. 130 (Colmar). Gehen die für die Betriebserfordernisse des Auftraggebers bestimmten Sonderarbeiten über das übliche Maß bloßer Unterlagen zu Vertragsangeboten hinaus, so kann nur für den Fall, daß der Architekt mit der Ausführung der Neuanlage betraut werden würde, erwartet werden, daß die späteren umfangreichen Ausarbeitungen ohne Gegenleistung gefertigt werden würden.

§ 633. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1276. Der Lieferant einer eisernen Hallenkonstruktion haftet jedenfalls dann für Tragfähigkeit zu dem bestimmten Zwecke, wenn ihm die statische Berechnung unter Angabe der Belastung überlassen war.

2. Über die Anwendung der § 638 auf die Ansprüche und § 633 Abs. 3 siehe zu § 638 Ziff. II.

§ 634. 1. **RG.** JW. **13** 480 Nr. 1, R. **13** Nr. 926. Die Bestimmung des § 634 Abs. 3 BGB. hat nur für den Fall Bedeutung, daß ein positiver Fehler dem Werk anhaftet, nicht aber auch für den Fall, daß das Werk sich mangels einer zugesicherten Eigenschaft als vertragswidrig erweist (**RG. 66**, 169).

2. **RG.** R. **13** Nr. 927. Ein allgemeiner Gewährausschluß ergreift auch solche Arbeiten, bei denen ein besonderer Anlaß zu solcher Abrede nicht bestände.

3. **RG.** R. **13** Nr. 1443. Ist die Haftung für Gebrauchsfähigkeit des Werkes vertragsmäßig ausgeschlossen, so braucht der Unternehmer den Besteller auch nicht auf Konstruktionsmängel seiner Pläne hinzuweisen.

4. **RG.** WarnE. **13** 7 Nr. 7, R. **13** Nr. 1277. In dem Verlangen nach umgehender Nachbesserung ist keine Fristsetzung zu finden.

5. **RG.** R. **13** Nr. 2061. Gebrauch des mangelhaften Werkes bedeutet noch nicht unter allen Umständen einen Verzicht auf das Heimschlagungsrecht.

§ 635. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2718. Hat ein Unternehmer hinsichtlich der Güte des Werks nur eine beschränkte Haftung übernommen in der Weise, daß er nur während einer bestimmten Zeit die etwa hervortretenden Mängel und Schäden zu beseitigen verpflichtet sein soll, so fällt diese Beschränkung seiner Haftung doch fort, wenn er es schuldhaft unterläßt, die in jener Frist hervorgetretenen Mängel zu beseitigen.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2717. Lehnt der Unternehmer die Ausbesserung der Mängel, die auf einem von ihm zu vertretenden Umstande beruhen, ab, so braucht der Besteller nicht die Beseitigung der Mängel durch Dritte vornehmen zu lassen, sondern er kann unter Zurückweisung des Werkes von dem Unternehmer Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags fordern.

§ 638. I. Begriff „Bauwerk" im Sinne des § 638. 1. **RG.** JW. **13** 132 Nr. 9, R. **13** Nr. 182. Der Begriff des Bauwerks kann in § 638 kein anderer sein als in § 648 BGB., hier aber ist die Verbindung des Bauwerks mit dem Baugrundstücke begrifflich und ausdrücklich vorausgesetzt, so daß es völlig ausgeschlossen ist, beispielsweise auch ein festverankertes Schiff zu den Bauwerken im Sinne des Gesetzes zu rechnen. Vom Standpunkte dieser Auffassung aber ist es nicht zu beanstanden,

daß das Berufungsgericht die auf Schienen bewegliche, an verschiedenen Stellen benutzbare Verladebrücke nicht als ein Bauwerk angesehen hat. Daß die Schienenanlage in fester Verbindung mit dem Erdboden steht, würde hieran auch dann nichts ändern, wenn die Beklagte sie hergestellt hätte; denn die Behauptung der Revision, daß die Verladebrücke von den Schienen nicht trennbar sei, geht offenbar fehl.

2. R. **13** Nr. 1864 (Stuttgart). Unter Arbeiten an einem Bauwerke sind solche Arbeiten zu verstehen, welche sich auf die Herstellung, Veränderung oder Erneuerung eines Gebäudes beziehen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um die Ausführung eines Gebäudes als ganzen, oder nur um die Herstellung der einzelnen Bauteile oder Bauglieder handelt. Um die Aufführung eines solchen Baugliedes handelt es sich bei der in Rede stehenden Heizungsanlage (wird tatsächlich ausgeführt).

3. **RG.** JW. **13** 133 Nr. 10, WarnE. **13** 122, DJZ. **13** 165, R. **13** Nr. 35. Unbedenklich dürfen Umbauarbeiten an einem Gebäude als Bauwerk beurteilt werden, wenn sie auf Grund eines Werkvertrags geleistet werden und zufolge ihres bestimmungsgemäßen Inhalts und Umfangs für die Konstruktion, sei es des ganzen Gebäudes, sei es eines Gebäudeteils von wesentlicher Bedeutung sind.

II. Anwendungsgebiet. 1. **RG. 80** 439, HessRspr. **13** 342, JW. **13** 132 Nr. 9. Die Verjährungsvorschriften des § 638 BGB. finden auch Anwendung auf den Anspruch des Bestellers auf Ersatz der zur Beseitigung eines Mangels des Werkes erforderlichen Aufwendungen nach § 633 Abs. 3 BGB.

2. **RG.** R. **13** Nr. 181. In § 638 ist allerdings der Anspruch auf Ersatz der zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen nicht ausdrücklich aufgeführt. Dieser Anspruch ist jedoch nach der Fassung des § 633 nur ein Ausfluß des Anspruchs auf Beseitigung des Mangels und ist unter diesem Anspruch in § 628 mitzuverstehen. Der Ersatzanspruch unterliegt daher der kurzen Verjährung des § 638 BGB.

3. ElsLothJZ. **13** Nr. 86 (Colmar). Die Forderung des Bestellers gegen den Hufschmied auf Schadensersatz wegen des durch dessen unsachgemäßes Beschlagen herbeigeführten Todes des Pferdes verjährt in sechs Monaten.

§ 640. 1. **RG.** WarnE. **13** 7 Nr. 8, R. **13** Nr. 36, 37. In dem Urt. vom 22. April 1904 (**RG. 57** 337) hat es der gegenwärtig erk. Sen. des RG. allerdings für die Abnahme im Sinne des § 640 BGB. als erforderlich erklärt, daß der Besteller zu erkennen gegeben habe, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrag entsprechende Leistung anerkenne. In den Worten „der Hauptsache nach" will das Urteil darauf hinweisen, daß natürlich das Werk überhaupt als Vertragserfüllung gegeben und genommen sein muß. Es genügt für den Begriff der Abnahme im Sinne des § 640 die tatsächliche Hinnahme, durch die der Besteller in die Lage kommt, das Werk zu prüfen. Das ist der Standpunkt, den der gegenwärtig erk. Sen. auch in dem Urt. vom 9. April 1907, VII. 334/06, und der III. Zivilsen. des RG. in dem Urt. vom 17. Dezember 1909, III. 590/08, eingenommen haben, und an dem auch hier festzuhalten ist.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1971. Allerdings kann darin, daß der Besteller eine gelieferte Anlage in Betrieb nimmt und dauernd benutzt, ein Verzicht auf die Geltendmachung von Mängeln enthalten sein (vgl. Planck, BGB. Anm. 3 b zu § 640 und RGR.-Komm. Anm. 2 zu § 640). Allein, ob ein solcher Verzicht anzunehmen ist, ist nur nach den Umständen des Falles zu entscheiden.

§ 641. 1. **RG.** R. **13** Nr. 38. Abschlagsleistungen sind im Zweifel als Vorschüsse, nicht als Teilzahlungen anzusehen; Rückgabe des Zuvielgeleisteten ist also Vertragspflicht.

2. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 820. Zu einer Versicherung des gelieferten Stoffes ist der Unternehmer grundsätzlich nicht verpflichtet. Es bleibt jedoch zu unter-

suchen, ob sich nicht vielleicht aus den Umständen ein Auftrag zur Versicherungsnahme ergibt; so ist es z. B. im Berliner Pelzhandel üblich, die zur Umarbeitung anvertrauten Sachen gegen Diebstahl und Feuer zu versichern (vgl. Dove und Meyerstein, Gutachten über Handelsgebräuche, erstattet von der Handelskammer Berlin [1912] 333).

§ 648. 1. Winkler, R. **13** 367. Dem Unternehmer eines Bauwerkes steht ein gesetzlicher Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek für Bauforderungen an den zum Gesamtgut einer Gütergemeinschaft gehörenden Grundstücken auch dann zu, wenn die Ehefrau für die Forderung aus dem Vertrage nicht haftet (ebenso H. S., BayNotZ. **13** 338 gegen Frankfurt a. M. 30. 4. 08, R. **08** Nr. 3778, JDR. **7** 270 § 648 b).

2. R. **13** Nr. 39 (Stuttgart). Zu den Forderungen, für welche nach § 648 BGB. die Einräumung einer Sicherungshypothek beansprucht werden kann, gehört auch der vertragsmäßig vorgesehene Anspruch des Unternehmers „für Arbeitslöhne, welche durch Einstellung der Arbeiten seitens der Bauherrschaft entstehen (Zuwartezeit)".

3. Vgl. I zu § 638.

§ 649. *Reichel, Mäklerprovision 206. Verzicht auf dieses Kündigungsrecht ist nichtig.

§ 651. 1. R. **13** Nr. 1128 (Stuttgart). Der Vertrag, kraft dessen ein Schriftsteller den Druck und Kommissionsverlag eines schriftstellerischen Werkes, unter Wahrung der „sämtlichen Autoren- und Verlagsrechte" gegen eine von ihm zu bezahlende Vergütung einer Handelsfirma überträgt, ist reiner Werkvertrag, jedenfalls kein Werklieferungsvertrag (§ 651).

2. **RG.** R. **13** Nr. 1278. Ein patentierter Apparat von ungewöhnlicher Größe kann auch dann als unvertretbar angesehen werden, wenn etwa 40 ähnliche Apparate bereits anderweit geliefert worden sind.

Achter Titel. Mäklervertrag.

Literatur: Reichel, Die Mäklerprovision. München 1913.

§ 652. I. Begriff des Mäklervertrags. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2994. Soll der Mäkler eine Provision dafür erhalten, daß er der Partei Mitteilung von einem Submissionsausschreiben gemacht hat und daß er sich zur Unterstützung des Angebots bei dem Vergeber der Arbeiten bemühen wird, so handelt es sich nicht um einen Mäkler-, sondern um einen Dienstvertrag. Dies ist wichtig bei Verweigerung der Annahme der Dienste.

2. PosMSchr. **12** 142 (Königsberg). Von einer Vermittlung des Vertrags kann nicht mehr die Rede sein, wenn der Mäkler als Selbstkontrahent auftritt und damit sein eignes Interesse zu verfolgen genötigt ist. Es fehlt ihm alsdann die Fähigkeit, auf beide Vertragsparteien hinsichtlich der Kaufbedingungen und des Preises vermittelnd einzuwirken. Dies kann nur ein Dritter, nicht aber ein Mitkontrahent tun. Es kommt dabei auch nicht darauf an, aus welchem Grunde er als Käufer oder Mitkäufer im Vertrag aufgetreten ist.

3. a) *Reichel. Provisionszusage ohne Rücksicht auf wirkliche Tätigkeit des Mäklers ist Schenkversprechen; Provisionszusage bei Mißerfolg der mäklerischen Bemühungen war für den Fall verbindlich, daß Mäkler sich zweckentsprechend bemüht und dem Auftraggeber keinen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben hat. b) **RG.** LeipzZ. **13** 144 Nr. 16. Die Bestimmung, daß der Mäkler eine Entschädigung für seine Bemühungen erhalten soll, wenn der Vertrag zwar zustande kommt, aber nicht durch die Vermittlung des Mäklers, sondern durch die eigenen Bemühungen des Auftraggebers, wird durch das Wesen des Mäklervertrags nicht ausgeschlossen, ist vielmehr eine Nebenabrede, welche die rechtliche Natur des Vertrags nicht ändert, und ist auch nicht als ein besonderer mit dem Mäklervertrage verbundener Dienstver-

trag zu betrachten. Infolgedessen sind die Grundsätze des Mäklervertrags auch auf die Nebenabrede anzuwenden.

II. Anspruch auf Mäklerlohn. 1. Entstehung des Anspruchs. *Reichel 5. Provision unverdient, wenn Auftraggeber Vertragsangebot ablehnt; aus welchem Grunde, ob selbst aus Laune, bleibt gleichgültig.

2. **RG.** JW. **13** 685 Nr. 3, LeipzZ. **13** 470, R. **13** Nr. 1444, 2864. Allerdings hat das RG. in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß die Tätigkeit des Mäklers den Anspruch auf die Provision gewährt, auch ohne daß der Mäkler bei dem Abschlusse des Vertrags selbst mitgewirkt hat, sofern nur seine Tätigkeit mit diesem Abschluß in ursächlichem Zusammenhange steht, und daß seine Tätigkeit nicht die alleinige Ursache des Vertragsabschlusses zu sein, sie auch nicht gerade die dem Vertragsabschluß entgegenstehenden Hauptschwierigkeiten beseitigt zu haben braucht, um den Provisionsanspruch zu rechtfertigen. Dieser Anspruch entfällt aber jedenfalls dann, wenn der Mäkler von einer weiteren Tätigkeit, die den Abschluß des Vertrags alsbald herbeizuführen geeignet ist, seinerseits absteht, und er damit den Auftraggeber nötigt, sich der Hilfe eines anderen Mäklers zu bedienen, der den Vertrag so, wie die Parteien ihn wollen, zum Abschlusse zu bringen bereit ist.

3. *Reichel 59 ff. Rücktritt: Provision bleibt im Zweifel verdient, wenn Auftraggeber, im Zweifel unverdient, wenn Gegner zurückgetreten. Erfolgt jedoch Rücktritt des Gegners unter Zahlung eines dem positiven Interesse des Auftraggebers gleichkommenden Reugeldes, so bleibt Provision im Zweifel verdient. Gesetzlicher Rücktritt des Auftraggebers bleibt der Provision im Zweifel unschädlich.

4. **a)** *Reichel 17 ff. Darlehnsvermittlungsprovision verdient mit Abschluß des Darlehnsgewährungsvertrags, nicht erst mit Auszahlung des Darlehens; der Begriff „Vorvertrag" ist abzulehnen. **b)** DJZ. **13** 169 (KG.). Der Mäklerlohn kann nicht schon bei Abschluß einer notariellen Offerte verlangt werden; denn die Eigentümlichkeit des Mäklervertrags beruht gerade darauf, daß die Mäklergebühr nicht die Bemühungen, sondern den Erfolg dieser Bemühungen lohnt, daß ein Anspruch entsteht, wenn dieser Erfolg endgültig erzielt ist. Davon kann aber erst die Rede sein, wenn das Geschäft objektiv gültig so zustande gekommen ist, daß kein Teil gegen den Willen des anderen von dem vereinbarten Geschäftsinhalte mehr abgehen kann. Dazu gehört vor allem, daß es der gesetzlich vorgeschriebenen Form entspricht (vgl. Staudinger zu § 652 III 2 B a und d. 1145 u. 1150 sowie OLG. **20** 216). Der Abschluß in der gewählten Form der Offerte könnte höchstens dann als ausreichende Voraussetzung des Provisionsanspruchs angesehen werden, wenn die Parteien verabredungsgemäß lediglich einen solchen Abschluß als beabsichtigten Erfolg der Mäklertätigkeit ins Auge gefaßt hätten. **c)** **RG.** R. **13** Nr. 2564. Ist die Mäklergebühr für die Vermittlung eines Kaufes bis zu einem bestimmten Termine versprochen, so genügt die mündliche Einigung bis zu diesem Zeitpunkte, wenn die öffentliche Beurkundung wenige Tage danach wirklich folgt. **d)** Über Provisionspflicht bei betagtem und auflösend bedingtem oder bei befristetem Abschlusse s. *Reichel 38 ff., 44 ff., 50 ff., 62 ff.

5. Ursächlicher Zusammenhang. **a)** **RG.** R. **13** Nr. 2719. Der Anspruch auf Mäklerlohn ist nicht davon abhängig, daß der Auftraggeber beim Vertragsabschlusse sich der ursächlichen Bedeutung der ihm an sich bekannten Mäklertätigkeit bewußt war. **b)** **RG.** LeipzZ. **13** 854 Nr. 25, JW. **13** 983 Nr. 12. Der Provisionsanspruch des Mäklers ist bei dem Vorhandensein der sonstigen objektiven Voraussetzungen schon dann begründet, wenn nur der Auftraggeber beim Abschlusse des Geschäfts überhaupt davon Kenntnis hatte, daß der Mäkler für diesen Abschluß tätig war, daß er sich um ihn bemüht hat. Kenntnis der Ursächlichkeit dieser Bemühungen ist nicht erforderlich. **c)** PosMSchr **13** 34 (Marienwerder). Die Kenntnis des Auftraggebers von der Tätigkeit des Mäklers ist Voraussetzung des Provisions-

anspruchs. d) *Reichel 193 ff. Nichtkenntnis des Auftraggebers von der stattgehabten Vermittlung schließt Provisionsanspruch nur dann aus, wenn den Mäkler an jener Nichtkenntnis ein Verschulden trifft (gegen herrschende Meinung). e) RG. R. 13 Nr. 2563. Die Mäklergebühr wird nicht dadurch schlechthin ausgeschlossen, daß der Auftraggeber selbst den Abschluß zustande bringt, sofern er dabei nur auf der Tätigkeit des Maklers weiterbaut. f) RG. R. 13 Nr 2995. Der Mäkler kann seinen Lohn nur dann fordern, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustandegekommen ist. Ist aber diese Voraussetzung eingetreten, dann ist, von abweichenden Vereinbarungen abgesehen, der Anspruch des Mäklers auch immer begründet. Nachträgliche Vereinbarungen der Vertragsteile können den Anspruch nicht beeinträchtigen, und es besteht, wie schon in einem Urt. des VI. Zivilsen. vom 21. April 1892, Rep. VI. 25/92 (auszugsweise wiedergegeben in BolzePr. 13 Nr. 371) für das frühere Recht ausgesprochen worden ist, auch kein Anlaß, den Provisionsanspruch etwa deshalb zu versagen, weil die Parteien den Vertrag irrtümlich für nicht zustandegekommen oder für so zweifelhaft halten, daß sie von seiner Ausführung Abstand nehmen. g) *Reichel 177, 186 ff. Tätigkeit mehrerer Mäkler: haben alle mitgewirkt, so gebührt im Zweifel jedem die volle Provision, sie wären denn Gesamtmäkler.

6. Identität des vermittelten Vertrags. a) RG. R. 13 Nr. 671. Ein Rechtssatz, wonach der Mäklerlohn gezahlt werden müßte, wenn durch den Inhalt des abgeschlossenen Geschäfts das wirtschaftliche Ergebnis erreicht ist, dessen Herbeiführung den Zweck des Mäklervertrags hat bilden sollen, besteht nicht. b) *Reichel 89 ff., 98 ff. (mit Kasuistik). Der zustandegekommene Vertrag muß dem angestrebten Zweckäquivalente, d. h. gleich zwecktauglich wie jener sein.

7. Nichtigkeit des Vertrags und Ähnliches. a) R. 13 Nr. 670 (Hamburg). Der Mäklerlohn ist nicht verdient, wenn der vermittelte Vertrag wegen Arglist angefochten wird, und zwar selbst dann nicht, wenn der den Mäklerlohn versprechende Teil arglistig gehandelt hat. Unter Umständen kann aber der Mäkler das negative Vertragsinteresse ersetzt verlangen. b) *Reichel 31 ff. Provision verdient, wenn Vertrag zwar nichtig, diese Nichtigkeit aber auf Verhalten des Auftraggebers zurückzuführen und Mäkler hieran unschuldig ist; Beispiele: Scheingeschäft (§§ 134, 138, 306 BGB.), Anfechtung wegen Arglist des Auftraggebers. c) *Reichel. Vertrag nicht zustandegekommen, wenn Auftraggeber anfechten könnte, die Anfechtung aber nur zur Vermeidung noch größeren Übels unterläßt. d) Über Wandelung des Auftraggebers *Reichel 67.

8. a) *Reichel 64 ff. Bei Insolvenz des Vertragsgegners ist Provision im Zweifel nur dann unverdient, wenn diese für Auftraggeber einen Anfechtungsgrund erzeugt oder dem Mäkler bekannt oder fahrlässig unbekannt geblieben. b) LeipzZ. 13 413 Nr. 2 (LG. Leipzig). Ob ein Kauf wegen Zahlungsunfähigkeit angefochten oder ob er aus eben diesem Grunde einverständlich wieder aufgehoben wird, kann praktisch keinen Unterschied begründen. Der unter solchen Umständen wieder aufgehobene Kauf ist daher einem nicht zustandegekommenen gleichzuachten.

9. Kein Provisionsanspruch bei Lohnunwürdigkeit des Mäklers. *Reichel 229 ff. Mäkler ist lohnunwürdig, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig den Interessen des Auftraggebers zuwidergehandelt (arg. § 654, der viel zu eng gefaßt ist), insbesondere den Vertragszweck vereitelt, oder wenn er den Vertrag durch arglistige Mittel (z. B. Belistung des Vertragsgegners) zustandegebracht hat.

10. *Reichel 74 ff. Ist der Anspruch auf die Mäklerprovision von Erfüllung des Vertrags abhängig gemacht (Parteiabrede), so greift Analogie des § 88 Abs. 2 ZPO. Platz.

III. Verzicht auf Widerruf des Auftrags. 1. *Reichel 205 ff. Verzicht des Auftragsgebers auf Abschluß ohne Zuziehung des Mäklers bedeutet Zusage von Schadensersatz für den Fall, daß dem Mäkler infolgedessen eine ansonst verdiente Provision entgeht. Mäkler muß aber diesfalls beweisen, daß er einen annehmbaren Vertrag zustandegebracht haben würde; eine Vermutung hierfür besteht nicht.

2. *Reichel 219 ff. Widerrufsverzicht („fest an die Hand") des Auftrags nicht nichtig, aber nur insoweit verbindlich, als Auftraggeber gleichwohl jederzeit aus wichtigem Grunde kündigen kann.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 144 Nr. 15. Ein Verzicht auf den freien Widerruf kann auch stillschweigend erfolgen und insbesondere aus dem Inhalte des Mäklervertrags sich ergeben. So ist z. B. ein Verzicht anzunehmen, wenn dem Mäkler der Alleinverkauf für eine bestimmte oder auch für eine nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bestimmende Zeit übertragen wird (JW. **05** 339, auch **RG. 76** 361).

4. **RG.** LeipzZ. **13** 296 Nr. 29. Das durch den Vertrag begründete Rechtsverhältnis, demzufolge die Klägerin für die Vermittlung des Verkaufs der Patente eine näher bestimmte Vergütung von den Beklagten erhalten sollte, stellt sich als ein Mäklervertrag im Sinne des § 652 BGB. dar. Für einen solchen Vertrag gilt der Grundsatz, daß der Auftraggeber regelmäßig nicht gehindert ist, das Geschäft ohne Mitwirkung des Mäklers abzuschließen. Geschieht dies, so entfällt damit im Regelfalle jeder Anspruch des Mäklers auf die bedungene Vergütung oder auf Schadensersatz. Die Beteiligten können jedoch auch eine abweichende Abrede treffen, insbesondere vereinbaren, daß der Auftraggeber weder selbst noch durch einen anderen Vermittler das Geschäft abschließen darf. Ein derartiger Wille der Beteiligten muß aber, wenn er für die Beurteilung ihrer rechtlichen Beziehungen maßgebend sein soll, bei Eingehung des Vertrags erkennbar zum Ausdrucke gelangen.

IV. Provisionshöhe. BadRpr. **13** 97 (Karlsruhe). Es ist gerichtskundig, daß bei Grundstücksverkäufen in Städten die übliche Provision des gewerbsmäßigen Mäklers 1 pCt. des Kaufpreises beträgt.

V. Über Auslagen des Mäklers. *Reichel 267 ff. Mäkler kann Ersatz derjenigen Auslagen verlangen, die er macht 1. außerhalb des Rahmens seines Mäklerauftrags infolge besonderen Auftrags oder als neg. gestor oder mit der Folge einer Bereicherung des Auftraggebers; 2. nach Erledigung des Mäklerauftrags, solange ihm diese schuldlos unbekannt und vom Auftraggeber schuldhaft nicht mitgeteilt ist.

§ 654. 1. LeipzZ. **13** 406 Nr. 5 (Jena). § 654 rechnet von vornherein mit der Möglichkeit, daß der Mäkler, ohne gegen seine Vertragspflichten zu verstoßen, für beide Teile tätig wird. Im Handel mit Grundstücken ist eine solche Doppeltätigkeit des Mäklers eine sehr häufige Erscheinung. Im vorliegenden Falle kommt noch hinzu, daß der Kläger sein Institut in Frankfurt a. M. betreibt. Nach einem von der dortigen Handelskammer erstatteten Gutachten ist es in Frankfurt a. M. Handelsbrauch, daß der Grundstücksmäkler vom Käufer eine halbprozentige, vom Verkäufer eine einprozentige Provision erhält. Eine solche Doppelprovision ist natürlich nur gerechtfertigt, wenn von vornherein der Mäkler für beide Teile tätig wird, also sein Geschäftsgebahren darauf einstellt, die beiderseitigen Interessen möglichst auf einer mittleren Linie zusammenzuführen. Es ist anzunehmen, daß dieser Handelsbrauch auch zum Bestandteile des Vertrags zwischen den Parteien geworden ist. Denn in einem Falle, wie dem vorliegenden, wird am ehesten auf die Bräuche an dem Orte zurückzugreifen sein, an dem sich der Geschäftsbetrieb des Mäklers abspielt. Es kann dies jedoch dahingestellt sein, da sich schon aus dem Briefe des Beklagten das Nötige ergibt: „Falls Sie einen wirklich ernsten und gediegenen Reflektanten haben, so machen Sie mir doch mal ein Gebot, vielleicht kommen wir dann in der Mitte zu-

sammen." Kläger konnte hiernach von der Annahme ausgehen, daß er entsprechend dem geschilderten Handelsbrauch auch in diesem Falle als Doppelmäkler tätig sein und, der Weisung des Briefes folgend, ein Zusammenführen auf der mittleren Linie versuchen sollte.

2. **RG.** JW. **13** 200 Nr. 11, LeipzZ. **13** 144, R. **13** Nr. 183. Grundsätzlich ist zwar nach dem Rechte des BGB. der Mäkler von einer Tätigkeit für die beiden Parteien des zu vermittelnden Vertrags nicht ausgeschlossen. Die Zulässigkeit einer solchen Doppeltätigkeit entscheidet sich vielmehr, sofern eine ausdrückliche Verabredung des Mäklers mit seinem Auftraggeber hierüber nicht vorliegt, nach der gesamten Sachlage des einzelnen Falles. Sie ist zu verneinen, wenn der Mäkler von einer Partei als Vertrauensmann herangezogen und lediglich dazu berufen ist, deren Interessen ausschließlich wahrzunehmen. Eine dem Vertrage zuwiderlaufende Doppeltätigkeit ist selbstverständlich dann ausgeschlossen, wenn der Auftraggeber zur Zeit des Vertragsschlusses mit der anderen Partei von einer solchen Tätigkeit Kenntnis gehabt hat.

3. **RG.** JW. **13** 641 Nr. 4, WarnE. **13** 339, R. **13** Nr. 1445. Der Mäkler darf zu Nutzen des anderen Vertragsteils nur so weit tätig werden, als eine Erlaubnis des Auftraggebers in Kenntnis der Sachlage festgestellt werden kann (Oertmann § 654 Ziff. 1 b β Abs. 1).

4. *Reichel. Die Bestimmung ist zu eng. Auch interessenwidrige Verfolgung der Interessen Dritter macht lohnunwürdig. — Versuch genügt.

§ 655. *Reichel, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung 35. Der Herabsetzungsanspruch konstruiert sich als condictio indebiti promissi.

§ 656. *Reichel, Mäklerprovision 258 ff. Das gleiche gilt vom Ehevertrag, Adoption, Erbvertrag und sonstigen Geschäften, die auf höchstpersönlicher, unbeeinflußter Entschließung beruhen oder beruhen sollen.

Neunter Titel. Auslobung.

§ 657. *Dalberg, DJZ. **13** 863,864. Gutscheine, welche Warenpaketen beigepackt sind und auf welchen gedruckt ist, daß der Überbringer einer bestimmten Anzahl derselben von der fabrizierenden Firma eine Prämie erhalten soll, sind keine Inhaberpapiere, da ein einzelner Gutschein nicht einen Anspruch auf einen Teil der Prämie darstellt. Es liegt Auslobung vor; auf das Sammeln und Abliefern der Zettel ist eine Prämie gesetzt. Nach dem wirklichen Willen des Auslobenden wird anzunehmen sein, daß die Zettel den Warenpaketen erst dann entnommen werden dürfen, nachdem diese in den Konsum übergegangen sind, also nicht etwa von einem Zwischenhändler.

§ 661. Abs. 2 Satz 2. 1. *Eberty, Die Verbindlichkeit der Preisrichterentscheidung, ABürgR. **39** 82—90. Die Bestimmung ist so lange nicht anwendbar, als es sich um die Frage handelt, ob ein Spruch der Preisrichter, obwohl sie ihrer Entscheidung die Form eines solchen gegeben haben, überhaupt vorliegt, sondern erst dann, wenn es gilt, eine gegen einen an sich existierenden Spruch gerichtete Einwendung des Auslobenden replikweise zu entkräften. — Der Spruch ist zwar „verbindlich", aber nicht „unanfechtbar". Er ist eine „Vorstellungsmitteilung" und unterliegt Angriffen, die auf Verfahrensmängel oder Irrtum der Preisrichter oder an ihnen verübten Betrug gestützt sind. Subjekt des Anfechtungsrechts wegen Irrtums oder Betrugs sind die Preisrichter, nicht der Auslobende, der in jenem Falle auf die exceptio doli generalis angewiesen ist, während ihm in diesem § 826 BGB. hilft.

2. *Klein, KGBl. **13** 117, 118, legt im Anschluß an Eberty, ABürgR. **39** 82 ff. — aber mit abweichender Begründung — dar, daß § 661 Abs. 2 Satz 2 „Die Entscheidung ist für die Beteiligten verbindlich", — nicht gilt, — wenn der

Auslobende oder Preisrichter sich bei ihrer „Entscheidung“ irrten, zu ihrer Entscheidung infolge Betrugs seitens eines Bewerbers gelangten, ihre Entscheidung zum Scherze bezw. unter dem Einflusse von Drohung und Zwang abgaben, oder wenn die Entscheidung unrichtig übermittelt wurde. Sachlich richtig braucht die Entscheidung des Auslobenden bezw. Preisrichters nicht zu sein, um für die Beteiligten verbindlich zu sein. Nur muß eine wirksame (nicht pathologische) Entscheidung (Vorstellungsmitteilung) gerade dieses Auslobenden bezw. Preisrichters vorliegen.

Zehnter Titel. Auftrag.

§ 662. 1. **RG.** JW. **13** 264 Nr. 3, R. **13** Nr. 2565. Der Auftrag zur Auszahlung eines Betrags an einen Dritten kann dadurch ausgeführt werden, daß der Beauftragte den Betrag mit dem Dritten verrechnet, falls der Dritte damit einverstanden ist, daß durch die Verrechnung die Leistung des Auftraggebers als bewirkt gilt.

2. **RG.** R. **13** Nr. 3238. Bei der Sicherungsübereignung haftet der Fiduziar wie ein Beauftragter für ordnungsmäßige Aufbewahrung und Verwertung der sicherungshalber übereigneten Gegenstände.

3. **RG.** R. **13** Nr. 341. Die rechtliche Stellung der Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft, die nicht selbst Gesellschafter sind, ist, soweit nicht die Vorschriften in §§ 145 ff. HGB. besondere Anordnungen treffen, nach den Grundsätzen zu beurteilen, die für den Auftrag oder für den Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, gelten. Das gilt auch für den Fall, daß die Liquidatoren vom Gericht ernannt werden.

§ 663. *Dickel, Rechtsf. Heft 1 Erl. 205 ff., erachtet im Gegensatze zu Wach nicht den Beklagten, sondern den Kläger für beweispflichtig, wenn letzterer in der Klage behauptet, daß der Beklagte die ihm nach § 663 BGB. obliegende Anzeige der Nichtannahme unterlassen habe.

§ 664. Josef, Haftung des Rechtsanwalts für Verschulden des Generalsubstituten, KGBl. **13** 17 Nr. 2. Die Übertragung der Ausführung des Auftrags an einen Dritten im Sinne des § 664 Abs. 1 BGB. liegt nur vor, wenn der Beauftragte aufhört, Herr des Auftrags zu sein, die Geschäftsführungspflicht vollständig, also in ihrer Gesamtheit an einen Dritten abgibt. In solchem Falle kann der Beauftragte der Natur der Sache nach für ein den neuen Geschäftsführer bei Erledigung des Auftrags treffendes Verschulden nicht mehr einstehen, seine Geschäftsführungspflicht ist vielmehr durch Erfüllung erloschen. Dieser Grundsatz findet daher auch bei einem Dienstvertrage, mit dem eine Geschäftsführung verbunden ist, Anwendung, obwohl § 664 im § 675 nicht mitangezogen ist. — Die gedachte Übertragung der Geschäftsführungspflicht liegt aber nicht vor, wenn die Vertretung eines behinderten Anwalts einem „Generalsubstituten“ übertragen wird (§ 25 RAO.). In solchem Falle bleibt vielmehr der behinderte Anwalt Herr des Auftrags, den der Generalsubstitut nur als Vertreter des behinderten Anwalts ausführt. Dieser allein ist und bleibt Vertragsgenosse der Partei, wird allein berechtigt und verpflichtet, so daß der Generalsubstitut nur Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 ist und der behinderte Anwalt für dessen Verschulden wie für sein eigenes, nicht also nach § 664 Abs. 1 Satz 2 nur für Verschulden in der Auswahl des Generalsubstituten haftet.

§ 666. 1. Risop, Übertragbarkeit der Ansprüche des Auftraggebers aus § 666 BGB., R. **13** 370. Man wird die Vorschrift des § 664 Abs. 2 dahin verallgemeinern dürfen, daß alle Ansprüche des Auftraggebers aus dem Auftrag im Zweifel, also auch die Ansprüche aus § 666 BGB. nicht übertragbar seien.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2062. Auch wenn der Auftraggeber statt Rechnungslegung über die Einnahmen sofort Zahlung eines bestimmten Betrags fordert, trifft den Beauftragten die Beweispflicht hinsichtlich des Verbleibs der Einnahmen.

§ 667. RG. R. **13** Nr. 1279. Erwerben die Geschäftsführer eines Güterhändlerkonsortiums ein Landgut als Gegenwert eines veräußerten Gesellschaftsguts auf ihr Privatkonto lediglich gegen Ersatz des urkundmäßigen Mehrwerts des Gesellschaftsguts an die Gesellschaft, so kann die Gesellschaft auch den bei der Weiterveräußerung des Ersatzguts gemachten Gewinn beanspruchen, wenn durch die Form des Progreßgeschäfts absichtlich zu ihrem Nachteile gehandelt worden ist.

§ 675. RG. LeipzZ. **13** 393 Nr. 4, R. **13** Nr. 2063. Ist darin dem Vorderrichter beizutreten, daß es sich nicht um einen widerruflichen Auftrag gehandelt hat, so liegt doch kein Grund vor, deshalb das Vertragsverhältnis überhaupt nicht als Auftrag nach § 675 BGB. gelten zu lassen, als einen Auftrag, der das Besondere an sich hatte, daß er den Beauftragten die Freiheit wahrte, zugleich auch im Auftrag und in Wahrung gegenüberstehender Interessen tätig zu sein. Gewiß liegt in diesem Rechtsverhältnis etwas vom Treuhänderverhältnis. Aber es ist ganz unfruchtbar, den Vertrag, wie der Vorderrichter tut, als Treuhändervertrag zu bezeichnen und danach entscheiden zu wollen. Einen typischen Treuhändervertrag gibt es nicht, das Rechtsverhältnis muß vielmehr, nach den konkreten Umständen, insbesondere eben nach dem zugrundeliegenden Auftrage bestimmt werden.

§ 676. I. Allgemeines über vertragliche Haftung. Weitergabe einer brieflichen Auskunft an einen Dritten. **RG.** R. **13** Nr. 40. Keine Haftung für Auskunfterteilung, weil die Auskunft nicht in einem an die Klägerin gerichteten Schreiben erteilt war und die Parteien auch nicht in irgendwelche unmittelbare Verhandlungen über die zu erteilende Auskunft getreten waren.

II. Haftung des Geschäftsherrn für Auskünfte über frühere Angestellte. Die Erteilung solcher Auskünfte über kaufmännische Angestellte ist nicht Verkehrssitte. **RG.** JW. **13** 195 Nr. 3, R. **13** Nr. 494. Unter Kaufleuten mag es Sitte sein, daß sie über ihre Angestellten während und nach Beendigung des Dienstverhältnisses Auskunft geben; eine Verkehrssitte aber, nach der diese Übung als Erfüllung einer aus dem Anstellungsvertrage sich ergebenden Pflicht aufgefaßt wird, läßt sich nicht feststellen. (Der Klaganspruch kann daher, insoweit er sich auf die Versendung des Rundschreibens und die Erteilung oder Versagung von Auskunft stützt, nur als Anspruch aus unerlaubter Handlung in Betracht kommen, nicht aber auf den zur Zeit der Vornahme jener Handlungen bereits beendeten Dienstvertrag gegründet werden.)

III. Haftung gemäß § 826 BGB. 1. Wann ist fahrlässig falsche Auskunft sittenwidrig? **RG.** R. **13** Nr. 3247. In einer lediglich fahrlässig falschen Auskunftserteilung ist nur unter besonderen Umständen, so insbesondere dann, wenn der Auskunft um der Berufsstellung des Erteilenden willen — Zeugnis des Prinzipals — ein besonderes Ansehen beigemessen wird, und nur bei einer besonders zu qualifizierenden Fahrlässigkeit ein Verstoß gegen die guten Sitten zu finden. Eine solche Fahrlässigkeit liegt in der Regel nur dann vor, wenn das Urteil über den Beauskunfteten nicht nur jeder erforderlichen Sorgfalt entbehrt, sondern wenn es gewissenlos genannt zu werden verdient. Diesen Vorwurf wird derjenige verdienen, der, wo er berufen ist, ein für die Existenzinteressen eines anderen entscheidendes Urteil abzugeben, ohne sachlich eindringende Prüfung, weiter aber auch ohne ausreichendes Verantwortlichkeitsgefühl und ohne billig denkendes Mitempfinden für die Geschicke anderer urteilt und sein Urteil äußert.

2. **RG.** JW. **13** 431 Nr. 8, R. **13** Nr. 1729. Keine Haftung aus § 826, wenn bei einer Auskunft über einen früheren Angestellten eine durch diesen begangene vereinzelte Veruntreuung in der Überzeugung verschwiegen wird, der Angestellte werde bei der dem Anfragenden ausdrücklich empfohlenen strengen Kontrolle keine Unredlichkeit mehr begehen. Hierin liegt keine Sittenwidrigkeit.

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 677. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 853 Nr. 23, R. **13** Nr. 2407. Das eigen Interesse des Geschäftsführers an der Ausführung des Geschäfts steht dem Zustandekommen einer auftraglosen Geschäftsführung nicht entgegen.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 853 Nr. 23, R. **13** Nr. 2406. Geschäftsherr kann auch eine noch nicht bestehende, insbesondere eine erst in der Gründung befindliche Körperschaft sein.

3. **RG.** R. **13** Nr. 1129. Hat ein Notar die für seinen Klienten bestimmte Grundbuchbenachrichtigung angenommen, so ist er auch verpflichtet, das weiter Nötige zum Vorteile seines Klienten und nach dessen mutmaßlichen Willen zu besorgen, nämlich entweder die grundbuchamtliche Nachricht selbst zu prüfen oder aber sie an den Klienten alsbald hinauszugeben. Im letzteren Falle muß die Hinausgabe mit der ausdrücklichen Bemerkung erfolgen, daß sie zum Zwecke der Prüfung erfolge, da sonst der Klient annehmen könnte, die Nachricht sei bereits durch den Notar geprüft.

4. **RG.** JW. **13** 1147 Nr. 4. Ein durch unerlaubte Handlung verletzter Minderjähriger kann beanspruchen, daß der Schädiger den Betrag der Heilungskost n an den von dem Inhaber der elterlichen Gewalt zugezogenen Arzt abführt.

5. **RG.** R. **13** Nr. 1865. Der Träger der Kirchenbaulast, der Wiederherstellungsarbeiten, die durch eine strafbare Handlung — fahrlässige Brandstiftung — erforderlich geworden sind, hat vornehmen lassen, hat gegen den Schädiger einen Ersatzanspruch aus nützlicher Geschäftsführung und aus Bereicherung.

6. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 828. Gegebenenfalls muß der negotiorum gestor auch für die Versicherung des Vermögens sorgen, insbesondere ablaufende Versicherungsverträge erneuern.

§ 679. *Unger, Selbstmord im bürgerlichen Rechte 188—263. Die Rettung eines Selbstmörders als solche ist nicht eine gegen den Willen des Geschäftsherrn zulässige negotiorum gestio. Es besteht keine Rechtspflicht zum Leben (31ff.). Eine sittliche Pflicht, sich am Leben zu erhalten, ist ebenfalls abzulehnen und würde im übrigen zur Anwendung des § 679 BGB. nicht ausreichen. Die Art des Selbstmordes kann aber einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung enthalten, insbesondere wenn der Selbstmord an einem öffentlichen Orte begangen wird. Die Art des Selbstmordes kann insbesondere durch das gewählte Mittel eine Gefährdung anderer enthalten. In beiden Fällen ist die Rettung des Selbstmörders, soweit sie zur Verhinderung oder Abwendung der Störung oder Gefahr notwendig ist, als zulässige Geschäftsführung gemäß § 679 anzusehen. Denn unter § 679 fallen alle Handlungen, welche notwendig sind, um einer öffentlichen Rechtspflicht zu einer Unterlassung zum Erfolge zu verhelfen. Unter Umständen kann daher die Rettung eines Selbstmörders auch rechtmäßige Notwehr sein. In vielen Fälle wird die Rettung eines Selbstmörders durch nachträgliche Genehmigung zu einer zulässigen Geschäftsführung werden (§ 684 Satz 2). Soweit die Verhinderung des Selbstmordes hiernach zulässige negotiorum gestio ist, ist sie eine rechtmäßige Handlung. Der gerettete Selbstmörder oder die Erben bei erfolglosem Rettungsversuche sind zum Aufwendungsersatze verpflichtet. (Wegen der Fälle, in denen nicht § 679, wohl aber Notwehr vorliegt, vgl. o. zu § 227 BGB.) In denjenigen Fällen, in denen die Rettung des Selbstmörders weder als Notwehr, noch als zulässige negotiorum gestio gerechtfertigt ist, ist die Rettung dennoch nicht rechtswidrige Nötigung. Dies ist ein Gewohnheitsrecht. Die Rettung ist zwar dann nicht rechtswidrig, der Retter ist nicht schadensersatzpflichtig — aber auch nicht rechtmäßig —, der Retter kann nicht seinerseits Schadensersatz oder Aufwendungsersatz verlangen; der Selbstmörder handelt nicht rechtswidrig, wenn er sich gegen den Retter zur Wehr setzt. In solchem Falle ist der Selbstmord, wie dessen Verhinderung eine indifferente, vom Rechte überhaupt nicht beurteilte Handlung.

§ 683. 1. **RG. 82** 206, SeuffA. **68** 401 Nr. 212. Der baulastpflichtige Fiskus, der dieser Verpflichtung gemäß das von dritten Personen fahrlässig in Brand gesteckte Kirchengebäude wiederhergestellt hat, kann gegen die Urheber der Brandstiftung auf Ersatz der von ihm aufgewendeten Kosten klagen. Allerdings wollte der baulastpflichtige Staat, indem er die Wiederherstellungsarbeiten vornahm, zunächst seine öffentlich-rechtliche Baulastpflicht erfüllen. War aber die Beschädigung, zu deren Wiederherstellung er vermöge dieser Pflicht gehalten war, durch eine zum Schadensersatze verpflichtende unerlaubte Handlung eines Dritten verursacht, so machte er die Aufwendungen zugleich in der Absicht, sich wegen ihrer bei dem an letzter endgültiger Stelle verpflichteten Beschädiger wieder zu erholen; er nimmt diesem die Sorge für die ihm obliegende Wiederherstellung ab; sein Anspruch gegen den Schädiger ist aus der nützlichen Geschäftsführung begründet (vgl. §§ 677 ff. BGB.; JW. **09** 137 Nr. 15; **10** 389 Nr. 6; WarnE. **09** Nr. 86). Daß das Handeln auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung mit der Absicht des Geschäftsführers, sich bei demjenigen zu erholen, den die Pflicht, jene Kosten zu tragen, in erster Linie trifft, wohl verträglich ist, ist in den Entscheidungen des erkennenden Senats **RG. 75** 276 sowie JW. **10** 186 Nr. 9 ausgesprochen.

2. *Runkel, Die außervertragliche Haftung des Luftschiffers 66 ff. Bezüglich der Haftung des Luftschiffers für den Schaden, die er in Not den Sachen seiner Mitfahrer zufügt, vgl. u. zu § 904 bei a.

3. *Unger, Selbstmord im bürgerlichen Rechte 247—257. Unter Aufwendung im Sinne von § 683 ist auch die Anwendung solcher Körperkräfte und Fähigkeiten zu verstehen, die der Geschäftsführer sich für gewöhnlich bezahlen zu lassen pflegt.

§ 687. **RG.** R. **13** Nr. 2282. Der Ausnutzung eines fremden Patentes, worin der Tatbestand der sogenannten unechten Geschäftsführung gefunden worden ist (**RG. 62** 321, **70** 75), kann nicht gleichgeachtet werden, wenn einem Erfinder die Möglichkeit, ein Schutzrecht zu erwerben, durch das Verhalten eines anderen — vorzeitige Veröffentlichung der Erfindung — entzogen wird. In diesem Falle handelt es sich nicht um die Ausnutzung, sondern um die Zerstörung eines fremden Rechtes, es kann daher nur ein Schadensersatzanspruch in Frage kommen.

Zwölfter Titel. Verwahrung.

§ 688. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 819. Der Verwahrer ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die Sache unter Versicherung zu bringen. Es bleibt aber stets zu untersuchen, ob nicht etwa eine dahingehende Vereinbarung aus den Umständen zu entnehmen ist.

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

§ 701. SeuffA. **13** 447 ff. (München). W. hat ohne Inanspruchnahme der Hilfe des Wirtes oder seines Knechtes die Pferde eingestellt und sie selbst in den Stall geführt, angehängt und verpflegt. Der Wirt hat ihm, gleichgültig ob er anwesend war oder nicht, die Stallung zur Benutzung für die Pferde zur Verfügung gestellt, W. hat hiervon nach freier Entschließung Gebrauch gemacht. Die Obhut der Pferde oder eine sonstige Tätigkeit wurde vom Wirte oder seinen Bediensteten keineswegs übernommen. Die Einstellung erfolgte tatsächlich unentgeltlich. Hiernach liegt weder ein Miet-, noch ein Leih-, noch ein Verwahrungsvertrag vor, sondern ein Vertragsverhältnis besonderer Art, bei dem die Haftung des Wirtes nicht auf diejenige für grobes Verschulden oder für die in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwendende Sorgfalt beschränkt ist (§§ 690 mit 277, 599 BGB.), sondern die Verkehrssorgfalt im Sinne des § 276 BGB. erfordert wird.

Vierzehnter Titel. Gesellschaft.

§ 705. I. Begriff und Wesen des Gesellschaftsvertrags. 1. Voraussetzungen der Gesellschaft. **RG. 80** 268, JW. **13** 27, LeipzZ. **13** 144. Das RG. hat in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß eine Gesellschaft begrifflich weder die Begründung eines Gesellschaftsvermögens noch die Leistung von Beiträgen voraussetzt, daß vielmehr die Gesellschafter sich auch in anderer Weise, insbesondere dergestalt zur Förderung der Erreichung eines gemeinsamen Zweckes verbinden können, daß dabei nur einer von ihnen die zur Durchführung des geschäftlichen Unternehmens erforderlichen Mittel zu beschaffen hat.

2. Anwendung der §§ 320 ff. BGB. **RG. 81** 303, LeipzZ. **13** 381, R. **13** 928. Dem Berufungsrichter kann ohne Bedenken insoweit beigetreten werden, als er dem § 326 BGB. auf zur Ausführung gebrachte Gesellschaften die Anwendung versagt, wenn die Leistung, mit welcher der eine Gesellschafter in Verzug geraten, nicht von so wesentlicher Art oder ihr Ausbleiben nicht auf ein solches Verschulden zurückzuführen ist, daß nach § 723 BGB. ein Recht zur sofortigen Kündigung der Gesellschaft gegeben gewesen wäre. Dem Gesetze kann unmöglich die Absicht unterstellt werden, daß es, nur an einen wichtigen Grund und daher regelmäßig nur an eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht das Recht des anderen auf Auflösung knüpfend, das viel einschneidendere, weil rückwärts wirkende Recht des Rücktritts ohne diese Voraussetzung lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hätte gewähren wollen. Wiederholt hat das RG. erkannt, daß eine mit der Eigenart der gesellschaftlichen Verhältnisse nicht in Einklang zu bringende Anwendung der § 326 ff. BGB. ausgeschlossen sei.

II. Einzelfälle. a) **RG.** LeipzZ. **13** 758, R. **13** Nr. 2283. In der Abtretung eines Bauakkordvertrags an einen Dritten unter Vorbehalt der Vertretung gegenüber dem Bauherrn und finanzieller Mitbeteiligung kann ein Gesellschaftsvertrag erblickt werden. b) **RG.** WarnE. **6** 314. Ein Verlagsvertrag, bei dem das Honorar des Verfassers durch Beteiligung am Reingewinne des Verlegers bestimmt wird, hat einen gesellschaftsähnlichen Charakter. c) Darlehen oder Gesellschaft? HansGZ. **13** Beibl. 191 (Hamburg). Die Sicherung des in ein Gesellschaftsunternehmen gegebenen Kapitals durch eine Hypothek macht die Hingabe noch nicht zu einem Darlehnsvertrag. Auch die Bezeichnung dieser Hypothek als Darlehnshypothek genügt für sich allein nicht, um ein Darlehn anzunehmen.

III. Kartelle. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2286. Haben sich Gewerbetreibende zu einem Preis- und Konditionskartelle zusammengeschlossen, ohne eine Handelsgesellschaft zu gründen, so sind auf einen solchen Verband die Vorschriften über die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, insbesondere § 723 anwendbar.

2. Zulässigkeit von Kartellbildungen; unerlaubte Mittel zur Erwirkung von Beitrittserklärungen. **RG.** BauersZ. **20** 138, DJZ. **13** 127, WarnE. **6** 108. Daß die Bildung von Vereinigungen Gewerbetreibender gleichartiger oder verwandter Gewerbezweige zur Ausschaltung oder Milderung des Wettbewerbes unter den Mitgliedern an sich zulässig ist und nicht gegen die Rechtsordnung, insbesondere nicht gegen den im § 1 GewO. aufgestellten Grundsatz der Gewerbefreiheit verstößt, ist vom RG. schon wiederholt ausgesprochen worden (**RG. 28** 238, **38** 155). Auch unter der Herrschaft des BGB. ist die Bildung solcher Vereinigungen nicht zu beanstanden; ein Verstoß gegen § 138 liegt nicht vor. Das RGes. vom 25. Oktober 1910 über den Absatz von Kalisalzen läßt deutlich erkennen, daß die Rechtsordnung der Bildung von Kartellen grundsätzlich nicht widerstreitet. Doch darf auch der erlaubte Zweck nicht mit unerlaubten Mitteln verfolgt werden. Dem Verband ist es zwar an sich nicht verwehrt, möglichst viele Gewerbegenossen als Mitglieder zu gewinnen, aber er hat doch kein Recht darauf, daß alle Gewerbegenossen ihm beitreten. Die bloße Tatsache, daß Gewerbegenossen den Beitritt weigern, gibt

dem Verbande nicht das Recht, mit unerlaubten Mitteln (Arbeiter-, Kunden- und Lieferantensperre), die den wirtschaftlichen Zusammenbruch der Außenseiter zur Folge haben können, einen Druck auf diese auszuüben.

3. Kündigung (vgl. § 723 Ziff. 4b). a) Pinner, JW. **13** 402, erörtert die Frage der Kündigung eines Kartells, ausgehend von dem Falle, daß der Kartellvertrag bestimmt, das Kartell solle bis zu einem bestimmten Kalendertermin unbedingt dauern, erfolge dann von keiner Seite eine Kündigung, so verlängere sich der Vertrag stets wieder um eine gewisse Anzahl von Jahren, und bespricht die Anwendbarkeit des § 723 auf diesen Fall. Abweichend von Klaar, der in LeipzZ. **11** 918 die Ansicht aussprach, daß ein derartiger Vertrag von vornherein auf unbestimmte Zeit geschlossen und deshalb jederzeit kündbar sei, führt Pinner aus: Die Frage, wann eine bestimmte Dauer der Gesellschaft als vereinbart anzusehen ist, hat das Gesetz nicht entschieden, weil es die Beantwortung für selbstverständlich erachtete. Bestimmt ist die Zeitdauer, wenn ein fester Termin entweder durch Festsetzung eines Kalendertags oder auch durch den Zweck der Gesellschaft bestimmt ist. Wenn das Gesetz bei unbestimmter Dauer ein unentziehbares Kündigungsrecht gab, geschah dies nur, um dem, der einen Gesellschaftsvertrag abschloß, ohne eine bestimmte Dauer zu vereinbaren, dagegen zu schützen, daß er gegen seinen Willen festgehalten werde. Der Vertragsfreiheit ist aber insoweit Rechnung getragen, als jeder sich auf bestimmte Zeit binden kann. Ist daher bestimmt, daß der Vertrag an einem bestimmten Tage endigen soll, und ist jeder Partei das Recht gegeben, durch eine fristgemäße Kündigung die Auflösung zu diesem Tage zu erreichen, so liegt eine Vereinbarung festbestimmter Dauer und damit der Ausschluß früherer Kündigung vor. Macht keine Partei von dem ihr gegebenen Rechte Gebrauch, so verlängert sich der Vertrag wieder auf festbestimmte Zeit. Anders wird die Frage liegen, wenn das für den Ablauf der bestimmten Zeit den Parteien gewährte Kündigungsrecht an Strafen gebunden oder wenn es an den Auflösungsbeschluß einer Mehrheit geknüpft ist. In diesen Fällen liegt eine vertragsmäßig unzulässige Beschränkung des Kündigungsrechts, die nichtig ist und unter Umständen den ganzen Vertrag nichtig macht. b) *Gerstlauer, JW. **13** 566 ff., Zur Frage der Kündigung von Kartellverträgen. Eine Zeit ist bestimmt, wenn ihre Länge genau feststeht. Diese Feststellung kann nur dann getroffen werden, wenn die Messung mit dem Zeitmaße möglich ist, also wenn der Anfangs- und der Endpunkt unverrückt feststeht. Dann erst kann ihr genaues Maß nach Jahr, Monat und Tag angegeben werden. Bei einer Zeitspanne, deren Endpunkt in der Zukunft liegt, kann der Eintritt des Endpunktes von einer Bedingung, von dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses, z. B. der Kündigung abhängig sein. Die Zeitlänge ist in diesem Falle erst dann bestimmbar, wenn die Bedingung, das Ereignis eingetreten ist; die Zeit ist dann nicht von Anfang an bestimmt. Im Falle des § 723 BGB. muß die Zeit bei Eingehung der Gesellschaft bestimmt sein; also von Anfang an. Bei dem Begriffe Gesellschaft im Sinne des § 723 muß man die Gesellschaft als Ganzes, den Gesellschaftskörper und das Verhältnis des einzelnen Gesellschafters zur Gesellschaft, die Gliedschaft, unterscheiden. Die Dauer des Gesellschaftskörpers und die Dauer der Gliedschaft kann zeitlich bestimmt oder unbestimmt sein, nur ist die Dauer der Gliedschaft stets von der Dauer des Gesellschaftskörpers abhängig. Bei jener Form der Gesellschaft, die schon mit dem Ausscheiden auch nur eines Gesellschafters beendigt wird, hängt die Dauer des Gesellschaftskörpers auch von der Dauer der Gliedschaft ab, nicht aber bei der Gesellschaftsform des § 736 BGB. Bei letzterer kann die Zeitdauer des Gesellschaftskörpers ganz anders gestaltet sein als die Zeitdauer der Gliedschaft, und diese wiederum kann bei den einzelnen Gliedschaften verschieden sein. Bei Kartellverträgen von der Form eines Gesellschaftsvertrags des § 736 findet sich — zwei Fälle werden angeführt — die Bestimmung, daß der Vertrag

bis zu einem bestimmten Tage dauern, aber auf eine bestimmte Zahl von Jahren immer wieder von selbst verlängert werden soll, wenn innerhalb einer gewissen Kündigungsfrist zu dem bestimmten Tage nicht gekündigt wird; die Kündigungsfrist selbst ist begrenzt. Diese Bestimmung regelt nicht die Dauer des Gesellschaftskörpers, die unbestimmt bleibt, sondern nur die Dauer der Gliedschaft in dem Sinne, daß auch bei dieser die Zeit nicht bestimmt ist; sie schränkt aber zugleich das Kündigungsrecht ein. Mag der Begriff Gesellschaft nach § 723 BGB. im Sinne von Gesellschaftskörper genommen sein, was wohl das Richtige sein wird, oder im Sinne von Gliedschaft, so ist doch auf jeden Fall die Zeitdauer — bei diesen Kartellverträgen — unbestimmt und bei der Tragweite dieser Kündigungsbestimmung der Kartellvertrag nichtig; ein Ergebnis, das wohl juristisch, aber nicht wirtschaftlich befriedigt. Für die Praxis ist aber die Entscheidung der Streitfrage durch das RG. von Bedeutung; diese wird bald erfolgen. ➵ Die Entsch. des RG. ist gefallen im Urt. des II. Zivilsen. vom 17. Juli 1913 (abgedr. JW. **13** 985). Das RG. kommt zu dem Ergebnisse, daß in der angeführten Vertragsbestimmung die Zeit im Sinne des § 723 BGB. bestimmt sei. Der Grundgedanke des § 723 BGB. sei: Der einzelne Gesellschafter solle davor geschützt werden, sich auf zu lange Zeit zu binden; daher sei eine Gesellschaft dann auf bestimmte Zeit eingegangen, wenn der einzelne Gesellschafter nach einer im Vertrage getroffenen Anordnung nur auf beschränkte Dauer an das Gesellschaftsverhältnis gebunden ist. Die Beschränkung müsse aber im Vertrag selbst angeordnet sein; die tatsächliche Dauer der Gesellschaft spiele keine Rolle. Das RG. nimmt also den Begriff Gesellschaft im Sinne von Gliedschaft und ersetzt den Begriff der bestimmten Zeit durch den Begriff der beschränkten Dauer. Diese Entscheidung ist sehr interessant und für die Auslegungslehre sehr wichtig. Vom praktischen Standpunkt aus kann man ihr nur zustimmen. ⇠ c) Pinner, JW. **13** 402. Wenn das Kartell als ein gemischtes Rechtsgebiet konstruiert wird, derart, daß eine Zentralstelle in Form einer juristischen Person (Aktiengesellschaft oder GmbH.) gebildet wird, und diese mit den einzelnen Mitgliedern einen sog. Lieferungsvertrag schließt, so erhebt sich die Frage, ob die Kündigung des Lieferungsvertrags eo ipso auch die Auflösung der Aktiengesellschaft oder GmbH. zur Folge hat. Das **RG. 79** 418 hat in teilweiser Änderung seines früheren Standpunkts unter Aufhebung des vom OLG. Hamm erlassenen Urteils entschieden, daß die Kündigung des Lieferungsvertrags das Syndikat nicht zur Auflösung bringe. So wenig dieses Urteil befriedigt, so ist es doch nach dem Standpunkte der Gesetzgebung zutreffend. Zwar bilden Kartell- und Lieferungsvertrag begrifflich eine Einheit, und das Kartell verliert mit Beseitigung des Lieferungsvertrags seinen wesentlichen Inhalt. Aber das kommt gegenüber den formellen Vorschriften über Aktiengesellschaft und GmbH. nicht in Betracht. Die Vorschriften über die Dauer und Auflösung solcher Gesellschaften müssen im Gesellschaftsvertrag getroffen werden, sie sind nicht aus anderen Urkunden, wie dem Lieferungsvertrage zu entnehmen. Selbst wenn der Lieferungsvertrag notariell beurkundet ist, kann die an sich aus Vorverhandlungen zulässige Auslegung des Gesellschaftsvertrags nie so weit gehen, daß die im Gesellschaftsvertrage festgesetzte Dauer durch die Bestimmungen des Lieferungsvertrags geändert werden könnten.

§ 708. 1. Gegenseitige Pflichten der Gesellschafter. a) **RG.** LeipzZ. **13** 67, JW. **13** 29. Der Gesellschaftsvertrag, der auf besonderem gegenseitigen Vertrauen zu beruhen pflegt, muß in erhöhtem Maße von den Grundsätzen von Treu und Glauben beherrscht sein. Die Gesellschaftstreue verbietet es, daß ein Gesellschafter „unter Verheimlichung vor dem anderen sich einen besonderen Vorteil, einen Schnitt verschafft". Der Mitgesellschafter darf also, nachdem er einen Gesellschaftsvertrag gerade zum Erwerbe des Grundstücks eingegangen war, hinsichtlich dessen er sich für seine Person eine Verkaufsvermittelungsprovision hatte versprechen lassen, diese Provision nicht

für sich behalten; sie gehört der Gesellschaft. Es ist gleichgültig, daß zur Zeit des Versprechensempfanges der Mitgesellschafter noch keine Treupflichten aus dem später geschlossenen Gesellschaftsvertrage hatte; er überkam sie mit Eingehung des Gesellschaftsvertrags. Die anderen Gesellschafter können gegen den Gesellschafter, der sich diesen persönlichen Vorteil von dem Dritten versprechen ließ, aus dem Gesellschaftsvertrage nicht für die Gesellschaft, sondern aus eigenem Vertragsrecht auf Zahlung des zur Gesellschaft geschuldeten Provisionsbetrags an die Gesellschaft, und, wenn kein Organ der letzteren besteht, das zur Annahme namens der Gesellschaft berechtigt wäre, auf Hinterlegung zu einer Gesellschaftsmasse klagen, nicht aber die Zahlung an sich selbst verlangen. Ist die Gesellschaft aufgelöst, so hat die Auseinandersetzung nach § 730 stattzufinden. **b)** **RG.** LeipzZ. **13** 229, HansGZ. **13** 36, R. **13** Nr. 2064. Die Offenbarungspflicht der Gesellschafter unter sich erstreckt sich insbesondere auf Sicherungsübereignungen. Der Gesellschafter, der bei Informierung des von ihm zur Herausgabe weiterer Geldmittel für die Gesellschaft ohne Sicherheitsleistung veranlaßten Mitgesellschafters verschweigt, daß ihm kurz vorher für von ihm selbst hergegebene Gelder Sicherheit bestellt wurde, haftet also dem Mitgesellschafter aus dieser Unterlassung. **c)** Die Gesellschaft schädigende Maßregeln eines Gesellschafters. **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 211, JW. **13** 429, R. **13** Nr. 1866. Die Frage, ob ein Gesellschafter pflichtwidrig gehandelt (wenn er z. B. ihm nahe stehende Gläubiger der Gesellschaft zur Kündigung veranlaßt), kann nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falles sowie unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben und der Verkehrssitte beurteilt werden. Hat sich das den Gesellschafter zu seinem Vorgehen veranlassende Benehmen des Mitgesellschafters gegen die Gesellschaft gerichtet, so kann es unter Umständen gerechtfertigt erscheinen, wenn der Gesellschafter, um den der Gesellschaft drohenden Schaden abzuwenden, Gegenmaßregeln ergreift, die, wenngleich sie zunächst der Gesellschaft einen Nachteil bereiteten, doch schließlich auf die baldige Beseitigung des Mitgesellschafters abzielten. War aber nur der Gesellschafter das Ziel der angeblichen Angriffe des Mitgesellschafters, so konnten diese es nicht rechtfertigen, daß er zu Maßnahmen griff, die die Gesellschaft schädigten.

2. Haftung der Gesellschafter. R. **13** Nr. 672 (Stuttgart). Beklagter hat, wie er wußte oder wissen mußte, eigenmächtig die Gesellschaft durch eine Handlung verpflichtet, die er ohne Einwilligung seines Mitgesellschafters nicht vornehmen durfte. Für die Folgen dieser Handlung hat er daher der Gesellschaft aufzukommen. Dabei haftet er keineswegs nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. § 708 gilt nur für die Fälle, in denen die Erfüllung einer gesellschaftlichen Verpflichtung in Frage steht, also nicht für die Fälle, in denen der Gesellschafter seine Befugnisse bewußt oder grob fahrlässig überschreitet.

§ 709. Klagerecht des einzelnen Gesellschafters. **a)** Fraenkel, JW. **13** 410, hält im Gegensatze zu **RG. 70** 32, das die Klage eines einzelnen Gesellschafters auf Leistung an alle ohne besondere Bevollmächtigung des Gesellschafters für zulässig erklärt, eine solche Klage für unzulässig; eine Anwendung des § 432 BGB., wie sie das RG. ausspricht, sei ausgeschlossen. Zustimmend Lion, JW. **13** 702. **b)** Vgl. § 708 Ziff. 1 a.

§ 712. Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis. **RG.** R. **13** Nr. 41. Das Recht, die Geschäftsführungsbefugnis zu entziehen, schließt nicht das Recht ein, die Geschäftsführungsbefugnis einzuschränken. Solange die Gesellschaft besteht, ist ein nur teilweiser Widerruf ebensowenig zulässig wie eine Beschränkung durch Erteilung von Weisungen über die Art der Geschäftsführung.

§ 713. Rechte und Pflichten des Geschäftsführers. Klage gegen die Mitgesellschafter. Anspruch des Ge-

schäftsführers auf Ersatz an Aufwendungen. **RG.** **80** 268, SeuffA. **67** 443, LeipzZ. **13** 145, JW. **13** 27. Der geschäftsführende Gesellschafter kann zwar auf Grund der §§ 669, 670 BGB. schon während des Bestehens der Gesellschaft für die zur Geschäftsführung notwendigen Aufwendungen Vorschuß und für gemachte Aufwendungen, die er nach den Umständen für erforderlich halten durfte, Ersatz fordern. Nach der Natur des Gesellschaftsverhältnisses kann er aber seine zur Leistung von Beiträgen nicht oder nicht mehr verpflichteten Mitgesellschafter nur auf Duldung der Befriedigung dieser Forderung aus dem etwa vorhandenen Gesellschaftsvermögen in Anspruch nehmen. Eine Inanspruchnahme der Mitgesellschafter auf Zahlung, sei es an ihn, sei es zum Gesellschaftsvermögen, steht dem geschäftsführenden Gesellschafter vor Auflösung der Gesellschaft nur insoweit zu, als noch vereinbarte Beiträge rückständig sind. Aus § 426 BGB. läßt sich gegenüber der Sonderbestimmung des § 707 nichts Gegenteiliges folgern (vgl. JDR. **11** § 713 Ziff. 4).

§ 717. Unveräußerlichkeit der Ansprüche. a) **RG.** R. **13** Nr. 1130. Die gesetzliche Möglichkeit, Ansprüche auf einen Gewinn zu übertragen, erstreckt sich nicht auf feste, von der Erzielung eines Gewinns. unabhängige Bezüge: auf solche Ansprüche, insbesondere auf feste Vierteljahrszinsen, paßt die Gesetzesvorschrift nicht. **b)** Abtretung eines Geschäftsanteils, des Gewinnanteils, des Auseinandersetzungsguthabens. HansGZ. **12** Beibl. 224 (Hamburg). § 717 BGB. bestimmt, daß die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsvertrage gegeneinander zustehenden Rechte nicht übertragbar seien, nimmt aber hiervon die Gewinnanteile und Auseinandersetzungsguthaben aus und ebenso die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann. Danach ist einmal die Übertragung eines Gesellschaftsanteils als Ganzes mit der Wirkung, dem Dritten Gesellschafterrechte zu geben, unwirksam. § 717 nötigt aber nicht zu dem Schlusse, daß die Übertragung eines Gesellschaftsanteils überhaupt keine Rechte erzeuge. Da der Gesellschaftsanteil auch die ausnahmsweise für übertragbar erklärten Ansprüche begreift, wird die Übertragung eines Gesellschaftsanteils insoweit für wirksam zu gelten haben, für unwirksam also nur, soweit gleichzeitig an Stelle des Übertragenden ein Dritter in das Gesellschaftsverhältnis eingeführt werden soll. So offenbar auch das **RG.**, wenn es **57** 415, **67** 332 die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils nicht schlechthin für nichtig erklärt, sondern ausspricht, daß sie nur die Gewinnanteile und das Auseinandersetzungsguthaben ergreift. Zum gleichen Resultate wird gemäß §§ 139, 140 BGB. meist die Auslegung der Abtretungsurkunde führen.

§ 719. 1. Klagerecht des einzelnen Gesellschafters s. § 709.

2. Umwandlung der Gesellschaftseinlage in eine Darlehnsschuld. **RG.** BayRpflZ. **13** 228. Der Gesellschafter hat einen Anspruch auf Rückerstattung seiner Einlage, und dieser kann in einen Anspruch auf Rückerstattung seines Darlehens umgewandelt werden. Aber die Rückerstattung der Gesellschaftseinlage ist nicht möglich ohne Auflösung der Gesellschaft und ohne eine Auseinandersetzung, die das Endergebnis gehabt haben muß, daß nach Berichtigung der Gesellschaftsschulden für die Gesellschafter die Einlagen übrig bleiben. Die Gesellschaftseinlage selbst kann nicht in ein Darlehen umgewandelt werden, solange sie diesem Zwecke dienstbar bleibt; sie ist gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter geworden, und der Gesellschafter, der sie gegeben hat, kann darüber nicht verfügen, solange die Gesellschaft besteht.

§ 723. Auflösung. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 470. § 723 ist auch auf vor 1900 geschlossene Gesellschaftsverträge anzuwenden (**RG.** **61** 329).

2. Anwendung auf Kartelle, s. § 705 III Ziff. 2.

3. **RG.** 81 303, R. **13** Nr. 928. Wegen Verzugs mit wesentlichen Leistungen kann der Bestand einer bereits in Tätigkeit getretenen Gesellschaft nicht nachträglich nach § 326 BGB. beseitigt werden.

4. „Für bestimmte Zeit" eingegangene Gesellschaft. a) **RG.** JW. **13** 28. Dem Berufungsrichter fällt bei Anwendung des § 723 darin ein Rechtsirrtum zur Last, daß er zwar keine kalendermäßig, wohl aber in anderer Weise genau bestimmte, kurze Frist fordert. Denn darauf laufen seine Darlegungen hinaus, wenn er ausführt, es handle sich zwar nur um die Parzellierung eines einzelnen Grundstücks, es sei aber bei den Schwierigkeiten einer Parzellierung und bei der Ungewißheit, ob es in absehbarer Zeit gelingen werde, geeignete Käufer der Parzellen oder der ganzen Hufe zu finden, mit einer unbestimmt langen Zeitdauer zu rechnen. Er beruft sich dafür, was die Parzellierungsverträge anlangt, auf Goldmann-Lilienthal, BGB. I § 199 Anm. 1, u. Dernburg II § 263 Anm. 3. Diese Ansicht scheint in den Worten „bestimmte Zeit" bei der Bedeutung, die gewöhnlich mit diesen Worten verbunden wird, eine Stütze zu finden; der folgende Satz ergibt aber, daß es sich nur um eine Umschreibung des Begriffs „Zeitbestimmung" handelt, der erste Satz also nur den Fall im Auge hat, daß der Vertrag überhaupt keine Zeitbestimmung enthält, die Zeit also in diesem Sinne unbestimmt ist. Wenn, wie die Mot. II 618 ausführen, die Dauer der Gesellschaft im Sinne des § 723 auch dadurch bestimmt werden kann, daß die Gesellschaft zum Zwecke der Vornahme bestimmter Geschäfte abgeschlossen wird, so liegt ein dies incertus auch dann vor, wenn es sich um Geschäfte handelt, die in der Regel in kurzer Frist sich erledigen lassen, weil Hindernisse stets eintreten können. Die kürzere oder längere Dauer der Zeitbestimmung aber kommt bei § 723 überhaupt nicht in Betracht, weil das Gesetz Beschränkungen in dieser Beziehung nicht enthält. Ziehen sich entgegen der Absicht der Vertragsteile die Geschäfte in die Länge, so bietet § 723 Abs. 1 Satz 2 ein Mittel zur Abhilfe. b) Pinner, JW. **13** 402 vgl. oben § 705 III unter 3 a, c. c) **RG.** R. **13** Nr. 2284. Eine auf bestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft liegt dann vor, wenn der einzelne Gesellschafter nach einer im Vertrage selbst getroffenen Anordnung nur auf beschränkte Dauer an das Gesellschaftsverhältnis gebunden ist. Die tatsächliche Dauer der Gesellschaft spielt dagegen keine Rolle. Andererseits kommt es nicht darauf an, ob über die Zeit der Gebundenheit des einzelnen hinaus noch eine Fortdauer der Gesellschaft als solche stattfinden kann. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Vertragsanordnung, die die Bindung der Gesellschafter beschränkt, in der Setzung eines freien Endtermins oder in der Einräumung des Rechtes, auf einen bestimmten Termin zu kündigen, besteht. Nur dann ist die Gesellschaft in unzulässiger Weise auf unbestimmte Zeit geschlossen, wenn dem einzelnen das Recht der Kündigung auf ungewisse Zeit genommen, wenn er also auf unabsehbare Dauer an die Gesellschaft gefesselt ist.

5. Wichtige Kündigungsgründe. Unrentabilität. **RG.** SeuffA. **68** 231, SeuffBl. **13** 157, BayRpflZ. **13** 90, BauersZ. **20** 261, JW. **13** 265, R. **13** Nr. 492. Was im Einzelfall als wichtiger Grund anzusehen sei, blieb nach Art 125, 262 HGB. dem freien richterlichen Ermessen überlassen, und das **ROHG.** **12** 100 erkannte für die stille Gesellschaft an, daß unter Umständen auch die mangelnde Rentabilität des Unternehmens zur vorzeitigen Kündigung berechtige, sofern es sich als ein unbilliges Verlangen darstelle, daß ein Inhaber das Handelsgewerbe mit Schaden fortführen solle. Dieselbe Beurteilung muß auch für § 723 BGB. gelten. Auch hier hat der Richter freies Ermessen walten zu lassen, und dabei ist entscheidend, ob nach den gesamten Umständen des Falles das Verbleiben in der Gesellschaft billigerweise noch zugemutet werden kann. Unter diesem Gesichtspunkte können auch die dem Vertragsabschlusse vorangegangenen Besprechungen eine gewisse Be-

deutung gewinnen. Daß dem einen Gesellschafter bei Fortsetzung der Gesellschaft der wirtschaftliche Zusammenbruch droht, kann also als wichtiger Kündigungsgrund gelten.

§ 728. Konkurs. **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 216. Wird eine Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so gehört der bisherige Gesellschaftsanteil des Gemeinschuldners zur Konkursmasse. Dieser verliert die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auch in Bezug hierauf, und für die Liquidation der Gesellschaft tritt an seine Stelle der Konkursverwalter. Verfügungen über Bestandteile des in der Liquidation befindlichen Gesellschaftsvermögens bedürfen mithin des Zusammenwirkens des Konkursverwalters mit den Mitgesellschaftern des Gemeinschuldners. Verfügungen solcher Art, die von dem Gemeinschuldner und seinen Mitgesellschaftern getroffen werden, sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.

§ 730. Auseinandersetzung. Überflüssigkeit der Klage auf Auseinandersetzung. **RG.** LeipzZ. **13** 216 f. JDR. **11** § 730.

§ 736. Neueintritt eines Gesellschafters. a) **RG.** R. **13** Nr. 1700. Damit beim Eintritt eines neuen Gesellschafters die dadurch begründete neue Gesellschaft den Bestimmungen des alten Gesellschaftsvertrags unterworfen sei, ist nicht erforderlich, daß dies besonders erklärt wird oder daß dem neu Eintretenden der Inhalt des alten Vertrags bekannt ist. Auch ohne die Bestimmungen dieses Vertrags zu kennen und ohne sich mit dem Mitgesellschafter zu verständigen, kann der neu Eintretende durch Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses sich stillschweigend dem alten Vertrag unterwerfen; Laien sind sich meist gar nicht bewußt, daß durch einen Wechsel der Gesellschafter eine neue Gesellschaft begründet wird, und werden daher um so mehr geneigt sein, die fortdauernde Gültigkeit des alten Vertrags als selbstverständlich anzusehen. b) **RG.** R. **13** Nr. 1730. Gründe, die den § 738 als eine Ausnahmebestimmung und nicht als Ausfluß eines allgemeinen Grundsatzes erscheinen lassen, sind nicht vorhanden. Vielmehr sprechen sowohl die Natur der Sache als auch Gründe praktischen Bedürfnisses dafür, daß, wie beim Ausscheiden eines Gesellschafters sein Anteil den übrigen Gesellschaftern zuwächst, so der Anteil eines Neueintretenden die Anteile der übrigen verkleinert.

§ 737. Ausscheiden eines Gesellschafters. **RG.** R. **13** Nr. 1867, 1868. § 737 enthält, wie überhaupt der 14. Titel des 2. Buches im allgemeinen und von Sonderbestimmungen abgesehen, lediglich dispositives Recht. Es kann daher in der Satzung bestimmt werden, daß die Ausschließung eines Mitglieds durch den Vorstand erfolgen kann. In diesem Falle kann auch nur der Vorstand darüber befinden, ob die gesamten Verhältnisse so liegen, daß das Mitglied auszuschließen ist. Der Vorstand kann die Entscheidung nicht anderen übertragen. Hat er ein Mitglied ausgeschlossen, falls es nicht beleidigende Äußerungen demnächst widerruft, so hat der Vorstand darüber zu befinden, ob jene Voraussetzung eingetreten ist.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft.

§ 743. R. **13** Nr. 1731 (Stuttgart). Der Teilhaber an einer gemeinschaftlichen Sache (Hofraum) muß nur insoweit auf den Mitgebrauch der übrigen Teilhaber Rücksicht nehmen, als diese den Mitgebrauch tatsächlich ausüben, nicht insoweit, als sie ihn auszuüben berechtigt waren. Wer also den Hofraum nur als Zugang zu seinem Gebäude benutzt, kann der Ausnutzung des Hofes durch den Miteigentümer zu dessen gewerblichen Zwecken im allgemeinen nicht widersprechen, sondern nur

insoweit, als er in dieser Art der Mitbenutzung beeinträchtigt wird; auch insoweit hat er unwesentliche Beeinträchtigungen hinzunehmen.

§ 747. SeuffA. **68** 12 (KG.). Die Mieten eines gemeinschaftlichen Grundstücks dürfen nicht für eine Forderung gegen einen der Miteigentümer gepfändet werden. Die Frage, ob der dem Anteilsverhältnisse der Miteigentümer entsprechende Teil der Mietzinsen von dem Vollstreckungsgläubiger eines Teilhabers in Anspruch genommen werden könne, ist zwar streitig. Das KG. hat die Frage in OLG. **5** 26 u. **12** 66 bejaht, dagegen **17** 1 und SeuffBl. **09** 34 verneint. In der Literatur ist die hier vertretene verneinende Ansicht die herrschende. Der RGRKomm. bejaht die Frage (§ 743 Anm. 1) unter Berufung auf OLG. **12** 66; er erkennt aber an, daß er der allgemeinen Ansicht entgegensteht; er steht überdies in Widerspruch mit **RG. 70** 32.

Sechzehnter Titel. Leibrente.

§ 759. *Unger, Selbstmord im bürgerlichen Rechte 67 ff. Bei einer Leibrente, deren Dauer durch das Leben des Rentenschuldners bestimmt ist, ist bei Selbstmord des letzteren die Rente von dessen Erben nur dann fortzuentrichten, wenn der Rentenempfänger eine Gegenleistung bewirkt hat, aus deren Art sich ergibt, daß eine bestimmte Lebensdauer des Rentenschuldners als wahrscheinlich dem Vertrage zugrunde gelegt ist, und zur Zeit des Selbstmordes das Ende dieser als vermutliche Lebensdauer angenommenen Zeit noch nicht erreicht ist. Die Rentenverpflichtung der Erben endet mit dem Zeitpunkte des vermutlichen Todes, der sich aus der Gegenleistung bestimmen läßt. Die von dem Kontrahenten als wahrscheinlich zugrunde gelegte Lebensdauer ist durch die rechnerische Beziehung zwischen Rente und Gegenleistung mit Hilfe einer einfachen Rentenrechnung zu ermitteln.

§ 761. RG. JW. **13** 89 Nr. 5. Der Leibrentenbegriff erschöpft sich nicht darin, daß dem Berechtigten für seine oder eines anderen Lebenszeit periodische Leistungen versprochen werden. Das Leibrentenversprechen besteht vielmehr in einer schuldrechtlichen Gestaltung eigener Art, vermöge deren die versprochene Rente dem Empfänger des Versprechens als ein in sich geschlossenes einheitliches Recht bestellt wird, ein Recht, das den Anspruch auf die fortlaufenden Einzelbezüge nur vermöge seines Bestehens aus sich selbst hervorbringt (**RG. 67** 207 ff., **68** 340 ff.). Durch die Begründung eines solchen dem anderen Teile eingeräumten Stammrechts erfüllt der Versprechende bereits den die Zusicherung der Rente enthaltenden kausalen Vertrag (vgl. **RG. 67** 211 ff.). Die Einzelbezüge der Rente sind Nutzungen des Leibrentenrechts (§§ 99, 100, 1073 BGB.) und nicht mehr oder doch nur mittelbare Gegenleistungen für die im Falle des gegenseitigen Vertrags von dem anderen Teile versprochenen Leistungen. Nimmt daher in einem Dienstvertrage das dem Dienstverpflichteten ausgesetzte Ruhegehalt die Gestalt der Leibrente an, so geht insoweit die Erfüllung des Grundvertrags durch den Dienstberechtigten den Dienstleistungen voraus, und es gehört nur noch die Erfüllung der Bedingung, auf die das Ruhegehaltsversprechen abgestellt ist, dazu, daß der Dienstverpflichtete in den Genuß des Ruhegehalts eintritt. Daß eine derartige Gestaltung des Schuldverhältnisses den getroffenen Vereinbarungen unter Umständen selbst dann entsprechen kann, wenn das Ruhegehalt nicht mit ausdrücklichen Worten als Leibrente versprochen wird, läßt sich nicht in Abrede stellen. Es kann dies beispielsweise dann zutreffen, wenn bei einem Übergang aus dem öffentlichen Dienste in den Privatdienst der Dienstverpflichtete sein Ausscheiden aus der öffentlichen Dienststellung von der Zusicherung abhängig gemacht hat, daß er in Ansehung des Ruhegehalts in gleicher Weise gestellt werde wie als Beamter oder daß ihm nach seinem Ausscheiden aus der Beamtenstellung das Ruhegehalt selbst dann zu gewähren sei, wenn er vor dem Antritte des Privatdienstes dienstunfähig werden sollte. In so gearteten oder ähnlichen Fällen wird sich schwerlich annehmen lassen, daß bei der Erteilung des Pensionsversprechens

von dem Formerfordernisse des § 761 BGB. abgesehen werden könne. Solche Fälle sind dann aber Ausnahmen von der Regel. Denn unter gewöhnlichen Verhältnissen läßt sich nicht annehmen, daß das Gehaltsversprechen und das Ruhegehaltsversprechen nach dem Willen der Beteiligten in irgendeiner voneinander verschiedenen Bedeutung erteilt und angenommen werde. Sie stehen, wenn die Auffassung des täglichen Lebens und das natürliche Rechtsempfinden entscheiden, im Wesen gleich. Auch das Ruhegehalt soll erst erdient werden und wird gemeinhin nicht im Sinne einer auf der Stelle sich vollziehenden Einsetzung in ein nur noch von der Bedingung der Dienstunfähigkeit oder der Erreichung einer bestimmten Dienstzeit abhängiges Recht erteilt. Der Dienstverpflichtete empfängt die Ruhegehaltsbezüge allerdings als Gegenleistung nicht für seine in bestimmten Zeitabschnitten geleisteten Dienste, wohl aber für die Gesamtheit der Dienstleistungen. Ebenso verhält es sich aber auch mit den ordentlichen Gehaltsbezügen, wenn sie bedungenermaßen während dienstfreier Zeitabschnitte fortzuentrichten sind, ohne daß sie jemals dadurch zur Leibrente werden.

Siebzehnter Titel. Spiel, Wette.

Literatur: von Speyr, Über Spiel und Spekulation, BankA. **13** 124. — Warschauer, Lotteriestudien. Berlin 1912.

§ 762. 1. Begriff des Spieles. von Speyr, BankA. **13** 124. Spielen und Spekulieren sind verschiedene Begriffe, wenn auch beide mit Risiko verbunden sind. Beim Spiele aber, wo alles vom Zufall abhängt, fehlt die genügende Wahrscheinlichkeit eines Äquivalents für das Risiko; aus der Spekulation dagegen, welche Kenntnisse und Mittel voraussetzt, kann Gewinn resultieren, da eine faktische Chance vorhanden ist. Sie erfüllt eine wirtschaftliche Funktion, indem sie den Nehmern und Gebern effektiver Ware den Abschluß von Geschäften wesentlich erleichtert; in den wenigsten Fällen halten sich Nachfrage und Angebot genau die Wage, so daß das Eingreifen der Spekulation nötig ist.

2. Einrede der Arglist gegen den Spieleinwand. **RG. 79** 387. Die Einrede der Arglist, darauf gegründet, daß der Kläger innerhalb 20-jähriger Geschäftsverbindung Spielgeschäfte gemacht und Gewinne eingezogen und hierdurch die Beklagte in den Glauben versetzt habe, sie habe einen solchen Einwand von ihm nicht zu besorgen, ist unbegründet. Der Kläger kann nicht gehindert werden, von seinem gesetzlichen Rechte Gebrauch zu machen.

3. Ausschluß der Rückforderung. **RG. 79** 389. Hat der Bankier die Beträge, die der Kunde im Laufe der Geschäftsverbindung durch Börsenspiel gewonnen hat, an den Kunden bezahlt oder verrechnet, so kann er sie nicht zurückverlangen. In der Zahlung und Verrechnung liegt eine Leistung auf Grund der Spielgeschäfte. Auch Aufrechnung ist unzulässig.

§ 763. Vgl. Warschauer, Lotteriestudien.

§ 764. 1. Börsenspiel. Vgl. von Speyr, BankA. **13** 124.

2. Indizien für die Spielabsicht bei Börsentermingeschäften. **RG. 79** 387. Die Parteien haben seit 1898 miteinander 448 durch Gegengeschäfte erledigte Ultimogeschäfte gemacht und nur drei Termingeschäfte durch Effektiverfüllung erledigt; allerdings auch eine geringe Zahl von Kassageschäften; monatlicher Umsatz in Termingeschäften zwischen 35 000 M. und 474 000 M.; zeitweise Schuld des Klägers 600 000 M. Besondere Eignung der Papiere zum Börsenspiele wegen ihrer starken Schwankungen; Erklärung des Klägers vor Abschluß der Geschäfte, er wolle „fixen". Weiter ergibt sich die Spielabsicht des Klägers aus der Art der Abwicklung der Geschäfte, aus den Beträgen, die dabei in Frage kamen, und aus deren Verhältnis zu den Mitteln des Klägers. Ob der Umstand, daß der Kläger das eine Geschäft gegen Rückprämie abgeschlossen hat, für oder gegen die Spielabsicht spricht, bleibt unentschieden.

3. Kennenmüssen der Spielabsicht des Kunden. **RG.** **79** 387. Kennenmüssen der Spielabsicht des Kunden genügt zur Erfüllung des Tatbestandes von § 764. Daß der Bankier in London Deckungsgeschäfte abgeschlossen hat, steht dem nicht entgegen, da hieraus nur folgen könnte, daß der Bankier selbst keine Spielabsicht gehabt haben möge.

Achtzehnter Titel. Bürgschaft.

§ 765. I. Reichel, Zum Bürgschaftsrecht, R. **13** 429 ff. 1. Der Gläubiger kann sich dem zukünftigen Zessionare gegenüber für seine eigene Forderung selbst verbürgen. 2. Die Verbürgung ist zulässig gegenüber einer noch nicht bestimmten Person. 3. Die Verbürgung ist zugunsten des Gläubigers als eines Dritten möglich. 4. Wer sich dem Zessionar der Hauptschuldforderung verbürgt, kann diesem gegenüber bürgschaftliche Einreden aus der Person des Zedenten nicht geltend machen.

II. Bürgschaft und Garantievertrag. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2409. Auf den Garantievertrag können die Bestimmungen über die Bürgschaft auch nicht sinngemäß angewendet werden.

2. **RG.** WarnE. **13** 8 Nr. 9. Ein Garantievertrag, nicht eine Bürgschaft, liegt vor, wenn ein Einstehen für den Eintritt eines bestimmten Erfolges vereinbart worden ist (s. GruchotsBeitr. **51** 591; WarnE. **09** Nr. 89; Oertmann, BGB. § 676 2 d; Staudinger, Vorbem. Nr. 6 vor § 765 BGB.; RGRKomm. Bem. Nr. 6 vor § 765). Darauf, wie die Parteien die Verpflichtung rechtlich bezeichnen, kann es nicht ankommen, sondern nur darauf, wie sich der Inhalt der übernommenen Verpflichtung rechtlich darstellt.

3. **RG.** R. **13** Nr. 2410. Weder bei der Bürgschaft noch bei dem Garantievertrage besteht eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen oder dem Gewährleister.

4. **RG.** ZBlFG. **13** 64 Nr. 248. Für eine Grundschuld kann nicht eine Ausfallsbürgschaft, sondern nur eine Garantie übernommen werden; eine Bürgschaft für eine rein dingliche Schuld ist überhaupt nicht denkbar, da sie nur ein Einstehen für persönliche Verpflichtungen sein kann (§§ 1191, 765 BGB.).

III. Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten. 1. **RG.** **82** 382, JW. **13** 986 Nr. 14. Die — auch vom RGRKomm. zu § 777 Bem. 1, Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes (6/8) I 2 § 415 Abschn. V bei und in Anm. 11, Staudinger (7/8) zu § 777 Bem. 3 geteilte — Ansicht der Vorinstanzen, daß auch auf die Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten, soweit bei ihr — was regelmäßig nicht der Fall ist — überhaupt die Bürgschaftsverpflichtung selbst zeitlich begrenzt ist, die Vorschrift im § 777 entsprechend Anwendung findet, kann nicht für rechtsirrtümlich erachtet werden. Einer solchen Anwendung steht nicht der Wortlaut des § 777 entgegen; er bezieht sich allerdings nur auf Bürgschaften für eine bestehende Verbindlichkeit; das findet aber seine Erklärung in der Entstehungsgeschichte dieser gesetzlichen Bestimmung.

2. **RG.** JW. **13** 642 Nr. 6. Die Übernahme einer Bürgschaft für alle Forderungen aus künftiger Kreditgewährung ist zulässig.

IV. Kreditbürgschaft. LeipzZ. **13** 413 Nr. 3 (LG. Leipzig). Bei einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Kreditbürgschaft darf im Zweifel angenommen werden, daß sie unter der clausula rebus sic stantibus eingegangen ist, die zwar als allgemeiner Rechtssatz dem BGB. fremd ist, im Einzelfall aber nach § 157 dennoch Anwendung heischt. Es ist daher ein Widerrufsrecht des Bürgen als stillschweigend vereinbart zu erachten für den Fall, daß später in den Vermögensverhältnissen des Hauptschuldners eine wesentliche, die Ansprüche des Bürgen erheblich gefährdende Verschlechterung eintritt (vgl. § 610 BGB.). Dieser Widerruf wirkt indes nur insoweit,

als der Gläubiger dem Hauptschuldner bis dahin nicht schon kreditiert hat oder zur Kreditgewährung schon verpflichtet ist (**ROHG. 9** 184, **19** 110).

V. **RG.** WarnE. **13** 337. Die Bürgschaft für eine Gesamtschuld erlischt mangels besonderer Vereinbarung nicht schon dadurch, daß einer der Gesamtschuldner aus dem Schuldverhältnis ausscheidet.

VI. Inhalt der Bürgschaft. 1. **RG.** R. **13** Nr. 184. Ist eine Bürgschaft für einen bestimmten Inhalt eines im Entwurfe vorliegenden Vertrags übernommen, ist dann beim Abschlusse des Vertrags dem Hauptschuldner aber noch eine weitere im Entwurfe nicht vorgesehene Verpflichtung auferlegt, so bleibt der Bürge insoweit an seine Erklärung gebunden, als der Inhalt des Vertrags mit dem der Bürgschaftsübernahme zugrunde gelegten Entwurf übereinstimmt, sofern nicht der Bürge, wenn auch stillschweigend, aber doch in klarer Weise, zum Ausdrucke gebracht hat, daß er die Bürgschaft nur unter der Bedingung übernehme, daß die Belastung des Hauptschuldners nicht nachträglich erweitert werde.

2. WürttJ. **25** 270 (Stuttgart). Die Ausdrücke „Rückbürgschaft" und „Überbürgschaft" haben in der Rechtswissenschaft und im täglichen Leben keine feststehende Bedeutung.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 228 Nr. 4. Die Nachbürgschaft setzt einen Vertrag zwischen dem Gläubiger des Hauptschuldners und dem Nachbürgen voraus.

§ 766. I. Form der Bürgschaft. 1. **RG.** BayRpflZ. **13** 633, SchlHolstAnz. **13** 252, R. **13** Nr. 2567. Das RG. hat es nicht für genügend angesehen, daß der Bürge des Erstehers zur Anerkennung seiner Verbindlichkeit seine Unterschrift in eine hierfür bestimmte Spalte des nicht vollständig ausgefüllten Versteigerungsprotokolls setzte.

2. **RG.** R. **13** Nr. 829. Ein bloßes Bestätigungsschreiben des Bürgen in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Hauptschuldners genügt nicht.

3. SchlHolstAnz. **13** 37 (Kiel). Die Abgabe der Namensunterschrift in dem Versteigerungsprotokolle reicht dann als wirksame Verbürgung für die von dem Käufer durch notariellen Vertrag übernommenen Verbindlichkeiten aus, wenn diese Unterzeichnung des Versteigerungsprotokolls nach dem Willen aller Beteiligten die Erklärung des Bürgschaftswillens zu notariellem Protokoll ersetzen sollte, wenn also insbesondere die notarielle Beurkundung voraufgegangen war und der Bürge in Kenntnis hiervon mit dem Willen, sich für die vom Käufer notariell übernommenen Verpflichtungen zu verbürgen, seinen Namen in das Versteigerungsprotokoll setzte.

4. Nebenabreden. a) **RG.** R. **13** Nr. 929. Nebenabreden, die die Bürgschaftsverpflichtung einschränken, sind auch mündlich gültig (**RG. 71** 415, R. **09** Nr. 3059, **10** Nr. 3339). Eine solche einschränkende Vereinbarung liegt vor, wenn der Bürge nur haften soll, falls ein anderer Bürge nicht zahlen kann. b) R. **13** Nr. 1869 (Hamburg). Eine der Bürgschaft beigefügte auflösende Bedingung bedarf, da sie eine Einschränkung der Verpflichtung des Bürgen enthält, nicht der Schriftlichkeit. c) **RG.** R. **13** Nr. 493. Neben der gegenständlich ganz allgemein gefaßten schriftlichen Bürgschaftserklärung kann mündlich eine gegenständliche Beschränkung der Bürgschaft wirksam vereinbart werden.

II. Auslegung der Bürgschaft. 1. **RG. 82** 70, JW. **13** 641 Nr. 5, R. **13** Nr. 1280. Wenn auch die Bürgschaftserklärung nicht etwa, wie der Wechsel, einen Formalakt darstellt, und wenn es demzufolge auch statthaft erscheint, zu ihrer Auslegung solche Umstände heranzuziehen, die sich aus der Urkunde nicht ergeben (vgl. **RG. 59** 217, **62** 172, 379, JW. **05** 336, Nr. 3 **06** 87 Nr. 7, 685 Nr. 5, WarnE. **09** Nr. 140), so handelt es sich bei der Angabe eines falschen Hauptschuldners doch nicht etwa bloß um eine Auslegung der bereits in deutlicher Form schriftlich zum Ausdrucke gebrachten Bürgschaftserklärung. Vielmehr hat nach dieser der Kläger nur für die Forderung des verstorbenen W. gegen den Kaufmann Robert U. jun. eine Bürgschaft

übernommen. Da nun nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten eine derartige Forderung gar nicht existiert, vielmehr lediglich U. sen. der Schuldner Ws. geworden ist, so liegt eine schriftliche Bürgschaftserklärung hinsichtlich dieser in Wirklichkeit bestehenden Schuld gar nicht vor; mit anderen Worten: was die Parteien gewollt haben, ist in einer rechtsverbindlichen Form vom Kläger nicht erklärt worden, und was in der schriftlichen Form erklärt worden ist, haben die Parteien nicht gewollt. Die für eine angebliche Schuld des Robert U. jun. übernommene Bürgschaft aber in eine Bürgschaft für eine Schuld des U. sen. umzudeuten, würde über den Rahmen der bloßen Auslegung der Urkunde weit hinausgehen.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2720. Ist die Bürgschaft ausdrücklich auf eigene Verbindlichkeiten des Hauptschuldners sowie seine Bürgschaften und Anerkenntnisse beschränkt, so fallen Verbindlichkeiten nicht darunter, für die der Hauptschuldner als Gesellschafter einer später gegründeten offenen Handelsgesellschaft haftet.

3. **RG.** JW. **13** 642 Nr. 6. Der Wortlaut der Urkunde ergibt, daß die Bürgschaft im Höchstbetrage von 6000 M. für den von August W. jun. für seine Geschäftszwecke in Anspruch genommenen Bankkredit bei der Klägerin geleistet werden sollte. Hierin kann sehr wohl der Ausdruck des Willens der Bürgen gefunden werden, daß die Bürgschaft nicht nur die in der Vergangenheit liegende Kreditgewährung betreffen, sondern auch für die Schulden aus der künftigen Kreditgewährung gelten sollte. Diese Auffassung des Inhalts der Urkunde ist sogar im Hinblick auf den offenbaren Zweck der Bürgschaftsübernahme, die Klägerin zur Gewährung ferneren Kredits an August W. jun. zu veranlassen, als die nächstliegende anzusehen.

§ 767. I. Akzessorische Natur der Bürgschaft. 1. **RG.** JW. **13** 597 Nr. 11, R. **13** Nr. 2065. Die Bürgschaft und auch die selbstschuldnerische Bürgschaft bleibt vermöge ihres akzessorischen Charakters von dem Bestande der Hauptschuld abhängig — §§ 767, 768 BGB., — und hieran vermag eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten des Inhalts, es solle trotz der Ungültigkeit oder dem Erlöschen der Hauptschuld die Bürgschaft dennoch wirksam bleiben, nichts zu ändern. Was der Bürge verspricht — Zahlung der verbürgten Summe — ist dann nicht mehr das Einstehen für eine fremde Schuld, sondern er geht eine andere Verpflichtung ein, ein Schuldversprechen, einen Garantievertrag, eine Schuldübernahme oder dergl.

2. **RG.** R. **13** Nr. 44. Wird der Vertrag mit dem Hauptschuldner aufgelöst, so als ob er nie geschlossen wäre, so erlischt damit auch die Bürgschaft.

II. **RG.** R. **13** Nr. 43. Der Bürge haftet auch für Betrugshandlungen des Hauptschuldners im Vertragsverhältnisse zum Gläubiger.

III. Erweiterung der Verbindlichkeiten des Hauptschuldners. **RG.** WarnE. **13** 66 Nr. 52. Aus § 767 Abs. 1 Satz 3 ergibt sich, daß die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners durch nachträgliche Abreden mit dem Gläubiger erweitert werden können, ohne daß der Bürge dadurch das Recht erlangt, von der Bürgschaft zurückzutreten, daß er vielmehr auch in diesem Falle in dem bisherigen Umfang aus der Bürgschaft verhaftet bleibt. Will der Bürge im Hinblick auf eine durch weitere Belastung des Hauptschuldners drohende Verschlechterung dessen wirtschaftlicher Lage die Möglichkeit einer ohne seine Zustimmung erfolgenden nachträglichen Erweiterung der Hauptschuld ausschließen oder für diesen Fall seiner Haftung aus der Bürgschaft ledig werden, so muß er diesen Willen bei der Übernahme der Bürgschaft dem Gläubiger gegenüber erkennbar machen und zum Ausdruck bringen, daß er die Bürgschaft nur unter der Bedingung übernehme, daß die Belastung des Hauptschuldners nicht nachträglich erweitert werden dürfe. Diese Bedingung braucht zwar nicht ausdrücklich, sondern kann auch stillschweigend ausbedungen werden, es muß aber in diesem Falle der nur auf Übernahme einer bedingten Bürgschaft gerichtete Wille aus den Umständen zweifelsfrei erhellen.

IV. OLG. 27 81 (Breslau). Die Einrede des Schiedsvertrags steht dem Bürgen nicht zu, wenn nur der Hauptschuldner, nicht er selbst, mit dem Gläubiger den Schiedsvertrag geschlossen hat.

V. R. **13** Nr. 1732 (Hamburg). Hat der Bürge seine Haftung auf eine bestimmte Summe beschränkt, so braucht er für die Hauptschuld einschließlich Zinsen und Kosten im ganzen nicht mehr zu bezahlen, als diese Summe. Dagegen ist er verpflichtet, über diese Summe hinaus Prozeßzinsen zu zahlen.

§ 768. RG. R. **13** Nr. 3125. Die Vorschrift ist nachgiebigen Rechtes; insbesondere liegt bei außergerichtlicher Gläubigerabfindung eine dem § 193 KO. entsprechende Wahrung der Rechte gegen die Bürgen nahe.

§ 769. 1. **RG.** R. **13** Nr. 932. Mehrere Mitbürgen, die sich für dieselbe Forderung, aber unter Beschränkung auf einen bestimmten Betrag selbstschuldnerisch verpflichten, haften dem Gläubiger für jeden Teil der Forderung; er kann wählen, in welcher Reihenfolge er die Bürgen zur Zahlung heranziehen will, und ist nur darin beschränkt, daß kein Bürge mehr als den zugesagten Höchstbetrag zu leisten braucht.

2. **RG.** R. **13** Nr. 930. Das Gesamtschuldverhältnis entsteht auch dann, wenn der einzelne Bürge bei Eingehung der Bürgschaft an die Begründung eines solchen Gesamtschuldverhältnisses nicht denkt. Mit der Entstehung der Mitbürgschaft entsteht vielmehr ohne weiteres unter den Mitbürgen ein Rechtsverhältnis, mit der Wirkung, daß jeder verpflichtet ist, zur Befriedigung des Gläubigers mitzuwirken (**RG. 79** 290, R. **12** Nr. 2031) und erforderlichenfalls den zahlenden Mitbürgen nach Maßgabe des Gesetzes zu entschädigen.

3. **RG.** SeuffA. **13** 68, 97 Nr. 56. Mehrere Bürgen, die sich für dieselbe Verbindlichkeit verbürgen, haften nach § 769 BGB. als Gesamtschuldner. Nach der Vorschrift des § 774 Abs. 2 BGB. haften Mitbürgen einander nur nach Maßgabe des § 426, d. h. sie sind im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Unzutreffend ist es aber, lediglich aus dem Umstande, daß die Bürgschaftsverpflichtungen hier zu ganz verschiedenen Zeiten eingegangen seien und es deshalb an einem gemeinsamen Schuldgrunde fehle, zu folgern, daß eine Ausgleichungspflicht unter den Bürgen nicht bestehe. Dürfte schon zur Annahme einer Gemeinschaft unter den mehreren Schuldnern, wenn man eine solche als Voraussetzung für die Anwendung der Ausgleichungsregel des § 426 betrachtet, ein gemeinschaftlicher Entstehungsgrund der Schuld überhaupt kaum zu verlangen sein (JW. **12** 141 Nr. 17), so ergibt sich für das Verhältnis von Mitbürgen jedenfalls aus der Vorschrift des § 769, daß eine gemeinschaftliche Übernahme der Bürgschaft nicht als Voraussetzung ihrer gesamtschuldnerischen Haftung zu fordern ist; denn dort ist ausdrücklich bestimmt, daß Mitbürgen als Gesamtschuldner haften, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen. Es ist danach gleichgültig, ob die mehreren Bürgen die Bürgschaftsverpflichtungen gleichzeitig oder zu verschiedenen Zeiten und in getrennten Rechtsakten übernehmen; die Mitbürgschaft wird allein durch die Einheit der Verbindlichkeit bedingt, für deren Erfüllung die mehreren Bürgen einzustehen sich verpflichten (RGRKomm. § 769 Anm.).

4. *Reichel, R. **13** 430. Verbürgt sich ein Bürge A. in der dem Gläubiger erkennbaren Voraussetzung, daß neben ihm ein Mitbürge B. hafte oder haften werde, und kommt jene Mitbürgschaft nicht gültig zustande, so haftet A. im Zweifel überhaupt nicht, auch nicht als Teilbürge nach Maßgabe § 776 BGB.; vgl. Art. 497 Schweiz. OblRecht.

5. **RG.** SeuffA. **68** 97 Nr. 56, R. **13** Nr. 931. Die Bestimmung enthält dispositives Recht. Es kann daher, und zwar gegebenenfalls auch stillschweigend, vereinbart sein, daß zwischen den Mitbürgen kein Ausgleichsanspruch bestehen soll.

§ 771. R. **13** Nr. 3126 (Stuttgart). Wer sich zu demjenigen Betrage verbürgt hat, der nicht aus dem Vermögen des Hauptschuldners gedeckt werden könne, kann

den Gläubiger nicht auf eine Sicherungshypothek verweisen, wenn der Hauptschuldner die hypothekbelasteten Grundstücke inzwischen weiter veräußert hat.

§ 774. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1733. Auch der Mitbürge, der durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gläubiger dessen Forderung erworben hat, kann den übrigen Mitbürgen gegenüber die Forderung nur abzüglich des Betrags geltend machen, auf den er ihnen im Wege der Ausgleichung haftet.

2. **RG. 81** 414, JW. **13** 488 Nr. 9. Soweit dem Gläubiger gegenüber ein Gesamtschuldverhältnis besteht, haben die Bürgen gegeneinander nach §§ 774, 426 BGB. einen Ausgleichsanspruch, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, vgl. auch WarnE. **12** Nr. 296. Die „andere Bestimmung" braucht keine ausdrückliche zu sein, sondern es genügt eine Willensäußerung, die auch in indirekter Form, z. B. durch Vereinbarung von Vertragsbestimmungen, die mit dem Ausgleichsrechte nicht vereinbar sind, erfolgen kann.

3. BadRpr. **13** 219 Nr. 84 (Karlsruhe). Der Forderungsübergang ist eine cessio legis und wirkt nicht anders, als wenn der Bürge, statt die Schuld zu bezahlen, den gleichen Betrag als Zessionsvaluta hingegeben und sich dafür die Forderung vertragsmäßig hätte abtreten lassen (§ 412 BGB.). Es gehen somit auch die künftigen Zinsen mit dem durch den Schuldtitel bestimmten Zinsfuß über. Der entgegenstehenden Ansicht des RG. (**61** 343) vermag der Senat nicht beizutreten.

§ 775. 1. **RG.** WarnE. **13** 340, R. **13** Nr. 1446. Bei einer ohne Festsetzung eines bestimmten Endpunkts übernommenen Kreditbürgschaft wird dem Bürgen nach Verlauf eines angemessenen Zeitraums oder bei Eintritt besonderer wichtiger Umstände eine Kündigung in der Regel auf Grund des mutmaßlichen Parteiwillens zu verstatten sein. Die Ausübung dieses Kündigungsrechts wird aber unter billiger Rücksichtnahme auf die zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner bestehende Geschäftsverbindung erfolgen müssen und demgemäß nicht ohne weiteres mit der Wirkung zulässig sein, daß der Bürge vom Augenblicke der Kündigung an für keine weitere Kreditgewährung mehr haftet. Denn die Kündigung wird nur unter Einhaltung einer nach den Umständen des einzelnen Falles angemessenen Kündigungsfrist ab als von den Parteien mutmaßlich gewollt angesehen werden können. Sowohl der Gläubiger als auch der Hauptschuldner werden bei einer von vornherein zeitlich begrenzten Kreditbürgschaft rechtzeitig Maßnahmen treffen, welche ihnen im Hinblick auf den Eintritt des Endpunkts der Bürgschaft zur Wahrung ihrer Interessen angezeigt erscheinen und ihre Geschäftsverbindung dementsprechend einrichten. Es kann im Zweifel nicht angenommen werden, daß sie bei einer zeitlich unbegrenzt übernommenen Kreditbürgschaft sich jeder Möglichkeit haben begeben, dem Bürgen das Recht zur sofortigen Aufhebung der Bürgschaft haben einräumen und sich dadurch der Gefahr einer Überraschung durch die Kündigung haben aussetzen wollen. Der Zeitpunkt der Endigung der Bürgschaft wird hiernach von dem kündigenden Bürgen zweckmäßig im Einverständnisse mit den Beteiligten bestimmt und jedenfalls nur derart festgesetzt werden dürfen, daß den Beteiligten eine angemessene Frist zur Vornahme ihrer durch die Kündigung erforderlich gewordenen Maßnahmen verbleibt.

2. Zubke, Zu § 775 Nr. 4 BGB., JW. **13** 714 Nr. 14. Der § 775 Nr. 4 BGB. ist auf die im § 794 Nr. 1, 2 und 5 ZPO. erwähnten Schuldtitel nicht auszudehnen. Vielmehr ist an dem Wortlaute des Gesetzes festzuhalten und dem Bürgen der Befreiungsanspruch nur zu gewähren, wenn der Gläubiger gegen ihn ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat. Soweit die Vollstreckungstitel durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung jenen Urteilen gleichgestellt sind, wie die Vollstreckungsbefehle im § 700 Satz 1 ZPO., steht einer entsprechenden Anwendung natürlich nichts im Wege.

§ 776. R. **13** Nr. 2066 (Stuttgart). Auch aus der Delkrederehaftung folgt nicht begrifflich eine Sorgfaltspflicht des Gläubigers gegenüber dem Delkredereschuldner.

§ 778. R. **13** Nr. 1587 (Hamburg). Wenn ein Grundstücksmakler, der für einen Neubau die Schließung der Hypotheken vermittelt, einem Bauhandwerker erklärt, er möge ruhig weiter arbeiten, er, der Makler, werde ihm in 14 Tagen sicher Geld zugehen lassen, so ist das eine genügend bestimmte Zusage, aus der der Makler haftet.

Neunzehnter Titel. Vergleich.

§ 779. 1. Josef, Die Anwendbarkeit der Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag auf den Vergleich, WürttZ. **25** 377/384. Der Vergleich ist ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320—326 BGB., folglich finden wie die §§ 320—325, so auch der § 326 auf den Vergleich Anwendung; es steht also bei Verzug des einen Vergleichschließenden dem anderen nach Maßgabe des § 326 der Rücktritt vom Vergleiche zu, so daß er die Rechte, die ihm aus dem durch den Vergleich beseitigten Schuldverhältnis zustanden, wieder geltend machen kann. Dem steht der Zweck des Vergleichs, das streitige Schuldverhältnis endgültig zu beseitigen, nicht entgegen, da ein solches Zurückgreifen auf das erledigte Schuldverhältnis z. B. auch stattfindet, wenn die Erfüllung des Vergleichs unmöglich wird.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2865. Die für Vergleiche getroffene Sondervorschrift des § 779 bestimmt nur einen besonderen Fall der Unwirksamkeit wegen Irrtums, sie steht aber der Anwendung des § 138 auf Vergleiche nicht entgegen.

3. **RG.** R. **13** Nr. 3240. Die Ausdehnung eines vergleichsweisen Verzichts auf unbekannte Ansprüche ist nur bei ganz unzweifelhaftem Wortlaute zu unterstellen.

4. **RG.** R. **13** Nr. 1588. Ist eine Unterhaltsklage der Ehefrau lediglich auf das Gesetz selbst mit der Behauptung gestützt, der auf einen geringeren (bisher pünktlich bezahlten) Betrag geschlossene außergerichtliche Vergleich sei wegen Verkürzung des standesmäßigen Unterhalts nichtig, so ist völlige Klagabweisung zulässig, wenn das Gericht den standesgemäßen Unterhalt als gewahrt ansieht.

5. Wurzer, Der Begriff des Prozeßvergleichs und das Verfahren bei seiner Anfechtung, IheringsJ. **26** 285. Der Prozeßvergleich ist ein im anhängigen Verfahren von den Parteien oder von den Parteien und einem Dritten vor dem Prozeßgericht oder seinen Hilfsgerichten geschlossener gegenseitiger Vertrag; er ist nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Vergleichs zu beurteilen, wird aber nicht nur von dem bürgerlichen Recht, sondern auch von dem Prozeßrechte beherrscht und erzeugt bürgerlich-rechtliche und prozessuale Wirkungen; seinem Zwecke entsprechend beendigt er durch gegenseitiges Nachgeben den Streit über den Prozeßgegenstand und den Prozeß selbst.

6. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 90. Auch ein nach § 779 unwirksamer Vergleich kann im Wege der Umwandlung (§ 140) mit anderem Inhalt aufrecht erhalten werden.

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

§ 780. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1281. Ein abstraktes Schuldanerkenntnis kann auch in der Weise abgegeben werden, daß die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen erfolgen soll.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 936 Nr. 11. Es ist durchaus möglich und zulässig, ein selbständiges Schuldversprechen in der Art abzugeben, daß die versprochene Leistung von dem Eintritt eines Ereignisses oder von der Feststellung eines Tatbestandes abhängig gemacht wird, die als Bedingung des Versprechens wirken soll, und so kann auch ein Schuldversprechen auf Ersatz eines Schadenbetrags für den Fall eingegangen werden, daß ein Schaden festgestellt werde. Damit ist nicht ein besonderer Rechtsgrund für die versprochene Leistung vorausgesetzt, was allerdings die Selbständigkeit des Schuldversprechens aufheben würde, sondern nur ein Tatbestand, der die Verpflichtung zur Leistung einlösen soll; der Schuldgrund bleibt das selbständige Versprechen.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 383 Nr. 20. Das Berufungsgericht faßt die vom Beklagten

in der Gesellschafterversammlung abgegebene Erklärung, daß er von der festgestellten Unterbilanz von etwa 15 000 M. den Teilbetrag von 10 000 M. als eigene Schuld übernehme und ihn in bestimmten Raten an die Gesellschaft bezahlen werde, als ein Schuldversprechen nach § 780 BGB. auf, das die eingegangene Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft selbständig begründen sollte. Diese Auffassung ist unbedenklich.

4. **RG.** R. **13** Nr. 1447. Das Versprechen eines Schuldners, seinem Gläubiger für die Schuld Sicherheit zu gewähren, beruht auf dem Grunde eben dieser Schuld und ist nicht von ihm losgelöst. Der auf die Bestellung der Hypothek gerichtete schuldrechtliche Vertrag untersteht daher nicht der Formvorschrift des § 780 (JW. **06** 463 Nr. 19).

5. R. **13** Nr. 45 (Stuttgart). Fehlende Bezeichnung des Gläubigers beeinträchtigt die Wirksamkeit eines Schuldscheins nur dann, wenn es sich um ein abstraktes Schuldversprechen oder Anerkenntnis handelt.

6. R. **13** Nr. 1131 (Hamburg). Ein Schreiben, in welchem der Beklagte verspricht, eine Schuld zu bezahlen, sobald die Verhältnisse des Schuldners es gestatten, und hinzufügt, daß er die Tilgung der Schuld als eine Ehrenschuld betrachtet, enthält ein rechtlich bindendes Anerkenntnis der Verpflichtung.

§ 781. BadRpr. **13** 219 Nr. 85 (Karlsruhe). Wenn die Verpflichtungserklärung einen bestimmten Schuldgrund in besonderer Gestaltung bezeichnet, ist im Zweifel ein selbständiger Verpflichtungswille nicht anzunehmen (**RG. 67** 262). Ob im Einzelfalle die Verpflichtungserklärung nur als Bestätigung des bestehenden Schuldgrundes (Beweismittel), oder als Begründung einer selbständigen Verbindlichkeit gedacht war, ist nach den Umständen zu beurteilen. Es ist jedenfalls erforderlich, daß in der Erklärung nach den begleitenden Umständen der Wille des Erklärenden, ein vom Schuldgrunde losgelöstes selbständig verpflichtendes Schuldanerkenntnis zu erteilen, zu finden ist (**RG. 71** 102).

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber.

§ 793. 1. **RG.** JW. **13** 201. Ob nach den §§ 793 ff. BGB. die Verbindlichkeit des Ausstellers einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, wie die in der Rechtslehre herrschende Meinung annimmt, schon durch den einseitigen Akt der Ausstellung begründet wird oder ob zur Entstehung der Verbindlichkeit ein Begebungsvertrag zwischen dem Aussteller und dem ersten Inhaber erforderlich ist, ist für den Streitfall ohne Bedeutung. Denn es muß angenommen werden, daß die die Verpfändungserklärung vom 20. Juni 1910 begleitende Aushändigung der 101 000 M. Teilschuldverschreibungen durch die Ausstellerin an die Beklagte eine Begebung enthält.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2997. Zur Erhebung von Leistungen auf Inhaberaktien hat der Eigentümer seine Inhaberschaft nachzuweisen.

3. **RG. 82** 144. Dividendenscheine von Aktien sind keine Urkunden, die dem Inhaber gemäß § 793 eine lediglich durch das verbriefte Versprechen bestimmte Leistung gewähren.

§ 794. Über die Haftung aus nicht begebenen Urkunden. Vgl. *Siegel, oben zu §§ 116 ff. Ziff. 1.

§ 797. **RG.** R. **13** Nr. 2998. Inhaber im Sinne dieser Vorschrift ist nur, wer jederzeit zur körperlichen Vorzeigung der Papiere in der Lage ist; das ist nicht der Fall, wenn sie auf den Namen eines Dritten hinterlegt sind, ohne daß dessen Herausgabebereitschaft feststeht.

§ 808. *Kirchmann, LeipzZ. **13** 188 ff., 271 ff., 367 ff. Nach § 17 der „Allgemeinen Todesfall-Versicherungsbedingungen der in Deutschland arbeitenden „Lebensversicherungsgesellschaften" sind die Lebensversicherungspolicen „quali-

fizierte Legitimationspapiere" im Sinne von § 808 BGB. „Innehabung" deckt sich nicht mit dem Begriffe „Besitz", setzt vielmehr die Möglichkeit einer sofortigen und unmittelbaren Gewaltausübung voraus. Grundlegend für die ganze Tragweite der Inhaberklausel ist die Unterscheidung: a) Durch die Verfügung des Inhabers wird ein durch Rechtsgeschäft begründetes Recht eines Dritten verletzt; in diesem Falle wird die Gesellschaft durch die Zahlung an den Inhaber stets von ihrer Leistungspflicht aus dem Versicherungsvertrage befreit; es kann nur eine eventuelle Schadensersatzpflicht nach § 826 BGB. in Betracht kommen (dolus!); Haftung der Gesellschaft ausschließlich nach § 278 BGB. (nicht nach § 31 BGB. [Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit] und nicht nach § 831 BGB.). Der Versicherungsnehmer hat gegen dem Empfänger der Zahlung einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 und 816 BGB.); für die Gesellschaft kommt, im Falle sie auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, noch § 255 BGB. in Frage. b) Wenn die Verfügung gegen ein gesetzliches oder ein von einem Gericht oder einer Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenes Veräußerungsverbot verstößt (§§ 135, 136 BGB.), so wird die Gesellschaft durch die Zahlung an den Inhaber nicht befreit, vorausgesetzt, daß das Veräußerungsverbot der Gesellschaft gegenüber rechtswirksam ist (z. B. § 16 FGG., § 829 Abs. 3 ZPO.; überhaupt: entsprechende Anwendung von § 407 BGB. auf die Fälle des § 135 Abs. 2 BGB.). Unwirksamkeit der Zahlung tritt jedoch nur den geschützten Personen gegenüber ein. Möglichkeit einer nachträglichen Konvaleszenz auch den Geschützten gegenüber. Die Frage des Verschuldens der Gesellschaft ist bedeutungslos. Rückforderungsanspruch der Gesellschaft auf Grund von § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.; der Geschützte aber hat Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft (§ 826 BGB.). Einzelheiten: a) Bei Verlust der Urkunde: Aufgebotsverfahren oder nach den Normativbedingungen; Aufruf; zwischen Anmeldung des Verlustes und Erlaß des Ausschlußurteils (bzw. Ende der Aufrufsfrist): Schwebezustand; während des Schwebezustandes kann die Gesellschaft an den Inhaber nicht wirksam leisten; Pflicht der Gesellschaft zu erhöhter Sorgfalt. b) Die Inhaberklausel erspart nicht nur eine Prüfung der Legitimation, sondern auch eine Prüfung der Geschäftsfähigkeit.

Dreiundzwanzigster Titel. Vorlegung von Sachen.

Literatur: Starck, Muß bei der Klage auf Vorlegung einer Urkunde aus § 810 BGB. der Kläger beweisen, daß der Beklagte noch im Besitze der Urkunde ist? R. **13** 631.

§ 810. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1448. Die Vorlage von Urkunden kann nicht verlangt werden, wenn die Vorlage erst dem Zwecke dienen soll, Unterlagen für einen Anspruch zu gewinnen.

2. SeuffA. **68** 123 (Kiel). Regelmäßig ist der Gläubiger berechtigt, auch durch einen Vertreter das Recht der Urkundeneinsicht auszuüben, sofern nicht besondere Gründe bestehen, aus denen der Schuldner gemäß § 242 BGB. berechtigt erscheint, auf persönliche Einsichtnahme durch den Gläubiger selbst zu dringen.

3. EisenbE. **29** 310 (LG. Stettin). Den am Frachtgeschäfte Beteiligten gewährt § 810 das Recht, in die von der Eisenbahn gemäß § 82 EisenbVerkO. aufgenommenen Schadensfeststellungsurkunden Einsicht zu nehmen.

4. Starck bejaht die Frage, daß der Kläger, wenn er durch Klage Vorlegung einer Urkunde verlangt, zu beweisen hat, daß der Beklagte noch im Besitze der Urkunde sei. Hierfür sprechen der Wortlaut des Gesetzes, die Entstehungsgeschichte des § 810 und Gründe materieller Art.

§ 811. 1. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 821. Zwar trägt die Gefahr derjenige, der die Vorlegung verlangt. Hat aber der Besitzer ordnungsmäßiger

Wirtschaft widersprechend unterlassen, die Sache zu versichern (Transport-, Valorenversicherung), so verteilt sich der Schaden gemäß § 254 BGB. (Verschulden gegen sich selbst im Sinne Zitelmanns).

2. R. **13** Nr. 2067 (Braunschweig). Die Vorlegung der Urkunde kann nur zu dem Zwecke verlangt werden, um von ihr Einsicht zu nehmen, nicht um sie als Beweismittel zu benutzen.

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Vorbemerkung: Im Berichtsjahre sind nur vereinzelte Abhandlungen erschienen, die sich mit der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung beschäftigen.

Literatur: Reichel, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung. Leipzig 1912.

§ 812. 1. *Reichel, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung. Der fälschlich Verurteilte kann das Geleistete nicht kondizieren (21 ff., 69 ff.). Anders, wenn das klagebegründende Geschäft nach Rechtskraft angefochten oder von ihm zurückgetreten wird (24 ff., 53 ff.), oder das die Verurteilung bedingende Rechtsverhältnis in besonderem Verfahren nachträglich für nichtig erklärt wird [Ehe, Patent] (33 ff.), oder nachträglich eine Resolutivbestimmung (53 ff.) oder ein Umstand eintritt, der die Herabsetzung nach §§ 343, 655, 829, 843 BGB. rechtfertigt (35 ff.), oder nach Verurteilung zu wiederkehrenden Leistungen ein dem Verurteilten günstigeres Gesetz in Kraft tritt (40 ff.), oder die Gegenleistung des obsiegenden Klägers nachfolgend unmöglich wird (60 ff., 98), oder das Urteil vom Obsieger durch List oder Gewalt erschlichen ist (84 ff.), oder das Urteil erwirkt ist auf Grund eines, wie dem Obsieger bekannt, anstößigen Tatbestandes unter Ausbeutung faktischer Verteidigungsunmöglichkeit des Verurteilten [Hauptfall: Wucher] (95 ff.). Ist Beklagter verurteilt, obschon er bereits gezahlt, so kann er nach Befinden die erste Zahlung kondizieren (73 ff.).

2. **RG.** FrankfRundsch. **47** 1, R. **13** Nr. 1590. Die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung beruhen zwar auf Gründen der Billigkeit und höheren Gerechtigkeit. Aber Billigkeitserwägungen können dabei, ganz abgesehen davon, daß sie für sich allein niemals ausschlaggebend sind, immer nur eine Rolle spielen, soweit das Verhältnis der Parteien zueinander in Frage kommt und dieses eine Beurteilung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordert.

3. **RG.** BayRpflZ. **13** 196, DJZ. **13** 530. Erlangung „auf Kosten" eines anderen bedeutet nicht Erlangung aus dessen Vermögen; dem arglistig getäuschten Veräußerer eines Grundstücks haftet nach § 852 Abs. 2 BGB. auch der Dritte, der bei der Täuschung mitgewirkt und von dem Erwerber auf dem Grundstücke Hypothek bestellt erhalten hat.

4. R. **13** Nr. 1589 (Stuttgart). Der Anspruch auf Rückerstattung des zwecks Erfüllung einer bestimmten, vermeintlichen, aber nicht bestehenden Verbindlichkeit Geleisteten wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß eine andere Schuld gleichen Betrags besteht, die der Leistende mit der Zahlung nicht befriedigen wollte.

5. **RG.** R. **13** Nr. 1449. Ist auf Grund eines nichtigen Kaufvertrags auf Veranlassung des Käufers die Auflassung von dem Verkäufer auf einen Dritten erfolgt, so kann gegenüber dem Rückauflassungsanspruche des Verkäufers der Dritte nicht geltend machen, daß der Verkäufer noch im Besitze des Kaufpreises sei.

6. **RG.** R. **13** Nr. 1734. Bei dem Erstattungsanspruche wegen Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts sind die Vorteile und Nachteile, die das Geschäft dem einen und dem anderen Teile gebracht hat, nicht einzeln, sondern in ihrer Gesamtheit zu werten und gegeneinander auszugleichen.

7. SächsOLG. **34** 237. Der Satz, daß neben dem ein Rechtsgeschäft Abschließenden auch der durch dieses Geschäft Bereicherte bis zum Betrage der

Bereicherung als Selbstschuldner hafte, ist dem BGB. fremd; die Klage aus nützlicher Verwendung ist von ihm nicht aufgenommen.

8. **RG.** R. **13** Nr. 46. Ungerechtfertigte Bereicherung liegt nicht schon deshalb vor, weil die als Ersatz für eine alte unbrauchbar gewordene Ladeneinrichtung anzuschaffende neue Einrichtung mehr wert ist als die alte; ausschlaggebend ist die Unmöglichkeit der Geschäftsfortsetzung ohne neue Einrichtung.

9. **RG.** R. **13** Nr. 1735. Wer einen andern beauftragt, ihm Anteile einer Gesellschaft m. b. H. zu verschaffen und darauf eine entsprechende Anzahl Anteilscheine mit Dividendenscheinen ausgehändigt erhält, kann nicht nachträglich die Erstattung des dafür gezahlten Betrags mit der Begründung verlangen, daß die Übertragung der Anteile nicht formgerecht geschehen sei.

10. **RG. 81** 261, JW. **13** 488, R. **13** Nr. 934. Wenn jemand Geld als Ersatz für den ihm aus einem unwirksamen Kaufvertrage geschuldeten Kaufpreis aus dem Vermögen des Vertreters erhält, der den Kaufpreis empfing, so läßt sich der Anspruch des Käufers auf Herausgabe der Bereicherung nicht deshalb abweisen, weil der Empfänger das Geld nicht auf Kosten des Käufers erhalten hätte.

11. **RG.** R. **13** Nr. 1451. Hat sich die Schenkung eines Grundstücks in der Weise vollzogen, daß der Schenkgeber das Grundstück kaufte und den Verkäufer anwies, das Grundstück unmittelbar an den Beschenkten aufzulassen, und ergibt sich später die Nichtigkeit der Schenkung, so kann der Schenkgeber unmittelbar von dem Beschenkten die Rückauflassung verlangen.

12. **RG.** R. **13** Nr. 1282. Der Erwerb einer Ersatzforderung kraft selbständigen Rechtsvorganges genügt nicht zur Verneinung einer an sich eingetretenen Bereicherung.

13. **RG.** R. **13** Nr. 2068. Bezahlt der Grundstückseigentümer eine Zinsenschuld, gegen die der Schuldner bereits die Verjährung geltend gemacht hat, so entsteht daraus kein Bereicherungsanspruch des Schuldners gegen den Gläubiger.

14. **RG. 80** 148. In den Fällen der §§ 30, 31 GmbHG. steht ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht in Frage; hier haftet der Empfänger unbedingt, ohne Rücksicht auf eine Bereicherung, sowie darauf, ob er noch bereichert ist oder nicht.

15. DJZ. **13** 102 (Bundesamt f. d. Heimatw.). Die bloße Behauptung, die Hilfsbedürftigkeit sei nicht in dem Bezirke des Klägers hervorgetreten, genügt nicht, um die Bereicherungsklage aus § 812 BGB. zu begründen. Es ist die Angabe des Ortes erforderlich, an dem die Hilfsbedürftigkeit des Unterstützten erstmalig hervorgetreten ist.

16. Rosenthal, GewRsch. **13** 262, über den Bereicherungsanspruch in den Entwürfen zum Patent- und Warenzeichengesetz.

§ 814. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2289. Zur Begründung der Rückforderung eines auf Grund einer Abrechnung erklärten Anerkenntnisses reicht die Behauptung und der Beweis aus, daß die in die Abrechnung einbezogenen Schulden ganz oder zum Teile tatsächlich nicht bestanden haben (JW. **06** 351 Nr. 10, **08** 31 Nr. 6). Der Behauptung und des Nachweises eines Irrtums des Anerkennenden bedarf es nicht, nach § 814 ist die Rückforderung nur dann ausgeschlossen, wenn der Gegner die Kenntnis des Anerkennenden von der Unrichtigkeit der Abrechnung zur Zeit der Anerkennung nachweist.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1591. Wer ohne Nötigung durch Vollstreckung eine urteilsmäßige Rente weiterbezahlt, obwohl er im allgemeinen Kenntnis von anderweitigem Verdienste des Gläubigers hat, verzichtet damit insoweit auf Rückforderung der gezahlten Beträge.

3. BreslauAK. **13** 12 (LG. Neiße). Ausschluß der Rückforderung einer gezahlten Afterpachtsumme bei nichtigem Afterpachtvertrage (Jagdpacht).

§ 816. 1. R. **13** Nr. 343 (Stuttgart). Wer als betreibender Gläubiger einen fremden (nicht dem Schuldner gehörigen) Gegenstand hat pfänden und versteigern lassen, ist auch dann um den ihm auf seine Forderung zugeflossenen Versteigerungserlös, und nur um ihn, dem Eigentümer gegenüber grundlos bereichert, wenn er selbst den Gegenstand ersteigert hat. Weder kann der klagende Eigentümer den angeblichen Mehrwert verlangen, noch kann Beklagter einwenden, daß der Gegenstand in Wahrheit weniger wert sei.

2. Zernik, DJZ. **13** 635 f. Bei Mitversteigerung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache ist jeder von mehreren Pfändungsgläubigern verhältnismäßig nach dem tatsächlich an ihn gelangten Anteil des Gesamterlöses bereichert.

3. **RG.** R. **13** Nr. 342. Der Satz 2 ist nicht anwendbar, wenn derjenige, der als Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfügt hat, über das hierbei Erlangte zugunsten eines Dritten unentgeltlich verfügt.

§ 817. 1. **RG.** JW. **13** 682, BayRpflZ. **13** 275. Das zur Erfüllung eines Grundgeschäfts getätigte abstrakte Rechtsgeschäft stellt sich als Leistung dar, zu der sich der Leistende durch das Grundgeschäft verpflichtet hat. Verstößt dieses gegen die guten Sitten, so ist damit auch der Zweck der Leistung, also des in Erfüllung des Grundgeschäfts vorgenommenen abstrakten Rechtsgeschäfts in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstößt. Dies aber begründet nach dem § 817 Satz 1 nicht die Nichtigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts, sondern nur eine Verpflichtung des Empfängers der Leistung zu deren Herausgabe, eine Verpflichtung, die nach dem zweiten Satze des Paragraphen überdies wegfällt, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, was bei der Leistung zur Erfüllung eines gegen die guten Sitten verstoßenden Grundgeschäfts regelmäßig ebenfalls zutrifft (**RG.** JW. **07** 548).

2. **RG.** R. **13** Nr. 47. Der Leistungszweck kann bei mehreren in ein Rechtsgeschäft zusammengefaßten Leistungen verschieden sein.

3. ElsLothJZ. **13** 641 (Colmar). Anwendung des § 817 beim Bordellkauf; es macht keinen Unterschied, ob die eine Partei sich verhältnismäßig weniger verwerflich als die andere benommen hat (**RG.** **75** 68, **78** 282).

§ 818. 1. *Oertelt, SeuffBl. **13** 537 ff. Auf die Kondiktion des abstrakten Anspruchs ist § 818 BGB. unanwendbar.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 219. Vom Eintritt der Rechtshängigkeit an ist die Haftung des Empfängers erweitert; der nach diesem Zeitpunkt eintretende Wegfall der Bereicherung ist nur nach den allgemeinen Vorschriften zu berücksichtigen. Daraus läßt sich aber nicht schließen, daß eine Bereicherung, die während des Rechtsstreits, zur Zeit der Urteilsfällung besteht, nicht zu berücksichtigen sei, weil zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit eine Bereicherung nicht bestanden habe.

3. BadRpr. **13** 149 (Karlsruhe). Wenn der Beklagte einwendet, er sei jedenfalls zurzeit nicht mehr bereichert und aus diesem Grunde nicht zum Ersatze des Wertes verpflichtet, so trifft ihn hierfür die Beweislast (**RG.** JW. **07** 249).

§ 819. **RG.** R. **13** Nr. 2866. Ist die auf Grund eines früheren Gesetzes rechtmäßig gezahlte Abgabe auf Grund eines jüngeren Gesetzes zurückzuzahlen, so ergibt sich daraus noch nicht die Verpflichtung des Fiskus, den zurückzuzahlenden Betrag von dem Inkrafttreten des jüngeren Gesetzes ab zu verzinsen.

§ 822. **RG.** R. **13** Nr. 344. Die Bestimmung ist nur anwendbar, wenn eine Haftung des ersten Empfängers nicht mehr besteht.

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung: Im Berichtsjahre stehen die in wissenschaftlichen Abhandlungen erörterten Fragen erheblich hinter der Rechtsprechung zurück. In der Anordnung des Materials ist insofern eine Änderung eingetreten, als wichtige Einzelfragen aus der allgemeinen

Rubrik „Einzelfälle" herausgenommen und für sich unter besonderen Ziffern behandelt worden sind. Es gilt dies z. B. für die Fragen der Haftpflicht für Straßen, Wege usw., für die Haftpflicht der Hauseigentümer, Wirte, für die Beleuchtungspflicht usw. (vgl. § 823 Abs. 1 Ziff. 11 ff.). Zu erwähnen sind die zusammenfassende Arbeit von Fromherz über das Haftpflichtrecht und die Schrift von Runkel über die Haftung für Luftfahrzeuge.

Im einzelnen sei auf folgendes hingewiesen. Zu §§ 823 ff. Ziff. 4 sind zahlreiche Urteile über die Unterlassungsklage mitgeteilt, in denen sich das RG. mit der Frage beschäftigt, ob für eine solche Klage auch dann Raum sei, wenn die unerlaubte Handlung durch ein Strafgesetz unter öffentlichen Schutz gestellt ist. Die im wesentlichen verneinende Antwort des RG. (vgl. aber **RG.** R. **13** Nr. 837 unter Ziff. 4 f) ist von Delius und Rosenthal mit Recht angegriffen worden. Es ist anzunehmen, daß das letzte Wort in dieser wichtigen Frage noch nicht gesprochen worden ist und daß auch der oberste Gerichtshof Anlaß nehmen wird, seine Ansicht nochmals genau durchzuprüfen. Zu § 823 sei auf die Ausführungen von Unger, Schröder und Simon sowie auf den Bericht über die Schrift von Fromherz besonders hingewiesen. Eine interessante Frage ist die in einem Urteil des OLG. Jena berührte, ob und wann ein Recht zur Züchtigung fremder Kinder besteht. Auch in diesem Berichtsjahr sind die stets wiederkehrenden Haftpflichtfragen zur Entscheidung gelangt (vgl. Ziff. 11 ff.). — Bei § 826 ist auf die Ausführungen von Hager (Ziff. 1) und Melsbach (Ziff. 11) sowie auf die Schrift von Weides (Ziff. 10) hingewiesen. Aus dem Rechte des gewerblichen Lohnkampfes ist außer auf die erwähnte Schrift von Melsbach auf die sehr wichtigen Entscheidungen insbesondere des RG. hinzuweisen, in denen allzu scharfen und unbilligen Maßnahmen entgegengetreten wird. Der sog. 1500-M.-Vertrag bildet ebenfalls einen ständigen Gegenstand der wissenschaftlichen Erörterung und der Rechtspflege (vgl. hierzu § 826 Ziff. 17). Zu § 829 ist die Arbeit von Simon hervorzuheben. — Bei § 831 sind zahlreiche Entscheidungen mitgeteilt; vgl. besonders Ziff. 13 c über die Auswahl und die Aufsichtspflicht in großen Betrieben. — Die Haftung des Tierhalters (§ 833) gibt immer erneut Anlaß, die Voraussetzungen der Novelle (Satz 2) zu prüfen. Wichtige Entscheidungen sind bei §§ 836 und 839 zu verzeichnen. In der letztgenannten Vorschrift fallen die zahlreichen Erkenntnisse über die Haftung der Notare auf. Im Bereiche des § 840 sind grundlegende Entscheidungen über die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses zu erwähnen; die Fragen hängen zum Teil mit der Automobilhaftung zusammen (vgl. auch zu § 17 AutoG.).

Literatur: Buchmann, Züchtigung fremder Kinder, R. **13** 61. — Delius, Gibt es eine Klage auf Unterlassung, wenn die zu untersagende Handlung durch ein Strafgesetz unter Strafe gestellt ist? JW. **13** 6. — Fischer, SeuffBl. **13** 513—518. — Fuld, Stempel auf Zeichnungen GewRsch. **33** 11. — Garvens, Entscheidungen aus dem Gebiete des wirtschaftlichen Interessenkampfes, HansGZ. **13** Beibl. 209. — Gütschow, Vertragshaftung und Deliktshaftung bei Frachtgeschäften, Haftung für Erfüllungsgehilfen, EisenbE. **30** 25. — Hager, Schikane und Rechtsmißbrauch im heutigen bürgerlichen Rechte. Abh. z. Privatr. u. ZivProz. **26** Heft 2 (1913). — Klein, Über das Recht zur Züchtigung fremder Kinder, SeuffBl. **13** 206. — Kraft, Die Haftpflicht aus der Anlage und dem Betriebe kommunalgewerblicher Anstalten, PrVerwBl. **34** 497. — Mahr, Zur Auslegung des § 852 BGB., JW. **13** 113 ff. — Martin, Wie haftet in Hamburg der Staat für rechtswidriges Verhalten seiner Vertreter und Gehilfen? HansGZ. **13** Beil. 1. — Melsbach, Vertragsbrüchige Streiks und Aussperrungen. Wiesbaden 1913. — Rosenthal, Unterlassungsklage und Strafandrohung, LeipzZ. **13** 899. — v. Rottenburg, Wer ist Halter eines zugelaufenen Tieres? JW. **13** 715. — Runkel, Die außervertragliche Haftung des Luftschiffers. Berlin 1913. — Simon, Die Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger nach bürgerlichem Rechte. Berlin 1913. — Striemer, Über unsittliche Gehaltsverträge, JW. **13** 182. — Unger, Selbstmord im bürgerlichen Rechte. Berlin 1913.

§ 823 ff. 1. Begriff der unerlaubten Handlungen (JDR. **11** § 823 ff. Ziff. 1, **10** Ziff. 1). **RG.** JW. **13** 202. Die in §§ 823 ff. BGB. behandelten unerlaubten Handlungen sind keineswegs auf die Verletzung von Vermögensrechten

beschränkt. Es geht dies schon daraus hervor, daß allgemein in den Fällen des § 847 (vgl. dazu § 253) auch derjenige Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, zu ersetzen ist. Der von dem deutschen Gesetzgeber durch § 823 gewährte Schutz berücksichtigt nicht bloß die Vermögensinteressen, sondern auch die ideellen Interessen. Ein Gegengrund kann auch nicht daraus entnommen werden, daß der Abschnitt über unerlaubte Handlungen in dem das Recht der Schuldverhältnisse behandelnden zweiten Buche des BGB. sich findet. Die systematische Stellung beruht darauf, daß durch die unerlaubte Handlung ein zum Ersatze verpflichtendes Schuldverhältnis erzeugt wird.

2. Kausalzusammenhang (JDR. **11** §§ 823 ff. Ziff. 2, **10** Ziff. 2, **9** Ziff. 1, **8** Ziff. 2, **7** Ziff. 1, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 3, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 5).

a) *Fromherz, AZivPr. **110** 23 s. bei § 249 II Ziff. 1.

b) **RG.** JW. **13** 546. Der Kausalzusammenhang ist der adäquate. Dieses Erfordernis bedeutet, daß ein Kausalzusammenhang rechtlich dann nicht als gegeben zu erachten ist, wenn der Schaden nur unter Mitwirkung eines zweiten Ereignisses zustande gekommen ist, das mit dem ersten keinen Zusammenhang hat, so daß vom Standpunkt eines alle dem Menschen zustehenden Erfahrungen und Kenntnisse beherrschenden Beurteilers zur Zeit der die Verantwortung begründenden Handlung eine derartige schadenstiftende Verkettung von Umständen ebenso wahrscheinlich erscheinen mußte, wenn jene Handlung unterblieb, als wenn sie erfolgte. Keineswegs aber setzt die Adäquatheit der Folge deren subjektive Vorhersehbarkeit seitens des Täters voraus (**RG. 69** 344). Ebensowenig auch, daß der verhängnisvolle Erfolg objektiv der Regel nach von der Handlung zu erwarten war. Es genügt, daß eine objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art der des eingetretenen generell erhöht oder begünstigt wird.

c) **RG.** LeipzZ. **13** 146. Das Zusammenwirken mehrerer Ursachen stört den ursächlichen Zusammenhang zwischen ihnen und dem eingetretenen Schaden nicht; im Rechtssinne hat jede der Ursachen den Erfolg herbeigeführt.

d) **RG.** R. **13** Nr. 2070. Mit bloßen Vermutungen und Möglichkeiten läßt sich der ursächliche Zusammenhang nicht verneinen.

e) NaumburgAK. **13** 2 (LG. Magdeburg). Klage gegen den Beleidiger auf Erstattung der Kosten eines Privatklageverfahrens, das auf Grund des § 51 StGB. wegen Geisteskrankheit des Beleidigers keinen Erfolg hatte. Abweisung wegen Mangels des Kausalzusammenhanges.

3. Verschulden (JDR. **11** §§ 823 ff. Ziff. 3, **10** Ziff. 3, **9** Ziff. 2, **8** Ziff. 3, **7** Ziff. 2, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 9, **1** Ziff. 6).

a) **RG.** R. **13** Nr. 345. Auch ein entschuldbarer Rechtsirrtum kann Verschulden ausschließen.

b) **RG.** R. **13** Nr. 831. Voraussehbarkeit der Einzelheiten eines Unfalls darf zur Haftbarmachung nicht verlangt werden.

c) SchlHolstAnz. **13** 362 (Kiel). In der Aufbewahrung einer nicht abmontierten Häckselmaschine in der Ecke eines Schuppens ist eine Fahrlässigkeit nicht zu finden.

4. Unterlassungsklage (JDR. **11** Ziff. 4, **10** Ziff. 4, **9** Ziff. 3, **8** Ziff. 5, **7** Ziff. 5, **6** Ziff. 6, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 11, **1** Ziff. 10).

a) **RG.** R. **13** Nr. 197. Der allgemeine, sog. quasinegatorische Anspruch auf Unterlassung ist bloß bei Verletznng absoluter Rechte, nicht schon bei Verletzung von Rechtsgütern gegeben. Das bürgerliche Recht unterscheidet, wie der § 823 zeigt, geflissentlich zwischen Rechten und Rechtsgütern. Der Schutz der letzteren ist in den §§ 823 ff. in dem hieraus zu entnehmenden beschränkten Umfang ausschließlich geregelt. Nirgends findet sich hier eine Vorschrift, wonach im übrigen ein schutzwürdiges Rechtsgut einem Rechte gleichgestellt wäre, namentlich in der Hinsicht, daß jenes wie dieses schon für sich allein Rechtsfolgen zu zeitigen vermöchte, daß

insbesondere der Anspruch auf Unterlassung von Störungen dem Rechtsgute selbst begrifflich innewohnen würde.

b) **RG.** R. **13** Nr. 1737. Wie das **RG.** häufig ausgesprochen hat, genügt für die Unterlassungsklage nicht die Möglichkeit der Wiederholung, sondern erfordert wird eine der Gewißheit sich nähernde Wahrscheinlichkeit. Dieses Erfordernis zu betonen, erscheint geboten, da der Mißbrauch der Unterlassungsklage gegen angeblich ehrverletzende oder schädigende Beurteilungen die Freiheit der Meinungsäußerung mit unzulässiger Fesselung bedroht. Die Gefahr der Wiederholung ist vom Kläger zu beweisen. Zu Unrecht beruft sich die Revision auf Urteile des II. Zivilsenats, wonach der wegen Übertretung des Warenzeichengesetzes oder des Gesetzes wider den unlauteren Wettbewerb auf Unterlassung belangte Beklagte nachzuweisen habe, daß weitere Störungen ausgeschlossen seien (vgl. **RG. 60** 154; GewRschutz **11** 80). Abgesehen davon, daß jedenfalls nach dem Wortlaute des Gesetzes wider den unlauteren Wettbewerb der Unterlassungsanspruch überhaupt nicht an die Besorgnis weiterer Beeinträchtigung geknüpft ist, stehen bei jenen Verfehlungen gewerbs- oder geschäftsmäßige, also mit der Absicht der Fortsetzung begangene Handlungen oder Einrichtungen, die zur Erreichung eines dauernden Zweckes geschaffen wurden, in Frage. Anders bei der deliktischen oder quasinegatorischen Unterlassungsklage, die die Rechtsprechung des RG. in Anlehnung an die §§ 12, 862, 1004 BGB. herausgebildet hat, und die nur verstattet ist, wenn weitere Störungen zu besorgen sind. Wie die übrigen Merkmale des Klagetatbestandes ist auch dieses, wenn es wie hier vom Beklagten bestritten wird, vom Kläger zu beweisen.

c) α. **RG.** BayRpflZ. **13** 229. Die Unterlassungsklage ist nur statthaft, wenn begründete Besorgnis besteht, daß die zu unterlassende Handlung wiederholt werden könne. Die Wiederholungsgefahr ist Voraussetzung für die Verurteilung. Sie muß also nicht bloß zur Zeit der Klagerhebung bestanden haben, sondern fortbestehen auch in dem Zeitpunkte, in dem die Verurteilung ausgesprochen werden soll. Fällt sie im Laufe des Rechtsstreits weg, so wird damit auch die Berechtigung zur Unterlassungsklage beseitigt.

β. SchlHolstAnz. **13** 217 (Kiel). Das Festhalten an der tadelswerten Position, verbunden mit der Unmotiviertheit der derzeit ausgesprochenen tadelswerten Kritik, begründet die Besorgnis, daß der Beklagte auch künftig seine Behauptung wiederholen wird (**RG. 60** 8).

d) **RG.** JW. **13** 543, SeuffBl. **13** 328. Die Verurteilung auf eine Unterlassungsklage, mag sie auf ein Abwehrrecht gegenüber einer unerlaubten Handlung oder als eine sog. quasinegatorische Klage erhoben sein, hat nach der ständigen Rechtsprechung des RG. unter allen Umständen zur Voraussetzung, daß die Fortsetzung oder Wiederholung von Handlungen, Eingriffen derselben Art ernstlich zu befürchten steht; es genügt nicht die Möglichkeit einer Wiederholung, sondern es ist erforderlich eine auf Tatsachen sich gründende Wahrscheinlichkeit; die Beweislast hierfür trifft den klagenden Teil. Der Abdruck eines beleidigenden Artikels in einer Zeitung spricht nicht für die Wahrscheinlichkeit einer Wiederholung.

e) HansGZ. **13** Beibl. 107 (Hamburg). Die Klage auf Unterlassung kann nicht allein auf die objektive Verletzung eines absoluten Rechtes gestützt werden, sie kann — gleichgültig, ob ein solches Recht vorhanden ist oder nicht — auch damit begründet werden, daß der Beklagte durch eine unerlaubte Handlung den Kläger geschädigt habe und daß weiter derartige schädigende Handlungen zu befürchten seien.

f) **RG.** GruchotsBeitr. **57** 966, MschutzuWettbew. **12** 416, R. **13** Nr. 837. Die Möglichkeit einer Strafverfolgung wegen ehrenkränkenden Verhaltens schließt eine zivilrechtliche Unterlassungsklage dann nicht aus, wenn die Strafverfolgung keinen genügenden Schutz gegen die dem Geschädigten aus den Ehrenkränkungen drohenden Nachteile gewährt. Allerdings kann auch ein strafrechtliches Eingreifen der dazu

berufenen und verpflichteten öffentlichen Gewalt wegen verbotener, mit öffentlicher Strafe bedrohten Handlungen unter bestimmten Voraussetzungen gegen die Wiederholung solcher Handlungen ausreichend schützen. In solchem Falle ist für eine danebengehende zivile Unterlassungsklage weder Bedürfnis noch Raum (**RG. 77** 217, R. **11** Nr. 3645, **12** Nr. 3463). Aber derartige Voraussetzungen fehlen hier. Denn die Kläger würden es nicht durchsetzen, bloß durch jedesmalige Strafanzeige und wohl ebensowenig durch jedesmalige Privatklage, zugleich auch die drohenden Nachteile abzuwenden, die sie bei der Hartnäckigkeit des Beklagten durch dessen künftige Angriffe, namentlich auch in wirtschaftlicher und vermögensrechtlicher Hinsicht noch weiter zu besorgen hätten.

g) **RG.** R. **13** Nr. 1531. Sowohl der Unterlassungs- wie der Schadensersatzanspruch setzen zu ihrer Begründung — gleichviel welche gesetzliche Vorschrift man dabei zugrunde legt — voraus, daß die in einer Broschüre enthaltenen Angriffe gegen ein System sich — wenigstens mittelbar — auch gegen den Kläger richten. Die bloße Zusammenfassung der bestehenden Warenhäuser, die bloße Verallgemeinerung der Kritik, würde allerdings noch nicht ausschließen, daß vielleicht auch der einzelne Warenhausbesitzer als durch die Angriffe der Broschüre mitbetroffen anzusehen ist. Dagegen fällt diese Möglichkeit weg, wenn der Inhalt der Broschüre nur den reinen Begriff des Warenhaussystems, der von den einzelnen bestehenden Warenhäusern absieht und etwas rein Gedachtes ist, betrifft. Was von dem Warenhaussystem gesagt wird, gilt keineswegs auch von jedem einzelnen wirklichen Warenhause. Freilich ist nicht ausgeschlossen, daß mit der Kritik des Systems auch Angriffe auf die Warenhausbesitzer selbst verbunden werden, inwieweit dies der Fall ist, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete.

h) **RG. 82** 59, JW. **13** 594. Die abwehrende Unterlassungsklage soll eine Ergänzung der in dem Titel des BGB. über die unerlaubten Handlungen gegebenen Schadensersatzklage darstellen und einem dringenden Rechtsschutzbedürfnisse dienen in den Fällen, in denen der lediglich Rechtsverletzungen der Vergangenheit ausgleichende Schadensersatz zu einem wirksamen Rechtsschutze der betroffenen Person nicht ausreicht und ein anderer gesetzlicher Schutz nicht gegeben ist; solcher ist aber gegeben, wenn die unerlaubte Handlung, die im Einzelfalle in Frage steht, durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt ist. Es kann im allgemeinen kein Rechtsschutzbedürfnis dahin anerkannt werden, daß durch zivilrechtliches Urteil eine Handlung dem Beklagten nochmals verboten wird, die bereits durch ein Strafgesetz einem jeden verboten ist, und daß sie nochmals unter eine besondere zivilrechtliche Strafe (§ 890 ZPO.) gestellt wird, während sie durch die öffentliche allgemeine Strafandrohung des Strafgesetzes bereits unter Strafe gestellt ist. An diesem schon der Entsch. **RG. 71** 85 der Sammlung zugrunde liegenden, in der späteren Entsch. **RG. 77** 217 allgemein ausgesprochenen Rechtssatze (vgl. außerdem JW. **12** 587 Nr. 7, **13** 34 Nr. 23) hält der erk. Sen. auch im vorliegenden Falle fest. In der Entsch. **RG. 77** 217 der Sammlung ist offen gelassen, ob der Satz auch zu gelten habe, wenn die Strafverfolgung nicht im Wege der öffentlichen Strafklage, sondern nur durch die dem Verletzten anheim gegebene Privatklage stattzufinden habe. Einen grundsätzlichen Unterschied kann dieser Umstand aber nicht begründen. Der Regel nach ist mithin die zivilrechtliche Unterlassungsklage nicht für gegeben zu erachten, wenn gegen die unerlaubte Handlung, die dem Beklagten verboten werden soll, ein wirksamer, nach der Meinung des Gesetzgebers jedenfalls ausreichender Rechtsschutz durch Androhung öffentlicher Strafe gegeben ist, mag die Bestrafung von Amts wegen auf Antrag des Verletzten oder nur durch Privatklage des letzteren herbeigeführt werden. Gleichwohl ist, wie auch bereits in dem Urt. des erk. Sen. vom 18. Januar 1913, IV. 438/12, angenommen wurde, die zivilrechtliche Unterlassungsklage infolge der öffentlichen Strafandrohung nicht schlechthin für ausgeschlossen zu erachten;

sie ist vielmehr zulässig, wenn vom Kläger ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis für den einzelnen Fall dargetan wird, sei es, daß der Strafverfolgung Hindernisse entgegenstehen, wie bei einem Aufenthalte des Täters im Auslande, sei es, daß bei der Privatklage die jedesmalige Strafverfolgung im Einzelfalle dem Verletzten die Abwehr ungebührlich erschweren und gegen die zu erwartende hartnäckige Wiederholung der Angriffe einen ausreichenden Schutz nicht gewähren würde. Nur, wenn in dieser Weise ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis für die zivilrechtliche Untersagung vom Kläger dargetan wird, das aus dem Sachverhalte von selbst im gegebenen Falle nicht erhellt, kann die erhobene Klage für zulässig erachtet werden.

i) **RG.** GruchotsBeitr. **57** 440, JW. **13** 35. Eine Unterlassungsklage zum Schutze gegen widerrechtliche Störungen und Eingriffe ist nach allgemeiner Ansicht zunächst da gegeben, wo die Beeinträchtigung eines Rechtes zu besorgen ist, das unter den Begriff des „sonstigen Rechtes" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. fällt. Die Ehre gehört aber weder zu den im § 823 Abs. 1 BGB. aufgezählten Lebensgütern noch zu den „sonstigen Rechten" im Sinne dieser Vorschrift, die Besorgnis ihrer künftigen Beeinträchtigung vermag daher einen quasinegatorischen Anspruch auf Unterlassung, soweit derselbe einen Eingriff in ein absolutes Recht des Klägers voraussetzt, nicht zu begründen. Eine Klage auf Unterlassung wird ferner allgemein zugelassen, wenn durch einen Eingriff in den allgemeinen Rechtskreis eines anderen, der subjektiv und objektiv den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt, ein den Kläger dauernd schädigender Zustand geschaffen ist und dieser Zustand durch den Zwang zur Unterlassung weiterer Störungen beseitigt wird, so daß die Unterlassung die Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne des § 249 BGB. bedeutet (RGRKomm. Vorbem. 6 b vor § 823). Ob aus diesem Gesichtspunkte bei dem Vorliegen besonderer Umstände eine Klage auf Unterlassung künftiger Ehrenkränkungen begründet werden könnte, mag dahingestellt bleiben. Im gegenwärtigen Falle fehlt es jedenfalls an der notwendigen Voraussetzung, daß durch eine unerlaubte Handlung ein dauernd schädigender Zustand geschaffen ist, dessen Beseitigung mit der Unterlassungsklage gefordert werden könnte. Die Behauptungen, durch welche sich der Kläger in seiner Ehre gekränkt fühlt, sind von dem Beklagten bisher lediglich in zwei an den Kläger gerichteten Briefen zur Begründung des darin erhobenen Schadensersatzanspruchs aufgestellt. Hierdurch ist weder für den Kläger ein Schaden entstanden noch gar ein dauernder schädigender Zustand geschaffen. Die Unterlassungsklage ist dann versagt worden, wenn das öffentliche Recht einer zivilrechtlichen Verfolgung entgegensteht. Dies ist insbesondere in den Fällen angenommen worden, in denen die Handlung, deren Unterlassung mit der Klage verlangt wird, durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt ist (**RG. 77** 217). Hiernach würde gegen eine Verbreitung ehrenkränkender, unter die §§ 185—187 StGB. fallender Behauptungen ein Schutz im Wege der zivilrechtlichen Unterlassungsklage nicht gegeben sein. Die Unterlassungsklage setzt in jedem Falle voraus, daß ein objektiv widerrechtlicher Eingriff in ein gesetzlich geschütztes Recht zu befürchten ist, sie bezweckt den Schutz gegen drohende widerrechtliche Beeinträchtigungen eines Rechtes. Der Kläger muß daher zur Begründung des Unterlassungsanspruchs Tatsachen darlegen, welche einen künftigen Eingriff in sein geschütztes Recht wahrscheinlich machen (**RG. 77** 217, **78** 210), und die Verurteilung auf die Unterlassungsklage erfordert die Feststellung einer auf Tatsachen sich gründenden Wahrscheinlichkeit für eine künftige Beeinträchtigung.

k) **RG.** BayRpflZ. **13** 48 f. JDR. **11** §§ 823 ff. Ziff. 4 e.

l) Delius, JW. **13** 6, wendet sich gegen **RG. 77** 217 (JDR. **10** §§ 823 ff. Ziff. 4 a) und führt aus, daß der Unterlassungsanspruch auch da besteht, wo die betr. Handlung mit Strafe bedroht ist. Beides verfolgt ganz verschiedene Zwecke.

m) Rosenthal wendet sich gegen die vom RG. vertretene Ansicht, daß in den Fällen öffentlicher Strafandrohung die Unterlassungsklage nicht gegeben sein solle.

n) **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 416, R. **13** Nr. 838. Daß der Beklagte wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, schließt eine Verurteilung zur Unterlassung einer den Kläger beleidigenden Äußerung für gewöhnlich nicht aus. Der Beklagte ist allerdings für eine gegen das Urteilsverbot verübte unerlaubte Handlung nicht verantwortlich, wenn er sie als Geisteskranker ohne freie Willensbestimmung begangen hat.

o) WürttRpflZ. **13** 269 (Stuttgart). Klage auf Unterlassung der Verbreitung nicht erweislich wahrer, ehrenrühriger Behauptungen bei fehlendem subjektiven Verschulden. Auf den Gesichtspunkt der Wahrung berechtigter Interessen kommt es nicht an.

p) SächsRpflA. **13** 128 (Dresden). Unterlassungsanspruch gegenüber einem Rundschreiben, durch das auf die Unrichtigkeit einer von einer Auskunftei erteilten Auskunft hingewiesen wird.

q) R. **13** Nr. 1283 (Stuttgart). Ein Anspruch auf Unterlassung kann nur auf ein Recht, nicht auf ein bloßes Rechtsgut (Ehre, Kredit) gestützt werden.

r) WürttJ. **25** 19 (Stuttgart). Klage auf Unterlassung wegen der Bedrohung mit Veröffentlichungen, die den Kläger bloßstellen würden. — Abweisung. —

5. Vertragshaftung und Haftung aus unerlaubter Handlung. **RG.** SeuffA. **68** 232, JW. **13** 376. Die nicht völlig unbestrittene Frage, ob durch die Verletzung eines Vertragsverhältnisses zugleich der Tatbestand einer unerlaubten Handlung gegen den anderen Vertragsteil erfüllt werden könne, wird vom RG. (RGRKomm. Vorbem. 4 vor § 823; auch VI. 508, 536, 538, 565, 1909 u. a.) grundsätzlich bejaht, sofern der Schaden nicht lediglich durch Verletzung einer dem Vertragsgegner gegenüber obliegenden Vertragspflicht zugefügt wird, sondern der schädigenden Handlung die allgemeine Rechtswidrigkeit anhaftet, die das wesentliche Merkmal der unerlaubten Handlung bildet. Diese letztere Voraussetzung ist insbesondere bei einer Verletzung des Körpers und der Gesundheit dann erfüllt, wenn dieselbe durch Verabsäumung der im Verkehr überhaupt in Rücksicht auf Leib und Leben anderer zu beobachtenden Sorgfaltspflicht verursacht worden ist. Daß dies nach dem Sachverhalte (Auffahren der Schubmaschine auf den Zug) zutrifft, bedarf keiner Ausführung.

6. **RG.** R. **13** Nr. 3241. Wer es gegenüber einem andern übernommen hat, an dessen Stelle Obliegenheiten zu erfüllen, deren Vernachlässigung geeignet ist, das Leben, den Körper oder die Gesundheit Dritter zu verletzen, macht sich einer unerlaubten Handlung im Sinne von § 823 BGB. schuldig, wenn er die Sorge für die Erfüllung jener Obliegenheiten vorsätzlich oder fahrlässig verletzt.

7. Konkurrenz mit Vertragsansprüchen (JDR. **11** §§ 823 ff. Ziff. 7).

a) Gütschow. Wenn zwei Personen ihre Beziehungen zueinander durch Vertrag geregelt haben, so ist für alles, was in den Rahmen dieses Vertragsverhältnisses fällt, lediglich der Vertrag maßgebend; für Verletzungen kann lediglich nach Maßgabe des Vertrags Entscheidung verlangt werden. Dabei ist der Rahmen des Vertrags entsprechend dem anzunehmenden Willen der Parteien, die ihr Verhältnis zueinander eben in der vereinbarten, vielleicht vom Gesetz abweichenden Weise gestalten wollten, möglichst weit zu ziehen.

b) SächsRpflA. **13** 424 (Dresden). Durch Verletzung einer Vertragspflicht wird der Tatbestand einer unerlaubten Handlung dann erfüllt, wenn der schädigenden Handlung die allgemeine Rechtswidrigkeit anhaftet, die das Merkmal der unerlaubten Handlung bildet, wie dies namentlich zutrifft, wenn eine Körperverletzung durch Versäumung der allgemeinen Verkehrssorgfalt verursacht wird (**RG.** JW. **13** 376).

c) HansGZ. **13** Hptbl. 127 (Hamburg). In den Fällen, in denen ein mit der

Versendung bestimmter Güter beauftragter Spediteur durch Fahrlässigkeit eine Beschädigung der ihm anvertrauten Güter herbeigeführt hat, ist neben der durch das Gesetz geordneten Haftung des Spediteurs aus dem Vertrage kein Raum für eine außerkontraktliche Haftung des Spediteurs.

8. Beweislast (JDR. **11** §§ 823 ff. Ziff. 5, **10** Ziff. 5, **9** Ziff. 4, **8** Ziff. 6, **7** Ziff. 7, **6** Ziff. 10, **5** Ziff. 8, **4** Ziff. 11, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 12, **1** Ziff. 11).

a) **RG.** JW. **13** 923. Der Beschädigte, der einen seit längerer Zeit bestehenden, objektiv für den Schaden kausalen Zustand dargelegt hat, hat seiner Beweispflicht genügt.

b) **RG.** R. **13** Nr. 1972. Den die Widerrechtlichkeit ausschließenden Tatbestand hat bei vorsätzlicher Tötung oder Körperverletzung der Beklagte zu beweisen.

c) **RG.** R. **13** Nr. 1455. Ist jemand durch Darreichung einer ätzende Stoffe enthaltenden Flasche gesundheitlich geschädigt worden, so trifft den Schädiger die Beweislast für seine Schuldlosigkeit.

9. Umfang des Schadens (JDR. **11** §§ 823 ff. Ziff. 8, **10** Ziff. 8, **9** Ziff. 6).

a) SächsRpflA. **13** 493 (LG. Dresden). Kosten eines bezirksärztlichen Zeugnisses, das sich der Verletzte hat ausstellen lassen, sind vom Schädiger zu ersetzen, selbst wenn das Zeugnis auch noch zu anderen als Prozeßzwecken dient.

b) **RG.** SeuffA. **68** 17. Die strafgerichtliche Zuerkennung einer Buße wegen Körperverletzung gegen einen Schadensersatzpflichtigen schließt die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen andere Mitverpflichtete nicht aus.

c) **RG.** JW. **13** 31. Wenn für die Höhe einer Entschädigung die Vermögenslage der zum Ersatz als Gesamtschuldner Verpflichteten wesentlich ist, so können die Haftsummen verschiedene sein.

§ 823. 1. Abs. 1.

1. *Unger. A. Zur Frage des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit durch Einwilligung des Verletzten. Die Einwilligung des Verletzten schließt die Rechtswidrigkeit im Sinne des Zivilrechts stets aus, auch bei Tötung, Körperverletzung und Freiheitsentziehung. Die „Einwilligung" in diesem Sinne ist keine rechtsgeschäftliche Erklärung, sie ist jederzeit widerruflich und unterliegt nicht den Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Willensmängel bei Rechtsgeschäften, Vollmacht und gesetzliche Vertretung. (161 ff.): Die zur Einwilligung erforderliche Willensfähigkeit bestimmt sich nach Analogie der Deliktsfähigkeit (§§ 827, 828 BGB.). (164): Eine irrtümlich oder in einer Zwangslage abgegebene oder durch unrichtige Voraussetzungen motivierte Einwilligung ist nicht geeignet, die Rechtswidrigkeit auszuschließen. (165 ff.): Irrtümliche Annahme des Täters, daß ein die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließender Umstand vorliege, schließt die Schadensersatzpflicht aus, wenn der Irrtum unverschuldet ist: Dies folgt bei Rechtsverletzung daraus, daß Bewußtsein oder fahrlässiges Nichtbewußtsein der Rechtswidrigkeit begrifflich zu vorsätzlicher bzw. fahrlässiger Rechtsverletzung gehört; bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit ist zwar Bewußtsein oder fahrlässiges Nichtbewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht Tatbestandsvoraussetzung der Schadensersatzpflicht aus § 823, der obige Satz folgt aber a contrario aus § 231 BGB.; im letzteren Falle liegt dem Täter die Beweislast für den Irrtum und dessen Schuldlosigkeit ob. B. Zu § 823 Abs. 2 (Schutzgesetz). (156 ff.): Strafrechtsnormen, bei denen die Einwilligung des Verletzten begrifflich zum Tatbestande gehört, sind keine Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB.; so z. B. § 216 StGB. C. Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord. (180 ff.): Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord ist Verursachung des Todes eines Menschen und daher eine Lebensverletzung im Sinne von § 823 BGB. Die Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangels ist abzulehnen. Die

Rechtswidrigkeit dieser Lebensverletzung entfällt aber, wenn der Selbstmörder sich in willensfähigem (s. oben und §§ 827, 828 BGB.) Zustande und nicht in einer Zwangslage oder infolge irriger Motive getötet hat. War der Anstifter oder Gehilfe in schuldlosem Irrtum über die Willensunfähigkeit oder den Willensmangel des Selbstmörders, so ist er ebenfalls nicht schadensersatzpflichtig.

2. *Schroeder, Die Haftpflicht im Luftflug und der Vorschlag zu einem Luftfluggrundgesetz, als Fortsetzung der Schrift „Der Luftflug, Geschichte und Recht" (Berlin 1913). Der Vorschlag zu einem Reichsgesetze behandelt in §§ 70ff. die Haftpflicht. Der Unternehmer soll für den Schaden, der Menschen oder Sachen durch Abstürzen des Flugzeugs oder dadurch zugefügt wird, daß zur Verhütung des völligen Absturzes Maßnahmen getroffen werden, die eine Einwirkung nach der Erde zu haben müssen, unbedingt haften, es sei denn, daß er beweist, daß der Schaden durch das eigene Verschulden des Geschädigten verursacht ist. Unter näher angeführten Umständen soll dem Unternehmer nachgelassen werden, nur einen Teil des Schadens zu tragen; in ganz besonders gearteten Fällen kann er auch von der Schadenspflicht ganz entbunden werden. — Wenn der Schaden durch ein militärisches Flugzeug, das sich im dienstlichen Fluge befunden hat, herbeigeführt worden ist, soll das Reich für den entstehenden Schaden nur haften, soweit nicht der Beweis geführt wird, daß der Schaden durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Geschädigten verursacht ist; abgesehen von dem Falle des eigenen Verschuldens soll aber auch hier der Schaden ganz oder zum Teil ersetzt werden, wenn der Geschädigte den Schaden aus eigenen Mitteln nicht wieder gut machen kann oder wenn, sofern er den Schaden aus eigenen Mitteln ersetzen muß, ihm die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht bedarf. In §§ 78—80 wird die Haftpflicht geregelt für den Schaden, der dadurch entsteht, daß bei dem freiwilligen oder unfreiwilligen Niedergang eines Flugzeugs sich Menschen zur Landestelle herandrängen. Nach § 80 soll in besonderen Fällen die Gemeinde haften.

3. *Fromherz, Haftpflichtrecht, Grundriß der außervertraglichen Haftpflicht insbesondere aus unerlaubten Handlungen nach Deutschlands Recht und Rechtsprechung (München-Berlin 1913). Angesichts des großen Prozentsatzes, den gegenwärtig die Haftpflichtsachen unter den Rechtsstreiten einnehmen, der stark angeschwollenen Literatur und der außerordentlich mannigfaltigen, stets fortschreitenden Rechtsprechung auf dem Gebiete, gibt das Buch eine zusammenfassende Darstellung des Haftpflichtrechts nach dem neuesten Stande. Sein allgemeiner Teil gilt auch für die nicht aus unerlaubten Handlungen hervorgehende Schadensersatzpflicht, nämlich die aus dem Haftpflichtgesetze, dem Kraftfahrzeuggesetz und geradeso für die Haftpflicht in anderen gesetzlich besonders geregelten Gebieten wie für diejenige aus Verträgen. Er enthält die wichtigen Rechtsgrundsätze über das Verschulden, insbesondere die Fahrlässigkeit, die Verursachung und das mitwirkende Verschulden. In besonderen Kapiteln werden behandelt die Haftung mehrerer mit der so wichtigen Schadensausgleichung, die Haftpflicht juristischer Personen, die persönliche Unverantwortlichkeit, die Vorteilsausgleichung, der Schadensersatz und die Schadensersatzklage mit dem Anspruch auf Unterlassung. Der Abschnitt über die Verursachung gibt einen Überblick über die zahlreichen Theorien unter Hervorhebung ihrer praktischen Unterschiede und die Ergebnisse der besonderen Untersuchungen des Verf. über die gebotene Einschränkung der Lehre von der adäquaten Verursachung (AZivPr. **110** 23 ff. vgl. zu § 249 Ziff. II 1). Im Laufe der Darstellung wird die Stellungnahme des Verf. zu den zahlreichen Streitfragen durch die wichtigsten einschlägigen Entscheidungen und Beispiele des Lebens erläutert geradeso wie in dem besonderen Teile, der von den unerlaubten Handlungen nach BGB. handelt. Von ihnen werden nach einem Überblick über das System des BGB. unter steter Anlehnung an die neueste Recht-

sprechung zunächst die allgemeinen Tatbestände, nämlich die Rechtsgüter und Schutzgesetzverletzung und der Verstoß gegen die guten Sitten erörtert. Aus der Unzahl der einschlägigen Entscheidungen namentlich über die Eröffnung eines Verkehrs und die Haftpflicht der verkehrenden Personen sind die wichtigsten in übersichtlicher Anordnung wiedergegeben. Im Gebiete der illoyalen Handlungen sind die wichtigen Rechtsgrundsätze über die Haftpflicht im gewerblichen Lohnkampf, aus Rat und Auskunft, aus Unterlassungen ihrer Bedeutung entsprechend eingehend behandelt. Dem schließen sich an die Haftpflicht wegen Kreditschädigung, wegen Verletzung der Geschlechtsehre, diejenige des Geschäftsherrn mit den einschlagenden zahlreichen Streitfragen namentlich über das Verhältnis des § 831 zu den §§ 254, 30, 31, 278 BGB. und Art. 77 EG., sowie die Haftpflicht des Aufsichtspflichtigen. Aus dem Kapitel über den Tierhalter sei die eingehende Behandlung der Streitfrage über die Haftung für Handelsvieh und der Gründe des Haftungsausschlusses hervorgehoben. Unter „Wildschaden" findet sich eine Zusammenstellung der wesentlichsten landesgesetzlichen Bestimmungen. Es folgt eine Darstellung der Beamtenpflicht mit den hierwegen im allgemeinen geltenden Grundsätzen und der Besonderheiten für Richter, Vollstreckungsrichter, Vormundschaftsrichter, Grundbuchbeamte, Notare, Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher, Post- und Telegraphenbeamte. Den Schluß bilden die Grundsätze über „Schmerzensgeld" und Verjährung. Während die einschlägige Rechtsprechung unter Vermeidung ermüdender Anmerkungen im Laufe der Darstellung eingeflochten ist, wird die umfangreiche Literatur, von deren Anführung im Texte im wesentlichen abgesehen werden mußte, nach Paragraphen geordnet, in einem 45 Seiten starken Verzeichnisse dem Ganzen vorausgeschickt. Die Wichtigkeit der genauen Feststellung des tatsächlichen Herganges und die Bedeutung photographischer Wiedergaben der örtlichen Umstände wird durch eine Anzahl von Augenscheinsaufnahmen des Verfassers vor Augen geführt. Die Benützung des Buches wird durch ein alphabetisches und ein nach Berufen haftpflichtiger Personen geordnetes Inhaltsverzeichnis erleichtert.

4. Haushaltungsvorstand. R. **13** Nr. 2999 (BayObLG.). Eine gesetzliche Haftung des Familienhaupts, des „Hausherrn" für die zum Hausstande gehörenden Personen besteht im allgemeinen überhaupt nicht. Wohl aber muß der Haushaltungsvorstand „der Allgemeinheit gegenüber als verpflichtet gelten, bei der Einrichtung seines Hausstandes, der Wohnungsverhältnisse und der Regelung sonstiger über den Familienkreis hinaus auf die Außenwelt wirkender Angelegenheiten des häuslichen Lebens tunlichst auf fremde Interessen und Rechtsgüter Rücksicht zu nehmen, insbesondere Rücksicht auf die Sicherheit von Leib und Leben der mit den Familienangehörigen in Berührung kommenden Dritten, wie z. B. der Dienstboten oder Mithausbewohner" (**RG. 70** 48). Bei Versicherung gegen Haftpflicht wegen Verschulden von Familienmitgliedern ist also, soweit minderjährige Kinder in Betracht kommen, an die dem Familienvorstand als Vater auf Grund der besonderen Bestimmung des § 832 BGB. obliegende Schadensersatzpflicht zu denken, im übrigen aber, namentlich also auch in Ansehung einer durch die Ehefrau verursachten Schädigung an die besonderen Fälle, in denen der Haushaltungsvorstand, obgleich für ihn eine gesetzliche Aufsichtspflicht hinsichtlich der Ehefrau nicht begründet ist, dennoch für den eingetretenen Schaden wegen der Verabsäumung einer ihm der Allgemeinheit gegenüber obliegenden Verkehrspflicht haftet. Dagegen läßt sich an eine gesetzliche Haftung des Familienvorstandes für das in Ausübung irgendwelchen Berufs begangene selbständige Verschulden eines seiner Familienangehörigen wohl kaum denken.

5. **RG.** R. **13** Nr. 1454, DJZ. **13** 810. Hat der Ehemann keine Veranlassung, seine Frau für unzuverlässig zu halten, so darf er erwarten, daß sie eine mit gefährlichen Stoffen gefüllte Flasche so aufbewahrt, daß eine Verwechselung nicht stattfinden kann.

Es handelte sich bei Anschaffung und Aufbewahrung der Seifenlauge um gewöhnliche Haushaltungsgeschäfte, welche der Frau obliegen. Daraus würde an sich noch nicht folgen, daß den Beklagten kein Vorwurf einer Fahrlässigkeit treffen kann. Wäre die Frau bei der Aufbewahrung der Flasche fahrlässig und das dem Beklagten bekannt gewesen, so hätte er als Haupt der ehelichen Gemeinschaft die Verpflichtung gehabt, die zur Verhütung von Verwechselungen geeigneten Anordnungen zu treffen. Die bloße Aufbewahrung der Seifenlauge in einer Weinflasche ohne Kennzeichnung des Inhalts mag zwar nicht empfehlenswert gewesen sein, enthielt aber noch keine Fahrlässigkeit, wenn die betreffende Flasche sorgfältig von anderen mit Genußmitteln gefüllten Flaschen getrennt gehalten wurde. Da für den Beklagten kein Anlaß bestand, an der Zuverlässigkeit seiner Frau in der Besorgung ihrer häuslichen Pflichten zu zweifeln, so ist die Annahme nicht rechtsirrig, daß der Beklagte darauf vertrauen durfte, seine Frau werde die Seifenlauge in einer jede Verwechselung ausschließenden Weise auch bei und nach dem Umzug aufbewahren.

6. **RG.** BayRpflZ. **13** 22 f. JDR. **11** § 823 Abs. 1 Ziff. 4.

7. Körperverletzung.

a) *Simon, Kischs Zivilr. u. prozeßr. Abh., Heft IV. Körperverletzung und Tötung im Zweikampfe sind widerrechtlich; denn die aus der Duellvereinbarung richtiger Ansicht nach zu entnehmende Einwilligung in die wechselseitige Verletzung ist als Rechtsgeschäft unwirksam, weil sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 134 BGB.). Als ein solches Verbot kann freilich das strafrechtliche Zweikampfverbot für den nicht in Frage kommen, der im Zweikampfe nicht eine privilegierte Körperverletzung, bzw. Tötung, sondern ein Delikt gegen die staatliche Ordnung erblickt, da alsdann die bezüglichen Strafrechtsnormen nicht die Verletzungen im Zweikampfe verpönen würden. Zu einem einheitlichen Resultate gelangt man indes durch Abstellen auf § 201 StGB., der die Duellvereinbarung, d. h. das Einwilligungsrechtsgeschäft unmittelbar verbietet. — Trotz Widerrechtlichkeit des Duellangriffs ist übrigens der andere nicht berechtigt, denselben mit allen Mitteln abzuwenden oder abwenden zu lassen, mit anderen Worten gegen den Duellangriff gibt es weder Notwehr noch Nothilfe im engeren Sinne (§ 826 BGB.). Vgl. § 207 StGB.

b) **RG.** R. **13** Nr. 1133. Fortgesetzt grundlos schlechte Behandlung eines bereits nervösen Untergebenen kann zum Schadensersatze verpflichten, wenn die dadurch eingetretene Verschlechterung des Zustandes auch nur im allgemeinen voraussehbar war. Darauf kommt es nicht an, ob der Kläger zu der Zeit der schlechten Behandlung seitens des Beklagten bereits nervös oder in anderer Weise erkrankt war und ob der Beklagte dies wußte; denn fortgesetzter dienstlicher Ärger und eine rücksichtslose, ehrverletzende Behandlung eines Untergebenen durch den Vorgesetzten sind sehr wohl objektiv geeignet, auch bei einem bis dahin gesunden Menschen ein Nervenleiden hervorzurufen. Voraussetzung der Fahrlässigkeit ist es nicht, daß der Täter schon eine genaue Vorstellung von der tatsächlichen Art des Schadens hätte gewinnen können; es genügt vielmehr, daß er voraussehen konnte, es könne irgeneine Gefahr entstehen. Daß aber eine fortwährend wiederholte ehrkränkende und beschimpfende Behandlung den Kläger zu erbittern und sein Nervensystem ungünstig zu beeinflussen, damit aber seine Gesundheit schwer zu schädigen geeignet war, konnte dem Beklagten bei der geringsten Überlegung nicht verborgen bleiben.

c) Ärzte (JDR. **11** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 f, **10** Ziff. 2 a). **RG.** JW. **13** 31. Ärztliche Haftung bei Verletzungen durch Röntgenbestrahlung.

d) Züchtigung fremder Kinder.

α. *Klein bekämpft in SeuffBl. **13** 206—208 das Urteil des OLG. Jena (I. Straff.) vom 21. Dezember 1912 (DJZ. **18** 296). In diesem Urteile wird an-

genommen, unter Umständen bestehe in Ergänzung des elterlichen Züchtigungsrechts ein Recht, fremde Kinder zu züchtigen, als Ausfluß des öffentlichen Rechtes.

β. Buchmann bespricht die Entsch. des OLG. Jena, die gebilligt wird. Die Züchtigung darf nicht das Maß überschreiten, in dem ein verständiger Vater das Züchtigungsrecht an seinen eigenen Kindern ausübt.

e) Lehrer (JDR. **11** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 g, **10** Ziff. 2 c).

α. **RG.** R. **13** Nr. 2291. Ist einer Lehrerin die Explosionsmöglichkeit bei einem physikalischen Experiment bekannt, so kann sie sich bei Unterlassen von Vorsichtsmaßregeln zum Schutze der zusehenden Schulkinder nicht dadurch entschuldigen, daß die ihr zur Verfügung stehenden Lehrbücher keine diesbezügliche Anleitung enthielten.

β. PrVerwBl. **34** 686 (PrOVG.). Eine Überschreitung des Züchtigungsrechts des Lehrers liegt schon dann vor, wenn die Züchtigung ihrer Art und Schwere nach geeignet war, eine Gesundheitsbeschädigung herbeizuführen und mithin eine Gefahr für die Gesundheit verursacht hat.

γ. **RG.** R. **13** Nr. 2868. Hilfsstellungen beim Turnen haben nicht ausschließlich den Zweck, einen Sturz nach dem Niederkommen zu verhindern. Ob das Fehlen der Hilfsstellung für einen Sturz beim Niederkommen kausal ist, ist nach der Art der einzelnen Turnübung zu prüfen.

8. Eigentum (JDR. **11** § 823 Abs. 1 Ziff. 3, **9** Ziff. 5, **8** Ziff. 5, **7** Ziff. 3 **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 7).

a) **RG.** EisenbE. **30** 84, R. **13** Nr. 938. Daß eine gewerbliche Anlage obrigkeitlich genehmigt ist, schließt, sofern die Einwirkungen auf das Nachbargrundstück über das Maß des § 906 hinausgehen und ein Verschulden des Betriebsunternehmers anzunehmen ist, eine Schadensersatzpflicht auch für die Vergangenheit nicht aus. § 26 GewO. sagt nicht, daß beeinträchtigende Einwirkungen auf ein benachbartes Grundstück, die von einer genehmigten Anlage ausgehen, auch über den § 906 hinaus geduldet werden müßten, sondern er gibt nur der sich gegen solche Einwirkungen richtenden Klage einen von der allgemeinen Regel abweichenden Inhalt. Zum Ersatze des dem Kläger aus der widerrechtlichen Eigentumsverletzung entstandenen — in der Vergangenheit liegenden — Schadens ist die Beklagte freilich gemäß dem § 823 Abs. 1 nur dann verpflichtet, wenn ihr — d. h. ihrem in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen handelnden Vorstande (vgl. **RG. 66** 184) — mit Bezug auf die Eigentumsverletzung ein Verschulden, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, zur Last fällt (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 412, SeuffA. **60** Nr. 218; R. **09** Nr. 1938).

b) **RG. 82** 206, SeuffA. **68** 399, JW. **13** 877, R. **13** Nr. 1876. Der Träger der Kirchenbaulast hat bei fahrlässiger Brandstiftung keinen Schadenersatzanspruch gegen den Brandstifter. Durch § 823 Abs. 1 wird das Eigentum oder ein sonstiges Recht geschützt. Der Kläger ist aber nicht Eigentümer der beschädigten Kirche, noch Träger eines Rechtes an dieser, sondern nur Träger einer Pflicht. Der Schadensersatzanspruch des § 823 Abs. 2 BGB. steht nur dem unmittelbar durch die Verletzung des Schutzgesetzes Beschädigten zu; als Beschädigter kommt nur derjenige in Betracht, zu dessen Schutze das Gesetz erlassen ist (**RG. 73** 30, R. **10** Nr. 1253). Wer diese Person ist, ist aus dem Inhalte des Schutzgesetzes, den Verhältnissen, die es regeln will, den Zielen, die es verfolgt, zu entnehmen. Der an den kirchlichen Gebäuden baulastpflichtige Fiskus, der ähnlich einer Feuerversicherungsanstalt dem Eigentümer für die Wiederherstellung des beschädigten Gebäudes aufkommen muß, kann als geschützt nicht angesehen werden.

c) **RG.** R. **13** Nr. 1872, SeuffA. **68** 399, JW. **13** 877. Ein Drogist, der sich zum Abbrennen eines Feuerwerkes erbietet, haftet für den beim Abbrennen entstehenden Feuerschaden, wenn er nicht vor dem Abbrennen des Feuerwerkes sich da-

von überzeugt hatte, daß allen Gefahren nach Möglichkeit vorgebeugt und alle gebotenen Sicherheitsvorkehrungen ausgeführt waren.

d) SeuffA. **68** 250 (München). Schadensersatzanspruch des Eigentümers gepfändeter Gegenstände gegen den Versteigerer. Genügende Glaubhaftmachung begründet Fahrlässigkeit. Eigenes Verschulden durch Unterlassung der Erwirkung eines Einstellungsbeschlusses.

9. Sonstiges Recht (JDR. **11** Ziff. 9, **10** Ziff. 5, **8** Ziff. 7, **7** Ziff. 6, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 8).

a) **RG.** JW. **13** 202. Vorenthaltung eines Kindes begründet die Verletzung eines „sonstigen Rechtes" gemäß § 823 BGB.

b) SächsRpflA. **13** 22 (Dresden). Schadensersatzklage wegen Störung eines dinglichen Wasserbenutzungsrechts.

10. **RG.** R. **13** Nr. 3128. Hat ein Landwirt jemandem in seiner Scheune einen Platz zum Lagern von Heu überlassen und stürzt letzterer infolge Fehlens einer Querleiste und manglhafter Befestigung einer Bodenleiste, die beim versehentlichen Darauftreten nachgab, durch die Bodenluke, so ist es nicht gerechtfertigt, die Klage wegen eigenen Verschuldens völlig abzuweisen.

11. Haftung für Wege, Straßen, Verkehrsorte (JDR. **11** § 823 Ziff. 10 a, **10** Ziff. 6 a, **9** Ziff. 8 a, **7** Ziff. 7 a, **6** Ziff. 5 c, **4** Ziff. 9 c, **3** Ziff. 9 c, **2** Ziff. 7 c, **1** Ziff. 9 d). S. a. o. zu § 276 Ziff. V 11 ff.

a) **RG.** R. **13** Nr. 2293. Wenn eine Stadtgemeinde den städtischen Schlachthof zur Benutzung für das gewerbsmäßige und nicht gewerbsmäßige Schlachten von Vieh unter Einführung des sogenannten Schlachtzwanges eröffnet, so übernimmt sie damit die Verpflichtung, für die Verkehrs- und Gebrauchssicherheit der für das Schlachtgeschäft bestimmten Räume, Anlagen und Einrichtungen zu sorgen. Diese Verpflichtung liegt der Stadtgemeinde in der Person ihrer verfassungsmäßigen Vertreter ob.

b) α. BayRpflZ. **13** 403 (Augsburg). Haftung einer Gemeinde für die Unterhaltung einer Straßenstrecke innerhalb einer Ortschaft, die ein Verbindungsglied einer Distriktsstraße ist und selbst die Eigenschaft einer Distriktsstraße besitzt (bayer. R.).

β. SchlHolstAnz. **13** 22 (Kiel). Haftung einer Stadtgemeinde für einen durch mangelhafte Instandhaltung der Straßen herbeigeführten Schaden.

c) **RG.** R. **13** Nr. 1286. Eine Stadtgemeinde handelt nicht fahrlässig, wenn sie sich bei einem Brückenbau auf die Anbringung derjenigen Schutzvorrichtungen beschränkt, welche die Staatsbehörden im Interesse der öffentlichen Sicherheit, namentlich im Interesse der Schiffahrt für erforderlich bezeichnen. Jedoch hat die Stadtgemeinde, wenn jene Schutzvorrichtungen sich nachträglich als unzureichend erweisen, auf die Anbringung weiterer Schutzvorrichtungen Bedacht zu nehmen.

d) **RG.** GruchotsBeitr. **57** 691, BayRpflZ. **13** 109, LZ. **13** 167, R. **13** Nr. 188, RheinA. **111** 1 19. Ein großstädtischer Gartendirektor kann nicht schon wegen seines Amtes und weil er in seiner Jugend auf Waldwegen gerodelt hat, als eine zur Anlage einer für die Allgemeinheit bestimmten städtischen Rodelbahn geeignete Person angesehen werden. Hat er auf einer kunstmäßigen Rodelbahn nie gerodelt und eine solche auch nie errichtet, so kann er unmöglich als sachverständig und hierzu geeignet angesprochen werden. Eine künstliche Rodelbahn ist etwas anderes als ein Parkweg oder ein Waldpfad. Ihre Herstellung erfordert, zumal, wenn sie in Krümmungen durch den Wald zieht, fachliche Kenntnisse und Erfahrungen.

e) **RG.** BayRpflZ. **13** 20. Haftung der Gemeinde aus einem Unfall in einem Schulhof infolge ungenügender Verwahrung eines Lichtschachts. Verstoß gegen § 367 Ziff. 12 u. 14 StGB.

f) **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 11. Unfall durch Sturz eines Passanten in die nicht

mit Geländern umgebene Treppenöffnung in einer Kaimauer. Zurückweisung der Revision gegen das Urt. JDR. **11** § 823 Abs. 1 Ziff. 10 a φ (256).

g) **RG.** R. **13** Nr. 1871. Auf den zu den anliegenden Häusern führenden Überbrückungen der Chausseegräben eröffnet nicht die Gemeinde, sondern der Anlieger den Verkehr (R. **10** Nr. 3918). Durch den Umstand allein, daß der Grund und Boden im Eigentume der Gemeinde steht oder diese in ihrem eigenen Interesse dem Anlieger genau vorgeschrieben hat, in welcher Weise die Überbrückung auszuführen sei, trifft die Gemeinde keine Verantwortlichkeit für die Benutzung der Brücke durch den Anlieger oder diejenigen Personen, die in seinem Hause verkehren.

h) SchlHolstAnz. **13** 52, DJZ. **13** 872 (Kiel). Haftung der Verwaltung eines Seebads wegen mangelnder Rettungsvorrichtungen. Fehlen der erforderlichen Anschläge in den Badezellen mit Hinweisen auf die Unsicherheit des Badens bei starkem Seegang. S. insbes. zu § 276 Ziff. V 16.

12. Haftung der Hauseigentümer, Vermieter, Gastwirte (JDR. **11** Ziff. 10 b, **10** Ziff. 6 b, **9** Ziff. 8 b, **8** Ziff. 7, 8 b, **7** Ziff. 7 b, **6** Ziff. 5 d, **5** Ziff. 7 c, **4** Ziff. 9 d, **3** Ziff. 9 d, **2** Ziff. c γ, **1** Ziff. 9 c). S. a. § 276 Ziff. V 10, 20.

a) **RG.** JW. **13** 864. Wenn der Beklagte es unterlassen hat, geeignete Anordnungen zu treffen, um bei dem Bruche einer Glasplatte deren alsbaldige Auswechselung gegen eine neue Platte sicherzustellen, so haftet er für allen dadurch verursachten Schaden. Als Folge dieser Säumigkeit kann aber nur ein Schaden angesehen werden, der dadurch entstanden ist, daß die Ausbesserung der schadhaft gewordenen Stelle der Glasabdeckung eine Zeitlang unterblieb. Von dem Augenblick an, in welchem die Ausbesserung in Angriff genommen wurde, war die Säumnis des Beklagten und sein darin liegendes Verschulden beendet. Wurde bei der Vornahme der Ausbesserungsarbeiten sachgemäß verfahren, so war die durch den Bruch der Glasplatte entstandene Gefahr beseitigt. Entstand dagegen infolge einer Unachtsamkeit bei der Ausführung der Ausbesserungsarbeiten ein Schaden, so ist dessen alleinige Ursache in dieser Fahrlässigkeit zu finden und ein ursächlicher Zusammenhang mit der Verzögerung der Inangriffnahme der Ausbesserung nicht gegeben. Der Beklagte war, wenn er die Ausbesserung der Glasabdeckung durch seinen eigenen Angestellten vornehmen ließ, auch zur Sorge dafür verpflichtet, daß während der Arbeiten und insbesondere in der Zwischenzeit zwischen der Herausnahme der alten und der Einsetzung der neuen Glasplatte die vorhandene Öffnung gehörig verwahrt und Dritte vor einem Hineintreten in das Loch geschützt wurden. Er brauchte die erforderlichen Schutzvorrichtungen nicht in Person zu treffen, mußte aber die erforderlichen Anordnungen erlassen und deren Befolgung gehörig überwachen.

b) **RG.** R. **13** Nr. 1452. Die Verpflichtung des Hauseigentümers, den zum gemeinschaftlichen Gebrauche der Mieter bestimmten Hausflur zum Schutze des dort stattfindenden Verkehrs in ordnungsmäßigem Zustande zu unterhalten, schließt auch die Verpflichtung ein, die durch den Verkehr verursachte Glätte zu beseitigen, sofern dadurch der Hausflur in einen verkehrsgefährlichen Zustand geraten ist. Letzteres ist allerdings noch nicht der Fall, wenn der Flur infolge des durch die ein- und ausgehenden Personen hereingebrachten Schnees und Schmutzes an einigen Stellen glatt oder schlüpfrig geworden ist, sondern setzt einen Zustand voraus, bei welchem der Flur auch bei Anwendung der zu verlangenden Vorsicht nicht ohne Gefahr begangen werden kann und sich insbesondere das Betreten glatter Stellen nicht vermeiden läßt. Wenn die Herstellung eines gefahrlosen Zuganges durch Streuen mit abstumpfendem Materiale nicht tunlich war, so hätte es der Anwendung anderer Mittel, etwa der Legung eines Läufers oder der Beseitigung des Schnees und Schmutzes bedurft.

c) **RG.** R. **13** Nr. 935. Auf dem Lande muß der Eigentümer einer Scheune

damit rechnen, daß Spielkameraden zu dem auf dem leicht und frei zugänglichen Heuboden beschäftigten Sohne kommen; es ist dies auch so lange vom Eigentümer als gestattet anzusehen, als nicht etwa ein direktes Verbot entgegensteht. Ihn trifft daher ein Verschulden, wenn er nicht für eine deutliche Sichtbarkeit der Bodenluke sorgt.

d) **RG.** R. **13** Nr. 2721. Findet in einem Hofraum, an welchem mehrere Mieter wohnen, ein öffentlicher Verkehr statt, so ist es für die Verkehrssicherungspflicht des Hausbesitzers gleichgültig, ob ein Teil des Hofes nur von einer Mietpartei benutzt wird; es kommt lediglich darauf an, ob er von im Hofe verkehrenden Personen betreten wird.

e) **RG.** SeuffA. **68** 271, JW. **13** 373, BayRpflZ. **13** 228, DJZ. **13** 465. Jeder Hauseigentümer ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß sein Grundstück und die in seinem Interesse hergestellten Anlagen dauernd sich in einem den sicherheitspolizeilichen Vorschriften entsprechenden Zustande befinden. Er muß daher auch Vorsorge treffen, daß er von dem Erlasse neuer polizeilicher Vorschriften, welche Änderungen an den Anlagen seines Grundstücks oder sonstige Maßnahmen erforderlich machen, rechtzeitig Kenntnis erlangt.

f) **RG.** R. **13** Nr. 675. Ein Hausbesitzer, der mitten in dem für den Verkehr bestimmten Bürgersteig einen Rost mit glatten Eisenstäben anbringt, handelt fahrlässig, wenn er bei der Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit erkennen muß, daß die bei Schneefall oder Frost erhöhte Glätte der Stäbe Fußgänger zu Fall bringen kann.

g) **RG.** JW. **13** 737. Pflicht des Hauswirts, für eine sichere Matte vor der Haustür zu sorgen. S. insbes. § 276 Ziff. V 10.

h) **RG.** R. **13** Nr. 2292. Wird in einem Hause ein Fahrstuhlschacht angelegt, so ist neben dem Bauunternehmer auch der Hausbesitzer dafür verantwortlich, daß durch die unverwahrte Öffnung keine Gefahr entsteht.

i) **RG.** R. **13** Nr. 1875. Der in einer anderen Stadt wohnende Eigentümer eines unbewohnten Hauses darf sich nicht der ihm obliegenden Verkehrssicherungspflicht für solche Teile des Grundstücks, auf denen ein von ihm eröffneter Verkehr stattfindet, ganz entschlagen.

k) **RG.** BayRpflZ. **13** 400. Haftung des Vermieters für den Schaden, den ein Mieter infolge eines Sturzes auf der sicherheitsgefährlichen Treppe des Miethauses erleidet. Kannte der Mieter den Zustand der Treppe schon vor seinem Einzuge, so besteht zwar kein Ersatzanspruch aus dem Vertrage (§§ 538, 539 BGB.), wohl aber aus der Verletzung der allgemeinen Verkehrspflicht (Deliktsanspruch).

l) R. **13** Nr. 2569 (Hamburg). Die Rechtsprechung hat im Verhältnisse zwischen dem Wirte und dessen Gästen angenommen, daß ersterer den letzteren gegenüber für ein sicheres Verweilen in den Gasträumen obligatorisch verantwortlich sei, und zwar deshalb, weil die Verpflichtung des Wirtes nicht lediglich in Verabreichung von Speisen und Getränken sich erschöpfe, sondern dem Wirte zugleich die Verpflichtung obliege, dem Gaste das Verweilen im Lokale während der angemessenen Zeit zu gewähren (**RG. 65** 14). Diese Erwägungen treffen aber auf das Verhältnis zwischen dem Ladengeschäftsinhaber und dem Kaufreflektanten nicht zu. Nach **RG. 78** 240 hat zwar das RG. den Ladeninhaber für schadensersatzpflichtig erklärt, als ein Käufer beim Vorlegen von Waren durch einen Angestellten verletzt war; aber da handelt es sich um bereits eingeleitete Vertragsverhandlungen. Im gegebenen Falle, wo der Käufer den Laden betrat und dabei stürzte, kann auch nicht einmal von Vertragsverhandlungen die Rede sein. Es kommen also nur die §§ 823 ff. BGB. in Betracht.

m) **RG.** R. **13** Nr. 1134. Dem Inhaber einer besuchten Restaurationswirtschaft ist es zum Verschulden anzurechnen, wenn er an einem Abend, an dem ein besonders

starker Verkehr stattfindet, bei eingetretener Winterglätte nach 8 Uhr abends nicht mehr die vereisten Stufen des Einganges zu seiner Wirtschaft mit abstumpfendem Materiale bestreuen bzw. die Wirksamkeit des früheren Streuens nachprüfen läßt.

n) **RG.** R. **13** Nr. 830. Stellt ein Gastwirt einem Vereine seine Privatzimmer zur Verfügung, so haftet er damit noch nicht auf Grund einer Verkehrseröffnung.

o) SeuffA. **68** 16 (Dresden). Keine Haftung des Gastwirts für Schäden aus dem Genusse der gereichten Speisen oder Getränke, wenn nicht ein Verschulden nachgewiesen wird.

p) **RG.** R. **13** Nr. 2412. Auch nach der Polizeistunde hat der Wirt durch Beleuchtung dafür zu sorgen, daß seine Gäste ungefährdet die Straße erreichen können.

q) SchlHolstAnz. **13** 203 (Kiel). Der Gastwirt, der durch die um 1 Uhr nachts erfolgte völlige Verdunkelung seines Restaurationszimmers mit genügender Deutlichkeit zum Ausdrucke bringt, daß er den Raum dem Verkehr entziehen will, braucht auf die Beleuchtung des durch diese Räume führenden Zuganges zur Saaltoilette und die Schließung der Kellertür nicht mehr acht zu haben.

r) **RG.** R. **13** Nr. 2722. Wer eine Lokalität dem Verkehr überläßt (Vermietung von Lagerschuppen), kann nicht für solche Beschädigung haftbar gemacht werden, die ganz außerhalb des Kreises derjenigen Benutzungsarten liegt, welche er der einzigen Person, der er ein Verfügungsrecht über die Räumlichkeit hat, freigegeben hat.

s) **RG.** R. **13** Nr. 3002. In außerordentlich verkehrsreichen großstädtischen Warenhäusern genügt zur Vermeidung von Unglücksfällen nicht die regelmäßige zweimal am Tage vorgenommene Säuberung von Treppen und Fußböden, sondern es muß dafür gesorgt werden, daß durch dafür bestellte Personen fortdauernd während der Verkehrsstunden die etwa zu Boden fallenden gefährlichen Gegenstände entfernt werden.

t) BadRpr. **13** 84 (Karlsruhe). Ein das Ausgleiten begünstigendes Wichsen des Parkettbodens eines Warenhauses stellt keine Fahrlässigkeit dar.

u) BadRpr. **13** 224 (Karlsruhe). Wer eine Stufe herabgeht, auch wenn er sie kennt, hat, wenn auch nur unbewußt, achtzugeben, wie hoch sie ist und daß er den Fuß richtig aufsetzt.

v) **RG.** BayRpflZ. **13** 476. Haftung für Schäden aus dem Betrieb eines Personenaufzugs.

13. Streupflicht (JDR. **11** § 823 Ziff. 10 d, **10** Ziff. 6 d, **9** Ziff. 8 d, **8** Ziff. 8 d, **7** Ziff. 7 d, **6** Ziff. 5 e, **5** Ziff. 7 f, **4** Ziff. 9 e, **3** Ziff. 9 c, **2** Ziff. 7 e, **1** Ziff. 9 f). S. a. § 276 Ziff. V 13.

a) **RG.** JW. **13** 91. Wo durch Polizeiverordnung die Streupflicht bei Winterglätte zulässig den Anliegern auferlegt ist, besteht eine solche für die Stadt nicht (Urt. des Sen. vom 14. Oktober 1911, VI. 141/11). Zudem hieße es die verkehrserforderliche Sorgfalt im Sinne des § 276 BGB. überspannen, wenn man eine Stadtgemeinde für verpflichtet halten wollte, auch die Fahrdämme uneingeschränkt überall da zu bestreuen, wo besondere Bürgersteige für die Fußgänger fehlen. Nur besondere Bedürfnisse des Verkehrs, die hier aber nicht festgestellt sind, können es unter Umständen rechtfertigen, daß auch der Fahrdamm strecken- und stellenweise, z. B. hinsichtlich gewisser Übergangsstreifen an Straßenkreuzungen, bestreut werden muß.

b) **RG.** JW. **13** 859. Zwar ist die Annahme, daß die Anlieger nur die ihnen zugekehrte Fahrdammhälfte bestreuen müssen, nicht nachzuprüfen, da sie auf Auslegung irrevisibler Polizeiverordnung beruht. Aber daraus folgt nicht, daß nun die Gemeinde schlechthin überall da die abgekehrte Fahrdammhälfte zu bestreuen habe, wo es an einem gegenüberwohnenden Anlieger fehlt. Vielmehr könnte man aus der Tatsache, daß die Streupflicht in der Gemeinde H. durch Polizeiverordnung geregelt ist, entnehmen, daß diese Regelung für den ganzen Gemeindebezirk er-

schöpfend sein soll und daß ein Bestreuen des Fahrdamms an unbewohnten, anliegerfreien Strecken nicht für verkehrserforderlich gehalten worden ist. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Fürsorge für Verkehrssicherheit würden übrigens im Sinne des § 276 BGB. weit überspannt, wollte man die Streupflicht allgemein auf Fahrdämme erstrecken. Nur, wo ein besonderes Bedürfnis es gebietet, kann unter Umständen von einer Gemeinde verlangt werden, daß auch der Fahrdamm strecken- und stellenweise, z. B. an belebten und unerläßlichen Übergängen, bestreut werde (Urt. des Sen. vom 13. Juni 1912, VI. 509/11). Bei kleinen ländlichen Gemeinden aber müssen die örtlichen Verhältnisse schon ganz besonders liegen, um eine so außerordentliche Streupflicht der Gemeinde zu rechtfertigen.

c) **RG.** JW. **13** 859. Wo durch Polizeiverordnung die Streupflicht bei Winterglätte den Anliegern auferlegt ist, besteht eine solche der Gemeinde überhaupt nicht (Urt. des Sen. vom 14. Oktober 1911, VI. 141/11, vom 21. Oktober 1912, VI. 144/12, JW. **13** 916). Daher kann, soweit die Streupflicht der Anlieger reicht, eine Schadensersatzpflicht der Gemeinde wegen unterlassenen Streuens auch nicht aus § 823 Abs. 1 BGB. hergeleitet werden.

d) **RG.** R. **13** Nr. 1132. Ist durch Polizeiverordnung den Anliegern Streupflicht auferlegt, so besteht für die Stadt eine solche nicht.

e) **RG.** JW. **13** 736. Streupflicht eines Wegeverbandes. Voraussetzung der Haftung ist, daß der Verband an der Unfallstelle überhaupt einen Verkehr eröffnet hat (**RG. 54** 57, JW. **07** 332, **RG.** 18. 10. 10, VI. 666/09).

f) PrVerwBl. **35** 110 (PrOVG.). Die observanzmäßige Pflicht zur Straßenreinigung umfaßt auch die Pflicht zum Bestreuen mit abstumpfenden Stoffen bei Eis- und Schneeglätte. OVG. läßt dahingestellt, ob der Ansicht des RG. beizutreten sei, daß die Streupflicht durch Polizeiverordnung begründet werden könne.

g) **RG.** R. **13** Nr. 1135. Eine allgemeine Anweisung an das Dienstpersonal, bei Eisglätte im Bedarfsfalle zu streuen, hat vielfach nur die Wirkung, daß sich ein jeder auf den andern verläßt und gar nichts geschieht; sie bietet daher keine Sicherheit, daß wirklich gestreut wird.

h) SächsOLG. **34** 143. Die Öffentlichkeit eines Weges legt der Gemeinde, in deren Flur er verläuft, zwar die Verpflichtung auf, ihn in einer den Verkehrsbedürfnissen entsprechenden Weise im Stande zu halten und für die Sicherheit des Verkehrs auf ihm zu sorgen. Der Umfang dieser Verpflichtung bestimmt sich aber nach den Verhältnissen des einzelnen Falles. Die Zweckbestimmung des Weges, der Gebrauch, der von ihm gemacht wird, seine Lage, die Größe der Ortschaft, zu der er gehört, haben im jeweiligen Falle den Maßstab dafür abzugeben, bis zu welchen Grenzen sich die Fürsorgepflicht der Gemeinde zu erstrecken hat.

i) **RG.** R. **13** Nr. 1870. Ist ein Unfall infolge der Eisglätte eines stark abfallenden Bürgersteiges entstanden, so kann der Beklagte nicht mit dem Einwande gehört werden, daß der Unfall weniger auf die Glätte als auf das starke Gefälle zurückzuführen sei. Denn es genügt zur Begründung der Haftpflicht des Beklagten, daß er durch die Nichtbeseitigung der Glätte eine der Bedingungen gesetzt hat, ohne welche der Unfall des Klägers nicht eingetreten wäre. Mag auch die Glätte nur in Verbindung mit dem Gefälle der Straße den Sturz des Klägers herbeigeführt haben, so war die Glätte doch immer von ursächlicher Bedeutung für den Unfall. Gerade weil nach den örtlichen Verhältnissen jede auch nur geringe Glätte besonders gefährlich war, mußte dort der Streupflicht mit um so größerer Sorgfalt genügt werden.

k) BadRpr. **13** 1 (Karlsruhe). Dem Streupflichtigen muß allgemein vom Eintritte der Glatteisbildung an eine angemessene Frist zur Ausführung des Streuens gelassen werden (**RG.** R. **11** Nr. 3462 u. 3648). Der Streupflichtige muß, wenn er eine andere Person mit dem Streuen beauftragt, seine Sorgfalt in der Auswahl

der bestellten Person nachweisen; ferner trifft ihn die nach § 823 zu beurteilende Pflicht der Aufsicht, wenn auch nicht jedes einzelnen Aktes der übertragenen Verrichtung, so doch eine allgemeine.

l) SchlHolstAnz. **13** 246 (Kiel). Verpflichtung der Gemeinde zum Bestreuen der Straße bei Glatteis.

14. Ersatzansprüche aus Betrieben und Anlagen (JDR. **11** § 833 Ziff. 10 f, **10** Ziff. 6 f, **9** Ziff. 8 g, **7** Ziff. 7 f, **6** Ziff. 5 h, **5** Ziff. 7 c, **4** Ziff. 9 h

a) Kommunalbetriebe. Kraft, PrVerwBl. **34** 497, erörtert die Schadensersatzpflicht, den Anspruch auf Beseitigung der Anlagen, Beseitigung der Ersatzpflicht durch Übertragung der Errichtung einer Anlage auf andere, Immissionen, Schadensersatz ohne Verschulden, Haftpflicht aus den Eisenbahngesellschaften usw., Vertragshaftung, Begriff des verfassungsmäßigen Vertreters.

b) Eisenbahnbetrieb.

α. *Coermann, EisenbE. **30** 14. Die Haftung der Eisenbahnen zerfällt in I. eine allgemeine, II. eine besondere der Reisenden und Absender. Erstere ist eine strafrechtliche (§§ 315 ff. StGB.), verwaltungsstrafrechtliche (§§ 53 ff. BetrO.) und eine bürgerlich-rechtliche (§ 823 BGB.). Die Sonderhaftung der Reisenden betrifft die Zahlungspflicht (Vertragsstrafe des § 16 EVO.), die Aufmerksamkeitspflicht, das Handgepäck. Der Absender haftet für die Beförderungsfähigkeit des Gutes, die Verpackung, Bezeichnung, die Vollständigkeit und Richtigkeit der Begleitpapiere, die rechtsmäßige Auflieferung und Abnahme.

β. v. Bezold, Haftung der Eisenbahn bei Beschädigung beweglicher Gegenstände durch Funkenflug, EisenbE. **30** 123.

γ. ElsLothJZ. **13** 203 (Colmar). Haftung des Eisenbahnunternehmers nach dem Gesetze vom 15. Juli 1845 in Elsaß-Lothringen.

δ. **RG.** JW. **13** 376. Die Verwendung einer nicht eingehend revidierten, vor kurzem öfter schadhaft gewordenen Lokomotive ist auch zum Nachschieben eines Schnellzugs fahrlässig.

c) Elektrische Bahnen.

α. **RG.** BayRpflZ. **13** 108, R. **13** Nr. 186. Hat eine Stadtgemeinde einer (Aktien-)Gesellschaft vertraglich das Recht eingeräumt, eine der Stadtgemeinde gehörende elektrische Straßenbahn wesentlich für Rechnung der Stadtgemeinde zu betreiben, den Betrieb aber innerhalb der gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen nach ihrem Ermessen zu führen, so ist für den Schaden, der durch die auf Glatteis zurückzuführende Entgleisung eines Straßenbahnwagens entstanden ist, die Stadtgemeinde verantwortlich, wenn sie ihre trotz der Übertragung des Betriebs an die Gesellschaft verbliebene Aufsichtspflicht nicht gehörig erfüllt hat.

β. **RG. 81** 216, JW. **13** 374, DJZ. **13** 409, R. **13** Nr. 673. Werden durch die aus der Schienenrückleitung einer behördlich genehmigten elektrischen Kleinbahn entweichenden elektrischen Ströme, die später von einem andern Unternehmer in den Straßenkörper verlegten Gasrohre gefährdet und beschädigt, so besteht eine Schadensersatzverpflichtung des Bahnunternehmers nicht, wenn ihm von dem Straßeneigentümer die Benutzung der Straße zum Kleinbahnbetriebe, ohne daß zugunsten etwaiger späterer Anlagen Dritter eine Einschränkung erfolgte, eingeräumt worden ist. Es besteht auch keine Verpflichtung des Straßenbahnunternehmers, den Betrieb mit Rücksicht auf ein von dem Straßeneigentümer später einem anderen eingeräumtes Benutzungsrecht einzuschränken oder abzuändern.

d) **RG.** R. **13** Nr. 2338. Bei den in einem Gewerbebetrieb aufgestellten Maschinen — Fleischwolf — genügen nicht solche Einrichtungen, daß eine Gefährdung der mit Bedienung der Maschinen beauftragten Arbeiter ausgeschlossen ist, sondern es müssen solche Schutzvorrichtungen getroffen werden, daß auch die anderen

im Betriebe beschäftigten Personen, bei denen mit einer Tätigkeit an der Maschine gerechnet werden kann, geschützt sind.

e) ElsLothJZ. 13 361 (Colmar). Verneinung der Haftung eines Unternehmers von Kanalisationsarbeiten im Hofe eines an einer städtischen Straße gelegenen Hauses für die Sicherheit des Verkehrs von Pferden in dem Hofe.

f) **RG.** EisenbE. **30** 65. Zeigen sich in einer Straßenanlage fortgesetzt von Zeit zu Zeit an verschiedenen Stellen verkehrgefährdende Mängel, so darf mit der Abhilfe nicht gewartet werden, bis mehrere Schäden zusammen zu beseitigen sind.

g) **RG.** JW. **13** 642. Die Ansicht, daß bei Pflasterarbeiten in kleinen Städten keine Sicherungsmaßnahmen gegen das Abspritzen von Steinsplittern ergriffen zu werden brauchen, ist in dieser Allgemeinheit bedenklich. Wie **RG.** (VI. 52/09) ausgesprochen hat, kommt es vielmehr auf Ort und Art des Behauens der Steine und die Beschaffenheit des Steinmaterials an, ob Vorkehrungen zum Schutze des Verkehrs, namentlich der Fußgänger, geboten sind. Es ist nicht dasselbe, ob die Arbeiten etwa mitten auf dem Fahrdamm vorgenommen werden, so daß der Fußgänger sich durch Benutzung des Bürgersteigs schützen und der Unternehmer hiermit rechnen kann, oder auf einem schmalen, kein Ausweichen zulassenden Bürgersteig; ob die Steine in der Hauptsache bereits zugerichtet und nur in die Erde einzulassen sind, oder ob sie auf der Straße zu ihrem besonderen Zwecke erst behauen werden müssen, ob wegen der Härte des Steines größerer Kraftaufwand nötig ist und Splitter häufig und mit Gewalt abspringen oder nicht.

h) Bauunternehmer.

α. **RG.** R. **13** Nr. 2867. Ein Bauunternehmer darf, ohne eine weitere Aufsicht betätigen zu müssen, alltägliche, regelmäßig vorkommende Arbeiten einschließlich der zum Schutze des Verkehrs erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen einem tüchtigen Polier überlassen.

β. **RG.** R. **13** Nr. 678. Der technische Leiter von Bauarbeiten hat den an seine Sorgfalt zu stellenden Anforderungen nicht schon dann genügt, wenn er keine verfehlten Maßnahmen angeordnet oder geduldet hat, sondern er hat auch dafür Sorge zu tragen, daß dies nicht von dritten Personen geschieht. Was er zu diesem Zwecke zu veranlassen hat, läßt sich nur nach Lage des Einzelfalls bestimmen.

γ. **RG.** R. **13** Nr. 2411. Nimmt ein Bauunternehmer auf einem Bahnhof Erd- und Ladearbeiten in der Nähe eines befahrenen Gleises vor, so liegen die die Sicherheit des Zugverkehrs betreffenden Sicherungsmaßregeln — mangels besonderer das Gegenteil rechtfertigender Umstände — der Bahnverwaltung ob.

i) **RG.** R. **13** Nr. 2069. Ist eine Straße in ausreichender Weise durch eine Sperrtafel als gesperrt bezeichnet, so brauchen im Hinblick auf den trotz der Erdarbeiten stattfindenden Straßenbahnverkehr keine weiteren Sicherungsmaßregeln zur Fernhaltung anderer Fuhrwerke von dieser Straßenseite getroffen zu werden.

k) **RG.** R. **13** Nr. 2416. Ist bei Arbeiten eine ständige Aufsicht erforderlich, so darf der Geschäftsherr dem aufsichtführenden Angestellten keine anderweitige Verrichtungen auftragen, die dessen vorübergehende Abwesenheit von den Arbeiten bedingen.

l) **RG.** LeipzZ. **13** 145. Haftung für Explosionen im Fabrikbetriebe. Zur Haftung erforderlich ist ein objektiv ordnungswidriger, fehlerhafter, mangelhafter Betrieb.

m) **RG.** R. **13** Nr. 3127. Der Eigentümer einer durch eine Stadt geführten, dem allgemeinen Gebrauche dienenden Wasserleitung ist wegen der aus einer Verunreinigung des Wassers drohenden öffentlichen Gefahr zur tunlichen Hintanhaltung solcher Verunreinigung verpflichtet.

n) **RG.** JW. **13** 197. Der Umfang der in versicherungspflichtigen Betrieben erforderlichen Sorgfalt erschöpft sich hinsichtlich der allgemeinen Betriebssicherheit

regelmäßig in der Beobachtung der Verhütungsvorschriften; die Nichtbeachtung bloßer Ratschläge ist nicht ohne weiteres Fahrlässigkeit.

o) Theaterunternehmen. **RG.** R. **13** Nr. 3242. Der Theaterunternehmer hat in angemessenen Grenzen für die Sicherheit der Theaterbesucher zu sorgen. Diese Verpflichtung bezieht sich nicht nur auf die ständige Einrichtung des Theaters, sondern auch auf die für die einzelnen Schaustellungen auf der Bühne gebrauchten Geräte und Vorrichtungen.

15. Beleuchtung (JDR. **11** § 823 Ziff. 10 c, **10** Ziff. 6 c, **9** Ziff. 8 c **8** Ziff. 7 c, **7** Ziff. 7 c).

a) SeuffA. **68** 398 (Dresden). Wer bei Abend nach Eintritt der Dunkelheit und Beginn der Straßenbeleuchtung auf dem Bürgersteig in einer großen Stadt dahingeht, hat nicht damit zu rechnen, daß auf dem Bürgersteig irgend welche Verkehrshemmnisse ihm entgegentreten möchten, er braucht deshalb, wenn schon er natürlich die gewöhnliche für den Verkehr gebotene Sorgfalt und Achtsamkeit auf seine Umgebung auch da zu beobachten hat, nicht mit besonderer Ängstlichkeit sein Augenmerk darauf zu richten, daß nicht etwa irgend etwas im Wege stehe oder liege, worüber er steigen oder woran er anstoßen könnte. Vielmehr kann er davon ausgehen, daß, wenn ausnahmsweise Verkehrshindernisse auf dem Bürgersteige vorhanden sein sollten, diese derart kenntlich gemacht seien, daß sie jeder Fußgänger wahrnehmen müsse.

b) **RG.** LeipzZ. **13** 145. Die nach allgemeinen Grundsätzen der Bahnverwaltung obliegende Fürsorge für den verkehrssicheren Zustand der zum Bahnhofe führenden, noch zum örtlichen Bereiche der Bahnanlage gehörenden und im Eigentum des Bahnunternehmers stehenden Zufahrtstraßen ergibt für den Beklagten die Pflicht zur Beleuchtung des Bahnhofsvorplatzes. Wenn die Erfüllung dieser Pflicht auch nicht schlechthin jede Gefahr beseitigen konnte, so war sie doch gegeben und geeignet, die Sicherheit der den Platz Überschreitenden zu erhöhen (**RG.** JW. **09** 135).

c) ElsLothJZ. **13** 206 (Colmar). Schadenshaftung einer Gemeinde für Unfälle infolge mangelhafter Beleuchtung der Straße. Keine Entschuldigung dadurch, daß die Gemeinde die Straßenbeleuchtung einer Elektrizitätsgesellschaft vertraglich übertragen hat. Es bestand gleichwohl eine Pflicht, die Gesellschaft hinsichtlich der Vertragsausführung zu überwachen. Vorliegende Haftpflicht bejaht.

d) **RG.** HessRspr. **14** 17. Pflicht der Gemeinden zur Straßenbeleuchtung (Beleuchtung einer Brückenanlage).

e) **RG.** LeipzZ. **13** 67. Kontrolle der Beleuchtung der Bahnhofszufuhrwege durch höhere Beamte.

16. Posthaftpflicht.

ElsLothJZ. **13** 1 (Colmar). Haftung der Post für Wertsachen.

17. Einzelne Fälle.

a) **RG.** JW. **13** 922. Verschulden des Arbeitgebers bei Nichtbeaufsichtigung des bei der Arbeit anwesenden Kindes einer Arbeitnehmerin. Das verletzte Kind hat das Verschulden seiner Mutter nicht zu vertreten, wenn der Vater Inhaber der elterlichen Gewalt ist.

b) RheinZ. **5** 135 (Colmar). Haftung einer Gemeinde für die Folgen des bei einer Übung der freiwilligen Feuerwehr durch Fahrlässigkeit von Vorgesetzten einem Feuerwehrmanne zugestoßenen Unfalls. Klagabweisung (els.-lothr. Recht).

c) **RG.** R. **13** Nr. 3130. Schreibt ein Regulativ der Regierungsbehörde vor, daß der Bezirksschornsteinfeger bauliche Mängel der Schornsteinanlage, falls ihnen vom Eigentümer nicht abgeholfen wird, der Ortspolizeibehörde anzuzeigen hat, so haftet er bei Unterlassung dieser Anzeige für einen durch den Mangel verursachten Unfall.

d) **RG.** R. **13** Nr. 2870. Einen Wegearbeiter, der in der Nähe von Masten einer

elektrischen Starkstromleitung das Ende eines auf der Erde liegenden Drahtes erfaßt, ohne sich zu vergewissern, ob das andere Ende mit der Leitung in Verbindung stehe, trifft eigenes Verschulden.

e) **RG.** R. **13** Nr. 1456. Die Aufstellung eines nicht durchaus einfachen Hausgerüstes durch einen nicht technisch vorgebildeten Gerüstbaupolier bedarf der Nachprüfung durch einen Fachtechniker.

f) **RG.** R. **13** Nr. 494. Ein Anspruch wegen böswillig unrichtiger Auskunftserteilung über die Dienstführung eines Angestellten kann nur auf unerlaubte Handlung, nicht auf Vertrag gestützt werden.

g) **RG.** R. **13** Nr. 1592. Wer einen Bietlustigen bei der Zwangsversteigerung durch das formlose Versprechen ihm sein Grundstück abzukaufen, vom Weiterbieten abhält, haftet nicht nur dem Schuldner, sondern auch einem dadurch geschädigten Hypothekengläubiger für den Ausfall; der Schaden des letzteren mußte nicht vorhersehbar sein, soweit § 270 PrStGB. gilt. Wenn § 823 BGB. auch für seinen Abs. 2 den Grundsatz des Verschuldens nicht aufgibt, so genügt doch für Abs. 2 eine schuldhafte Verletzung des Schutzgesetzes, während die Voraussicht oder Voraussehbarkeit des rechtsverletzenden Erfolges, entgegen dem Abs. 1 hier nicht in Frage kommt (JW. **04** 408, **09** 313, **10** 1003, **RG. 66** 255, R. **10** Nr. 3919).

h) R. **13** Nr. 1453 (Hamburg). Derjenige, der eine auf seinem Grundstücke lastende Grundgerechtigkeit (Verbot, auf dem Grundstücke ein Geschäft zu betreiben) verletzt, handelt nicht fahrlässig, wenn er auf Grund rechtsirrtümlicher Auslegung der die Servitut begründenden Vertragsklausel sich zu seinem Vorgehen berechtigt gehalten hat.

i) **RG.** R. **13** Nr. 677. Sind in einem Hause bei Niederlegung eines Nachbarhauses Risse hervorgetreten, so besteht nicht ohne weiteres eine Vermutung für ein Verschulden des Bauunternehmers; vielmehr verbleibt dem Geschädigten die Beweislast für ein solches Verschulden.

k) A u t o m o b i l e.

α. **RG.** EisenbE. **29** 448. Der Automobilbesitzer, der trotz Kenntnis von der Reparaturbedürftigkeit des Automobils den Chauffeur an einer schnellen Fahrt nicht hindert, haftet für eine Verletzung, die ein Mitfahrender durch Umwerfen des Automobils erleidet.

β. **RG.** R. **13** Nr. 1736. Muß ein Kraftfahrzeuglenker aus der Stellung eines Pferdes und dem Verhalten des Kutschers erkennen, daß die Möglichkeit des Scheuens vor dem Kraftfahrzeuge besteht, so muß er, wenn auch nicht halten, so doch so langsam fahren, daß er die geringsten Zeichen tatsächlich eintretender Unruhe bemerken kann.

l) F u h r w e r k.

α. **RG.** R. **13** Nr. 496. Ist ein Unfall durch Umkippen eines Wagens infolge Loslösens eines Wagensplintes und durch Herabfallen von losen Fässern verursacht, und ist der Beklagte für das Loslösen des Splintes nicht verantwortlich, so kommt es für die Frage des ursächlichen Verschuldens nur darauf an, ob die Nichtbefestigung der Fässer auch dann den Verkehr in einer für den Beklagten erkennbaren Weise gefährdete, wenn der Wagen nicht hätte umkippen können.

β. R. **13** Nr. 832 (Naumburg). Falsches Ausweichen eines ländlichen Geschirrführers, der von einem Kraftwagen plötzlich überholt wird, stellt nicht immer eine Fahrlässigkeit dar.

γ. **RG.** R. **13** Nr. 937. Den Fuhrmann, der eine durch ein Verkehrshindernis verengte Brücke im scharfen Trabe durchfährt, trifft ein Verschulden. Aber auch ein entgegenkommender Radfahrer handelt schuldhaft, wenn er es unternimmt, durch die von dem Wagen und dem Verkehrshindernisse geschaffene Enge zu fahren.

m) **RG.** SeuffBl. **13** 372, R. **13** Nr. 674. Ein Regimentskommandeur handelt nicht schuldhaft, wenn er die Auswahl der Krümperpferde einem Batteriechef überläßt und sich auf eine allgemeine Prüfung der getroffenen Auswahl beschränkt.

n) **RG.** R. **13** Nr. 2869. Wenn der Fahrgast beim Einsteigen in den Pferdeomnibus mit dem einen Fuß die Plattform erreicht hat und mit dem anderen Fuß noch auf dem Trittbrett steht, sich dabei mit der Hand an der die Plattform einfassenden Holzbrüstung festhaltend, so ist es nicht schuldhaft, wenn der Schaffner das Abfahrtzeichen gibt.

o) **RG.** R. **13** Nr. 3129. Im großstädtischen Verkehre muß jeder, der sich auf dem Fahrdamme bewegt, darauf achten, ob er in seiner Bahn auf keine Hindernisse stoße und sein Verhalten danach einrichten; er darf sich nicht im Vertrauen darauf, daß entgegenkommende Fuhrwerke, insbesondere schnellfahrende Kraftwagen die straßenpolizeilichen Bestimmungen genau beachten, der gehörigen Achtsamkeit entschlagen und sich so in eine gefährliche Lage begeben.

p) PrVerwBl. **34** 874 (PrOVG.). Wenn ein Jäger sein Gewehr in einer Schankwirtschaft geladen auf dem Rücken trägt, so ist darin eine große Unvorsichtigkeit in der Führung des Schießgewehrs zu erblicken. (Entziehung des Jagdscheins).

q) **RG.** R. **13** Nr. 676. Ein Jäger, der beim Laden sein Gewehr in der Richtung gegen ein Gehölz hält, obwohl er damit rechnen muß, daß sich in dem Gehölz Treiber befinden, handelt fahrlässig.

II. Abs. 2.

1. **RG.** **82** 189, LeipzZ. **13** 613, JW. **13** 862. Nach § 823 ist nicht jeder schadensersatzberechtigt, der durch die unerlaubte Handlung einen Schaden erleidet, sondern es beschränkt sich prinzipiell die Berechtigung zum Schadensersatze auf die Person des unmittelbar durch die unerlaubte Handlung Verletzten, im Falle des Abs. 2 desjenigen, zu dessen unmittelbarem Schutze das übertretene Schutzgesetz bestimmt ist. Ausnahmen gelten nach §§ 844 Abs. 2 und 845.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1136. Die Pflicht, ein Schutzgesetz zu befolgen, besteht nicht nur, wenn und solange dadurch jederzeit vollständiger Schutz geschaffen wird. Schutzgesetze beabsichtigen vielfach nicht, die Gefahr gänzlich zu beseitigen, weil dies nicht zu erreichen ist, sie wollen aber wenigstens die Sicherheit erhöhen. Wo dies, wenn auch nur für gewisse Zeit und in beschränktem Maße, erreicht und insoweit der Verkehr vor Unfällen gesichert werden kann, ist das Schutzgesetz zu befolgen.

3. SächsOLG. **34** 222. Eine behördliche Baubedingung ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2. Unter einem Gesetze kann nur eine dem objektiven Rechte angehörige Vorschrift verstanden werden, die ihre verbindliche Kraft aus der Autorität der sie erlassenden Rechtsquelle schöpft, nicht aber eine Bedingung, von deren Erfüllung eine öffentlich-rechtliche Genehmigung abhängig gemacht wird. Derartige Bedingungen werden oft dadurch verbindlich, daß derjenige, dem sie gestellt werden, sich ihnen unterwirft.

4. **RG.** R. **13** Nr. 2414. Daß die Übertretung des Schutzgesetzes nicht auf einem Verschulden beruhe, ist für gewöhnlich von demjenigen zu beweisen, dem die Übertretung zur Last fällt.

5. Einzelne Schutzgesetze (JDR. **11** u. frühere Jahrgänge).

a) Strafgesetzbuch.

α. § 288.

αα. *Becker, Die rechtlichen und sozialen Probleme des 1500-M.-Vertrags, GruchotsBeitr. **58** 1, 43. Der Geschäftsherr ist schadensersatzpflichtig auf Grund der §§ 823 Abs. 2, 830 BGB., § 288 StGB., wenn er bewußt an der Schiebung teilgenommen hat. Vgl. auch Becker bei §§ 117 Ziff. 4, 138 Ziff. 12c, 826 Ziff. 18c BGB., § 3 LohnBG., § 3 AnfG. Ziff. I 1 d u. e.

ββ. *Türk, KGBl. **13** 35—40, 45—50 (vgl. zu § 3 AnfG. zu II 1.).

β. **RG.** R. **13** Nr. 497. Die §§ 366 Ziff. 8 und 9, 367 Ziff. 14 RStGB. sind Schutzgesetze.

γ. **RG.** JW. **13** 33, BayRpflZ. **13** 20. Die Worte „und überhaupt an Orten,

an welchen Menschen verkehren" im § 367 Ziff. 12 setzen die Eröffnung eines öffentlichen Verkehrs nicht voraus: die Entsch. des IV. Straffen. des RG. vom 18. Juni 1889, GoltdA. **37** 203 führt aus: „Für die Frage, ob an einem Orte Menschen verkehren, ist weder eine nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Berechtigung der diesen Ort betretenden Menschen, noch die Zahl derselben oder die Häufigkeit des Betretens des Ortes maßgebend; denn das Gesetz bezeichnet den Ort nicht als einen solchen, an welchem bestimmte Menschen oder jeder zu verkehren das Recht hat, vielmehr genügt es zur Erfüllung des Begriffs des „Verkehrens", wenn tatsächlich Menschen in öfterer Wiederkehr den Ort betreten. Auch der unbefugte Verkehr ist, solange er vom Berechtigten geduldet und tatsächlich nicht gehindert wird, ein Verkehren im Sinne des Paragraphen, der eben nur die Verhütung einer Gefährdung jedes Menschen bezweckt". Der Schulhof war nun ein Ort, an dem mit Wissen der Beklagten bereits Menschen verkehrt hatten (die Gäste der Einweihungsfeier, die Lehrer und Schüler des ersten Schultags) und weiter verkehren sollten (Lehrer und Schüler im fortgesetzten Schulbetriebe); das Schulhaus war zu allgemeiner Besichtigung geöffnet gewesen, und von dieser Gelegenheit zur Besichtigung hatten Einheimische und Fremde den ausgiebigsten Gebrauch gemacht.

δ. **RG.** JW. **13** 33. Der Beklagte war als Unternehmer des an der Unfallstelle aufgeführten Baues nach § 367 Nr. 14 StGB. verpflichtet, die erforderlichen Sicherungsmaßregeln zu treffen, er mußte insbesondere gemäß § 367 Nr. 12 StGB. dafür Sorge tragen, daß der an einer öffentlichen Straße liegende Lichtschacht nicht dergestalt unverdeckt oder unverwahrt gelassen wurde, daß daraus Gefahr für andere entstehen konnte, und machte sich durch einen Verstoß gegen die genannten Vorschriften strafbar. Die Bestimmungen des § 367 Nr. 12, 14 StGB. stellen sich als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. dar, dessen Übertretung die Verpflichtung des Beklagten zum Ersatze des dadurch verursachten Schadens begründet. Allerdings setzt die Erhebung eines Schadensersatzanspruchs auf Grund des § 823 Abs. 2 BGB. stets ein Verschulden des Beschädigers voraus, das Vorliegen des Verstoßes gegen § 367 Nr. 12, 14 StGB. rechtfertigt indessen ohne weiteres die Annahme, daß dieser Verstoß auf einem Verschulden beruht, so daß dem Beklagten in dieser Beziehung der Gegenbeweis obliegt (JW. **09** 687 Nr. 12). Es entspricht einer allgemeinen, vom RG. in ständiger Rechtsprechung als berechtigt anerkannten Verkehrsanschauung, daß ein Bauunternehmer, ohne eine weitere Aufsicht betätigen zu müssen, alltägliche, regelmäßig vorkommende Arbeiten einschließlich der zum Schutze des Verkehrs erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen einem tüchtigen Polier überlassen darf (**RG. 59** 203, JW. **06** 378 Nr. 4, **10** 111 Nr. 12, WarnE. **08** Nr. 212).

b) Gewerbeordnung. **RG.** BayRpflZ. **13** 19. § 120 a GewO. ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2. Zusammentreffen mit § 618 BGB. s. oben § 618 Ziff. III 2.

c) **RG. 81** 269, JW. **13** 443. § 147 GenG. ist Schutzgesetz.

d) **RG.** R. **13** Nr. 3181. Ein Verstoß gegen die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften stellt zwar keinen Verstoß gegen ein Schutzgesetz dar, es ist darin aber regelmäßig eine strafrechtliche Fahrlässigkeit zu erblicken.

e) **RG.** R. **13** Nr. 2723. § 81 EisenbBetrO. vom 4. November 1904 (Verbot des Aufspringens und des Öffnens der Wagentüren während der Fahrt) ist ein Schutzgesetz zum Schutze der Insassen des Wagens.

f) **RG.** JW. **13** 863, R. **13** Nr. 1874. Eine (preußische) Polizeiverordnung, wonach zur Vermeidung einer Überlastung der Spritze dem Löschzug über Land ein Mannschaftswagen beizugeben ist, stellt ein Schutzgesetz dar. Kommt durch Aufsitzen auf die schlecht gefederte Spritze ein Feuerwehrmann zum Sturze,

so haftet ihm die Gemeinde nach §§ 31, 89 BGB. Daß der Brandmeister als Polizeiorgan die Mitfahrt, weil nötig, angeordnet hatte, ist belanglos.

g) **RG.** R. **13** Nr. 2413. Gesetze, welche für die Anlegung von Dämmen in einem Überschwemmungsgebiet eine obrigkeitliche Genehmigung vorschreiben, sind Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2, da sie bei dem Erfordernisse der Genehmigung den Schutz derjenigen im Auge haben, die an dem unbehinderten Abfluß des Hochwassers interessiert sind.

h) **RG.** R. **13** Nr. 3000. Es ist nicht schlechthin in Abrede zu stellen, daß auch Disziplinarvorschriften den Charakter von Schutzgesetzen nach § 823 Abs. 2 BGB. erhalten können, wenn aus ihrem Inhalt ersichtlich ist, daß sie über den engeren Rahmen der Beziehungen der Aufsichtsuntergebenen zur Aufsichtsbehörde hinausreichen und den einzelnen, zu deren Gunsten die Vorschrift lautet, einen Schutz im Rechtsverkehre gewähren wollen.

i) **RG.** BayRpflZ. **13** 442. Disziplinarordnung einer Universität als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2. Waffenverruf eines Studenten.

k) WürttJ. **25** 277 (Stuttgart). Baupolizeivorschriften als Schutzgesetze.

§ 824. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2724. Ist eine gegen einen anderen öffentlich erhobene Beschuldigung geeignet, den Kredit des anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für seinen Erwerb herbeizuführen, so greift, wenn die Beschuldigung nicht als wahr erwiesen wird, der § 824 nur dann nicht Platz, wenn festgestellt wird, daß die Unwahrheit der aufgestellten Behauptung dem Behauptenden unbekannt war und daß dieser oder das Publikum an der Mitteilung ein berechtigtes Interesse hatte.

2. SchlHolstAnz. **13** 281 (Kiel). Untersagung der Behauptung, daß der Kläger nach Amerika auswandern wolle. In der Aufstellung und Verbreitung dieser Behauptung liegt eine Kreditgefährdung.

3. **RG.** WarnE. **13** 427. Schutz des Wortes „Kompaß" für Titel von Publikationen, die finanzielle Angelegenheiten betreffen.

4. **RG.** R. **13** Nr. 3243. Auch eine zur Wahrnehmung berechtigter Interessen geeignete und bestimmte Äußerung kann unter Umständen gegen die guten Sitten verstoßen, so z. B. dann, wenn sie in gehässiger oder den Gegner persönlich herabwürdigender Weise lediglich den Zweck verfolgt, den Gegner zu ruinieren. Solchenfalls versagt der Schutz des § 824 Abs. 2 oder des § 193 StGB., und es kann sich aus der Sachlage eine Haftung nach § 826 ergeben.

5. GewRsch. **13** 41 (KG.). KG. wendet die vom RG. für das UnlWG. aufgestellten über Urteile als tatsächliche Behauptungen auch auf § 824 an.

§ 826. 1. *Hager. Die wider die guten Sitten verstoßende Schadenszufügung ist immer „rechtswidrig". Es liegt im § 826 ein Fall der sog. subjektiven Rechtswidrigkeit vor (101—105). Über die Rechtswidrigkeit einer Rechtsausübung entscheidet nur § 226; nie kann eine Rechtsausübung nach § 826 zu Schadensersatz verpflichten, weil sie gegen die guten Sitten verstößt (112—123).

2. a) **RG.** R. **13** Nr. 939. Für die Anwendung des § 826 kommt es nicht sowohl darauf an, daß der Täter sich bewußt gewesen ist, der Geschädigte müsse eine Vermögenseinbuße erleiden, als vielmehr darauf, ob er sich bewußt gewesen ist, daß der Geschädigte eine Vermögenseinbuße erleiden könne (**RG. 56** 73, JW. **06** 780 Nr. 48).

b) **RG.** R. **13** Nr. 3244. Haben mehrere zur Schadenszufügung mitgewirkt, so ist der nach § 826 erforderliche Vorsatz bezüglich des einzelnen Täters schon dann gegeben, wenn er bei seiner Beteiligung an der Schadensverursachung das Bewußtsein hatte, daß der andere Teil geschädigt werde. Seine Ersatzpflicht be-

schränkt sich nicht auf den Schaden in dem Umfange, den er selbst vorausgesehen hat.

c) **RG. 13** Nr. 3246. Daß der Handelnde sich bewußt sei, er verstoße durch sein Verhalten gegen die guten Sitten, ist im allgemeinen nicht zu erfordern.

3. WürttJ. **25** 274 (Stuttgart. Was die Störung eines „Rechtsguts" durch Verbreitung nicht erweislich wahrer Tatsachen betrifft, so ist die Unterlassungsklage hier auch gegeben, wenn ein Verschulden des Verbreiters nicht nachweisbar ist und wenn dieser sich bei den früheren Störungen in Wahrung berechtigter Interessen befunden hat.

4. **RG.** R. **13** Nr. 2073. Wenn ein Teil der gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungen im Inland, ein anderer Teil im Auslande vorgenommen ist, aber alle Handlungen durch ihr Zusammenwirken die Schädigung herbeigeführt haben und dazu erforderlich waren, so ist für die Frage, ob die Schädigung erlaubt ist und welche Rechtsfolgen sie nach sich zieht, sowohl das deutsche wie das ausländische Recht anwendbar.

5. **RG.** R. **13** Nr. 1138. Die irreführende Handlung braucht nicht unmittelbar gegenüber dem Geschädigten vorgenommen zu sein. Auch daraus, daß der Beklagte seine Äußerung nicht dem Kläger selbst gegenüber abgegeben hat, ist ein Bedenken gegen die Anwendung des § 826 BGB. nicht herzuleiten. Es genügt, wenn der Beklagte in dem Bewußtsein gehandelt hat, Z. werde die ihm gemachte Mitteilung an Dritte weitergeben, diese würden dadurch zum Beitritte zu dem Unternehmen bestimmt werden und infolgedessen möglicherweise Schaden erleiden. Die arglistige Absicht des Beklagten richtete sich alsdann gegen jeden Interessenten, dem seine Äußerung übermittelt wurde.

6. a) D i c k e l, Rechtsf. Heft 1, Erl. 119. Replica doli gegen Einwand der Minderjährigkeit.

b) Exceptio doli vgl. E c k st e i n zu § 138 Ziff. 1.

7. **RG. 82** 299, JW. **13** 987, LeipzZ. **13** 759. Es mag zuzugeben sein, daß unter gewissen, besonders gearteten Umständen die Anwendung des § 826 BGB. auch dann möglich ist, wenn das sittenwidrige Verhalten im Zusammenhange mit einem ohne Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgeschlossenen Vertrage steht (vgl. **RG. 72** 342). Hierbei ist aber zu beachten, daß die bloße Nichterfüllung eines wegen Verletzung der vorgeschriebenen Form der Rechtsgültigkeit entbehrenden Vertrags niemals ohne weiteres als ein Verstoß gegen § 826 BGB. angesehen werden kann. Denn sonst würde auf einem Umwege das gesetzgeberische Gebot, das für bestimmte Verträge und Vereinbarungen die Beobachtung einer bestimmten Form verlangt, vielfach geradezu bedeutungslos gemacht werden.

8. V e r l e i t u n g z u m V e r t r a g s b r u c h e.

a) **RG.** JW. **13** 866, SeuffBl. **13** 423. Wie in der Rechtsprechung (vgl. VI. 386/05, JW. **06** 465; 342/09, JW. **10** 705; 379/09, WarnE. **10** Nr. 183; 417/10, Urt. vom 12. April 1911; 66/11, **RG. 78** 14 bes. 17 ff.) stets grundsätzlich festgehalten worden ist, ist im Eingehen des den Konkurrenten schädigenden Vertrags mit dessen vertragsbrüchigem Vertragsgegner auch bei Kenntnis von dessen Vertragsbruch regelmäßig nicht ohne weiteres ein Verstoß gegen die guten Sitten zu finden; vielmehr ist ein solcher nur unter besonderen Umständen anzunehmen, so namentlich, wenn unlautere Mittel dazu angewendet worden sind, den Vertragsbruch herbeizuführen. Nicht minder können der Zweck, zu dem der Vertragsbruch bewirkt wird, die für den Geschädigten damit verbundenen Folgen oder sonstige begleitende Umstände das Verhalten desjenigen, der sich mit dem Vertragsbrüchigen eingelassen hat, als Verstoß gegen die guten Sitten erscheinen lassen. Dabei reicht es regelmäßig aus, wenn der Schädigende auch nur die bereits vorhandene Neigung des anderen zum Vertragsbruche sich zunutzen gemacht hat (VI. 417/10); aber auch

für eine Verleitung zum Vertragsbruche, zu dem die Initiative nicht vom Vertragsgegner des Geschädigten, sondern vom Konkurrenten ausgeht, gilt nichts besonderes.

b) **RG. 81** 86, JW. **13** 325, MSchutzuWettbew. **12** 408. Verleitung zum Vertragsbruche; Klage auf Unterlassung gegen den neuen Geschäftsherrn des fortengagierten Angestellten (s. u. UnlWG. § 1).

c) **RG.** R. **13** Nr. 2725. Bei der öffentlich erhobenen Beschuldigung des Vertragsbruchs kann der gemäß § 824 zu leistende Schadensersatz auch in der Weise gefordert werden, daß der Beklagte verurteilt werde, die Beschuldigung, Kläger habe sich des Vertragsbruchs schuldig gemacht, mittels einer entsprechenden Zeitungsbekanntmachung zurückzunehmen.

9. § 826 und die formelle Rechtskraft der Urteile; Ausnutzung der Rechtskraft (JDR. **11** Ziff. 4, **10** Ziff. 7, **9** Ziff. 6, **8** Ziff. 11, **7** Ziff. 9, **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 6).

a) **RG. 80** 153, JW. **13** 19. In der Geltendmachung eines einwandfrei erlangten rechtskräftigen Urteils kann an und für sich keine unsittliche Schadenszufügung gefunden werden (**RG. 67** 153; vgl. auch Stein, Anm. IX 2 zu § 322 ZPO.; Oertmann, Anm. 4 g zu § 826 BGB.); wollte aber ein Gläubiger, der wegen der Urteilsforderung befriedigt ist, trotzdem aus dem Urteile zur Zwangsvollstreckung schreiten, so kann der Schuldner im Wege des § 767 ZPO. die Befriedigung nachweisen, ohne daß es der Berufung auf den § 826 BGB. bedarf.

b) **RG.** GruchotsBeitr. **57** 722, LeipzZ. **13** 67. Schadensersatzanspruch wegen Erwirkung einer rechtskräftigen Entscheidung in sittenwidriger Weise.

c) SchlHolstAnz. **13** 13 (Kiel). Das Erschleichen eines Urteils liegt darin nicht, daß die Klage in Kenntnis einer dem Beklagten zustehenden Einrede erhoben und durchgeführt wird. — Der Tatbestand des § 826 kann in der Benutzung eines rechtskräftigen Urteils zur Zwangsvollstreckung nicht gefunden werden.

10. *Weides, Die zivilrechtliche Haftung der Zeitungen für falsche Nachrichten. (Paderborn 1913.) Bei der Frage nach der zivilrechtlichen Haftung der Zeitung für Falschmeldungen ist eine solche aus „unerlaubter Handlung" zu konstruieren. § 826 ist derjenige, der jede Ausübung der Rechte der Presse in die Grenzen des Anstandes zurückzudrängen vermag. Sehr wohl kann nämlich eine Falschmeldung einen gegen die guten Sitten verstoßenden Eingriff in fremde Rechtskreise enthalten. Nimmt man nur den Fall an, daß ein Redakteur usw. aus reiner Sensationslust die Schädigung von Personen durch falsche Nachrichten herbeiführt, so wäre der Tatbestand des § 826 zweifelsohne gegeben: denn der Redakteur — soweit natürlich eine hinsichtlich ihrer Gewissenhaftigkeit ernst zu nehmende Zeitung in Frage steht — macht sich das Vertrauen dieser Leute zunutze, er mißbraucht es, und darin liegt nach moralischen Durchschnittsanschauungen eine Verletzung der guten Sitten. In solchen Falschmeldungen läge eine schwere Überschreitung der Rechte, die man der Presse in „ihrer Freiheit" gegeben. Natürlich können außer § 826 auch die übrigen Paragraphen dieses Abschnitts in Betracht kommen. Man denke an § 823 Abs. 1 (Leben, Gesundheit). Nicht in Betracht kommt die Freiheit, und weder unter § 823 Abs. 1 noch unter § 823 Abs. 2 fällt die Ehre. Die geschäftliche Ehre ist im § 824 geschützt. Der Tatbestand des § 823 Abs. 2 kann vorliegen. Man denke u. a. an § 263 StGB.

11. § 826 im gewerblichen Lohnkampfe (JDR. **11** Ziff. 5, **10** Ziff. 10, **9** Ziff. 8, **8** Ziff. 13, **7** Ziff. 12, **6** Ziff. 11, **5** Ziff. 9, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 4).

a) α. *Melsbach 3 ff. Für den Begriff von Streik und Aussperrung ist wesentlich lediglich die Weigerung, Arbeit zu nehmen oder Arbeit zu geben. (18): Ob ein Arbeitverhältnis zwischen den Beteiligten bestanden hat, ob Streik und Aussperrung unter formell gültiger Lösung des Arbeitverhältnisses erfolgen, ob es sich um eine einzelne Person, um eine Mehrheit,

um eine relativ große Zahl der Beteiligten, ob es sich um gewerbliche Arbeiter oder sonstige Arbeitnehmer irgendwelcher Art, ob es sich um wirtschaftliche, politische, sozialpolitische, ideelle Werte handelt, ob die Arbeitweigerung eine dauernde oder vorübergehende (sei es bezüglich der nämlichen Kontrahenten, sei es überhaupt) sein soll, ob das Arbeitverhältnis nur unterbrochen oder beendet wird, ob Streik und Aussperrung mit einer Verrufserklärung verbunden sind oder nicht: das alles sind Momente des einzelnen Falles, die rechtlich von erheblicher, ja ausschlaggebender Bedeutung für dessen Beurteilung sein können, mit dem Begriffe von Streik und Aussperrung aber nichts zu tun haben.

β. *Melsbach 33/34 ff. Willkürliche Abeitweigerung. — Vertragsbruch. Wenn Streik und Aussperrung unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen und sozialen Hintergrundes des betreffenden Falles dem sittlichen Volksbewußtsein und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprechen, wenn sie weiter mit dem Bewußtsein oder gar der Absicht oder eventuellen Absicht der Schadenszufügung vorgenommen werden, dann sind sie unerlaubte Handlungen im Sinne von § 826: Ganz gleichgültig, ob eine Verletzung der speziellen Vertragspflichten mit ihnen Hand in Hand geht oder auch nicht. § 823 Abs. 1 u. 2 kommen dagegen nicht in Frage (29 ff.). (35/36): Sind Streik und Aussperrung im konkreten Falle deliktisch unrechtmäßig, so müssen sie auch als vertraglich unrechtmäßig gelten, bedeuten also deren Vertragsbruch unter Konkurrenz der Folgen der Vertragsverletzung mit denen der unerlaubten Handlung.

b) **RG.** JW. **13** 35. Das Berufungsgericht geht im Einklange mit der Rechtsprechung des RG. davon aus, daß der Boykott im wirtschaftlichen Kampfe kein unerlaubtes Mittel ist, sofern der dadurch erstrebte Zweck berechtigt ist, die Art seiner Durchführung sich in den Grenzen des Zulässigen hält und der durch den Boykott angerichtete Schaden, der nicht zur völligen Vernichtung des Gegners führen darf, in keinem Mißverhältnisse zu dem erstrebten Ziele steht. Der Vorderrichter gelangt von diesem Standpunkt aus zu dem Ergebnisse, daß der Zweck des Boykotts, soweit er darauf gerichtet war, die Meister zur Unterwerfung unter die Forderung der ausschließlichen Benutzung des Verbandsarbeiternachweises zu zwingen, sittenwidrig war. Dies kann nach dem festgestellten Sachverhalte nicht für rechtsirrig erachtet werden. Auch hier muß dasselbe gelten, was der erk. Sen. bereits in dem Urt. vom 13. Mai 1912 (Rep. VI. 357/11, WarnE. **12** Nr. 306) ausgesprochen hat, nämlich, daß es unerträglich und deshalb sittlich unerlaubt erscheint, wenn eine Gruppe einseitig Beteiligter es unternehmen dürfte, derartige bedeutungsvolle und weittragende Fragen der Wirtschafts- und Sozialpolitik vermöge der in ihre Hand gegebenen Machtmittel zum Schaden anderer Volksteile auf dem Wege des Zwanges und der Geschäftssperre gewaltsam zu lösen. Der Versuch der Beklagten, durch Androhung und Verhängung des Boykotts den Willen der Innungsmitglieder zu beugen, sie zur ausschließlichen Benutzung des Verbandsarbeiternachweises zu zwingen und damit zugleich eine erhebliche Machtverschiebung zugunsten der organisierten Arbeiterschaft herbeizuführen, ist daher mit Recht von dem Gerichte der Vorinstanz als Verstoß gegen die guten Sitten betrachtet worden. Es muß von demjenigen, der mittels Flugblätter oder Veröffentlichungen in der Presse einen Boykott begründet und dafür die Unterstützung weiterer Kreise anruft, verlangt werden, daß er, soweit es sich nicht um Streitfragen allgemeiner Natur oder um sonst dem Publikum bereits allgemein bekannte Verhältnisse handelt, den Sachverhalt wahrheitgemäß darlegt und diejenigen Personen, an welche er sich wendet, in die Lage setze, sich ein eigenes Urteil in der Sache zu bilden und ihr Verhalten danach einzurichten.

c) **RG.** JW. **13** 91, MSchutzuWettbew. **12** 480, HansGZ. **13** Beibl. 257. Der Boykott, der in den gewerblichen Kämpfen zwischen Unternehmern und Arbeitern

und auch bei der Austragung anderer Streitigkeiten (vgl. JW. **09** 109 Nr. 6 und **RG. 76** 35) nicht als ein schon an sich unzulässiges Kampfmittel anzusehen ist, bildet regelmäßig eine in das Erwerbsleben des Betroffenen tief eingreifende, ihn schwer schädigende Maßregel. Insbesondere trifft dies erfahrungsgemäß dann zu, wenn gegen einen Gewerbetreibenden, der in einem überwiegend von Arbeiterfamilien bewohnten Ort oder Ortsteil ein auf den Einzelverkauf an diese Bevölkerungskreise berechnetes Geschäft betreibt, der Boykott durch einen Arbeitnehmerverband verhängt wird und dabei durch die Presse und Flugblätter unter Anrufung des Gemeinsinns der Arbeiterschaft zur Beteiligung daran auch weite Bevölkerungskreise herangezogen werden, die an sich an dem Streite, der zu dem Boykott Anlaß gegeben, unbeteiligt sind. Wie nun dann, wenn Arbeitgeberverbände zur Wahrung berechtigter Interessen gegen einen Arbeiter einzuschreiten sich veranlaßt sehen, mit Recht von ihnen verlangt wird, daß sie zu Maßregeln, durch welche der Arbeiter besonders weitgehend und schwer geschädigt würde, dann nicht greifen, wenn dies bei gerechter Würdigung der Verhältnisse eine gegen die Billigkeit verstoßende Härte enthalten würde (vgl. **RG. 57** 418), so muß auch von den Arbeitnehmerverbänden gefordert werden, daß sie mit der Verhängung eines Boykotts der oben bezeichneten Art nicht willkürlich, ohne daß dazu im gegebenen Falle ein zureichender Anlaß vorliegt, vorgehen, daß sie diese besonders gefährliche Waffe nicht mißbrauchen. Das aber ist hier geschehen.

d) **RG.** GruchotsBeitr. **57** 845, BayRpflZ. **13** 127, JW. **13** 134. Verfolgung erlaubter Zwecke mit unerlaubten Mitteln. Boykott. Das Berufungsgericht übersieht, daß auch ein erlaubter Zweck mit unerlaubten Mitteln verfolgt werden kann, und daß schon die Verwendung unerlaubter Mittel, auch wenn diese einem an sich erlaubten Zwecke dienen, die Anwendbarkeit des § 826 BGB. zu rechtfertigen vermag. In dieser Hinsicht kommt im vorliegenden Falle in Betracht, daß der beklagte Verband, wenn es ihm an und für sich auch nicht verwehrt ist, möglichst viele Gewerbegenossen als Mitglieder zu gewinnen, doch andererseits kein Recht darauf hat, daß alle Gewerbegenossen und insbesondere auch die Kläger dem Verbande beitreten. Die bloße Tatsache, daß die Kläger sich weigern, die von ihnen geforderte Beitrittserklärung abzugeben, verleiht dem Beklagten nicht die Befugnis, mit unerlaubten Mitteln einen Druck auf die freie Willensentschließung der Kläger auszuüben, um sie auf diese Weise zum Beitritte zu zwingen. Die gänzliche Unterbindung jeglichen Geschäftsverkehrs der Kläger durch die von dem Beklagten in einer ganz ungewöhnlichen Häufung angewendete Arbeiter-, Lieferanten- und Kundensperre kann an und für sich als ein zulässiges Mittel im gewerblichen Konkurrenzkampfe nicht angesehen werden, zumal wenn diese Häufung von „Druckmitteln" dahin führt, den wirtschaftlichen Ruin der Kläger herbeizuführen, wie diese behauptet haben. In dieser Hinsicht ist an den in ständiger Rechtsprechung des RG. (vgl. schon für das frühere Recht **RG. 28** 238, insbes. 246 und vom 24. Juni 1891 „D. über das Kartellwesen" 2. Teil Anlage 50, ferner **RG. 56** 271) ausgesprochenen Grundsätzen festzuhalten, die übrigens nicht bloß in bezug auf Kartelle, sondern auch bei sonstigen wirtschaftlichen Kämpfen zur Anwendung gebracht sind (vgl. z. B. **RG. 60** 94, insbes. 104, **64** 155, insbes. 158, JW. **08** 38 Nr. 14, **11** 43 Nr. 30; ferner die Urt. des erk. Sen. vom 17. September 1908, VI. 423/07; vom 13. Mai 1912, VI. 357/11 und endlich **RG.** [Straff.] **34** 15). Danach sind als unerlaubte, d. h. gegen die guten Sitten verstoßende Mittel im wirtschaftlichen Wettkampfe solche Maßnahmen zu bezeichnen, die entweder an sich und ohne Rücksicht auf ihren Erfolg sittenwidrig sind oder die in ihrem Erfolge dahin zielen, die wirtschaftliche Vernichtung des Gegners herbeizuführen, oder die derart schwere Schädigungen desselben bewirken, daß die dadurch herbeigeführten Nachteile in keinem Verhältnisse zu den dadurch erreichten Vorteilen stehen. (Fall des Verbandes der Mäntelfabrikanten.)

e) **RG.** JW. **13** 145. Nur eine solche Untersagung, die den ganzen Gewerbebetrieb unmöglich macht, löst die Entschädigungspflicht aus (§ 51 GewO.).

f) **RG.** JW. **13** 146, MSchutzuWettbew. **12** 413. Zulässigkeit von Arbeitseinstellungen im Gegensatze zu Boykott, Aussperrungen u. dgl. Die Arbeitseinstellung auf Grund gemeinschaftlicher Verabredung ist, falls sie nicht unter Verletzung vertraglicher Verpflichtungen der Arbeiter erfolgt, grundsätzlich nicht unerlaubt, da eine Verabredung zur gleichzeitigen Ausübung des jedem Teilnehmer zustehenden Rechtes zur Niederlegung der Arbeit weder durch besondere Gesetzesvorschriften verboten ist, noch an und für sich einen Verstoß gegen Vorschriften des BGB. enthält. Eine gemeinschaftliche Arbeitniederlegung wird allerdings regelmäßig einen Schaden für den Arbeitgeber zur Folge haben.

g) LeipzZ. **13** 569, R. **13** Nr. 679 (Colmar). Die Vereinbarung der deutschen Flugzeugfabrikanten, in ihren Betrieben innerhalb einer bestimmten Zeit einen von einem solchen Fabrikanten entlassenen Angestellten ohne Genehmigung seines früheren Arbeitgebers nicht zu beschäftigen, verstößt nicht gegen die guten Sitten. Verweigert dieser die Genehmigung und verursacht er dadurch, daß sein früherer Angestellter im Geschäftsgebiete der deutschen Flugzeugfabrikanten keine Beschäftigung findet, so erwächst diesem daraus kein Schadensersatzanspruch gegen den früheren Arbeitgeber.

h) **RG.** R. **13** Nr. 2726. In den heutigen wirtschaftlichen Kämpfen sind allerdings weder der Boykott, noch die ihm verwandte Sperre und Aussperrung schlechthin für unzulässig anzusehen. Jedoch muß derjenige, der ein derartiges, meist zu einer empfindlichen Schädigung des Gegners führendes Kampfmittel benutzt, gewissenhaft prüfen, ob die tatsächliche Grundlage seines Vergehens auf Wahrheit beruht (JW. **12** 749 Nr. 14).

i) **RG.** MSchuWettbew. **12** 285, R. **13** Nr. 346. Darin, daß Krankenkassen zur Verringerung ihrer Ausgaben ihre Kassenärzte anweisen, statt der wortgeschützten teuren Heilmittel möglichst die im Handel erschienenen Ersatzmittel zu verschreiben, und daß dabei diese Ersatzmittel als gleichwertig bezeichnet werden, liegt kein Verstoß gegen § 824 oder § 826 BGB. oder § 14 WarenZG. Unzulässig ist aber die Anweisung an die Kassenärzte, die verschriebenen Ersatzmittel mit dem Namen des geschützten Mittels zu bezeichnen, und die entsprechende Anweisung an die Apotheker auf diese Bezeichnung nur die Ersatzmittel zu verabfolgen.

k) **RG.** R. **13** Nr. 1877. Konventionswidriger inländischer Absatz zunächst ins Ausland verbrachter Ware unter Täuschung der Vertragsgenossen und Ausnutzung ihres ungetreuen Unterpersonals fällt unter § 826.

l) SächsOLG. **34** 137. Aussperrung eines Arbeiters. Die Aussperrung erzeugt Schadensersatzanspruch nur bei einem Verstoße gegen § 826. Schadensersatzpflicht vorliegend verneint.

m) RheinARB. **31** 70 (AG. u. LG. Cöln). Schadensersatz wegen ungerechtfertigter Aussperrung.

n) **RG. 81** 3, JW. **13** 201. Tarifvertrag und Schädigung durch Werkstattsperre.

o) Garvens, HansGZ. **13** Beibl. 209, gibt eine Übersicht über die Entscheidungen aus dem Gebiete des wirtschaftlichen Interessenkampfes.

12. Lesser, JW. **12** 1135 u. **13** 297/298. Das Anfechtungsgesetz als Spezialgesetz schließt die Anwendbarkeit des § 826 BGB. aus. So übereinstimmend **RG. 74** 225 ff.

13. **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 404, HansGZ. **13** Hptbl. 1. Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist noch nicht darin zu finden, daß jemand Kenntnisse, die er als Angestellter im Geschäft eines anderen erworben hat, später für sich verwendet, dies auch dann, wenn es sich um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis handelt. Eine abweichende Beurteilung ist aber dann veranlaßt, wenn der Beklagte sich die

zum Verständnis und zur Verwertung der Erfindung erforderlichen Kenntnisse u. a. dadurch verschaffte, daß er während des Dienstverhältnisses heimlich und gegen den Willen des Dienstherrn Zeichnungen (einer Maschine) für seinen Gebrauch anfertigte.

14. § 826 und Warenzeichengesetz. a) **RG.** R. **13** Nr. 839. Ein Gewerbetreibender verstößt gegen § 826, wenn er die nicht geschützte Warenbezeichnung eines anderen Gewerbetreibenden beim Vertriebe seiner gleichartigen Ware in denselben Absatzgebieten verwendet, und zwar in Kenntnis dessen, daß in den in Betracht kommenden Verkehrskreisen unter jener Bezeichnung die Ware des anderen verstanden wird, und in der Absicht, auf diese Weise den anderen aus seinem bisherigen Absatzgebiete zu verdrängen. Unerheblich ist, ob er im übrigen seiner Ware eine andere Ausstattung gibt.

b) **RG.** R. **13** Nr. 2572. Wer ein ihm formell zustehendes Recht (Benutzung eines eingetragenen Warenzeichens) ausübt, kann sich dadurch trotzdem einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 826 BGB. schuldig machen, wenn die Ausübung des formellen Rechtes in einer gegen die guten Sitten verstoßenden, namentlich illoyalen Weise erfolgt.

c) **RG.** R. **13** Nr. 2727. Ist ein Warenzeichen in unlauterer Weise, insbesondere unter Verletzung eines an sich schutzlosen Bezeichnungsbesitzes eingetragen worden, so kann aus § 826 die Löschung verlangt werden, vorausgesetzt allerdings, daß die Eintragung in der Absicht bewirkt ist, das Publikum irrezuleiten, es in den Glauben zu versetzen, das Zeichen schütze eine bekannte und eingeführte Ware.

d) **RG.** R. **13** Nr. 2571. Für die Frage, ob die Benutzung eines Warenzeichens einen Verstoß gegen § 826 BGB. darstellt, kommt es nicht darauf an, ob der Täter lediglich die Absicht gehabt hat, Verwechselungen seiner Ware mit der Ware anderer Gewerbetreibenden herbeizuführen. Ein Verstoß gegen die guten Sitten kann vielmehr sehr wohl auch dann vorliegen, wenn der Täter außer jener Täuschungsabsicht noch andere Zwecke verfolgt hat (**RG. 58** 216, **62** 138).

e) **RG.** MschuWettbew. **12** 655, R. **13** Nr. 2193. Der Anspruch auf Löschung eines Warenzeichens als Schadensersatzanspruch setzt voraus, daß gerade durch die Eintragung des Zeichens des Beklagten oder durch das Bestehen dieses Eintrags für den Kläger ein Schaden entstanden ist, der gemäß § 249 BGB. durch Löschung wieder beseitigt werden soll.

f) SächsRpflA. **13** 416 (Dresden). Das Umschlagbild der Wochenschrift „Die Woche", die Zahl „7" und die Bezeichnung „Die Woche" sind gegen Verwendung seitens anderer Personen, auch für Bezeichnung für andere Waren geschützt; anderweitige Verwendung verstößt gegen § 826.

g) **RG.** MschutzuWettbew. **12** 412. Löschung eines Warenzeichens, weil die Eintragung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erlangt ist.

15. Gebrauchsmuster. SächsOLG. **34** 120. Schadensersatz wegen Verletzung an Gebrauchsmustern.

16. Schutz gewerblicher Rechte. **RG.** JW. **13** 1106, R. **13** Nr. 2294. Auch außerhalb des Gebiets der gewerblichen Schutzrechte ist die schrankenlose Ausnutzung fremder Gedanken und Arbeiten nicht unbedingt zulässig. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn der Veranstalter einer Submission das ihm von einem Bewerber übergebene Muster den übrigen Konkurrenten in dem Bewußtsein, den ersteren zu schädigen, zugänglich macht (**RG. 73** 296).

17. Fuld, GewRsch. **13** 11. § 826 kommt für den Schutz von Zeichnungen in Frage. Nachahmung von Werkzeichnungen kann unter § 826 fallen. Vgl. UnlW. §§ 1 u. 18.

18. Der sog. 1500-M.-Vertrag. a) *Striemer, JW. **13** 182—188. Verstößt der Dienstvertrag, durch den ein Angestellter 1500 M. Gehalt für sich,

ein Plus für Angehörige vereinbart, gegen die guten Sitten? Manche halten schon das für sittenwidrig, daß ein Gesetz vereitelt wird (indem das Gehaltsplus unpfändbar werde). Aber Gesetz und gute Sitten decken sich nicht immer. So steht auch das Gesetz von 1877, daß nur 1500 M. Gehalt unpfändbar seien, nicht mehr im Einklange mit den modernen sozialen und Sittenanschauungen; denn der Geldwert ist seit 1877 gesunken, die Lebensbedürfnisse sind gestiegen, 1500 M. für den Unterhalt einer Familie sind meist ungenügend. Das Gesetz muß daher unbeachtet bleiben bei der Frage: was fordern die guten Sitten? Diese fordern aber, daß wir zuerst für den standesgemäßen Unterhalt unserer Familie — d. h. in der Regel für mehr als 1500 M. — und erst demnächst für die Befriedigung der Gläubiger sorgen. Daher ist der sog. 1500-M.-Vertrag meist nicht sittenwidrig. Bezweckt er aber Luxusausgaben usw., so wird er sittenwidrig und macht alle dabei Beteiligten, insbesondere den kolludierenden Chef schadensersatzpflichtig (§ 826 BGB.). Nichtig wird der Vertrag aber auch dann nicht, wenn man der Judikatur des RG. über die guten Sitten folgt.

b) Riedinger, JW. **13** 1161. Fiduziarische Natur von Geschäftsverschiebungen und 1500-M.-Verträgen vgl. § 771 ZPO.

c) Zum 1500-M.-Vertrag vgl. Kohler, LeipzZ. **13** 641; Becker, ebd. 645; Stolzenthaler, ebd. 650; OLG. Augsburg LeipzZ. **13** 712.

d) **RG. 81** 41, R. **13** Nr. 1593. Zuwendung des an sich pfändbaren Lohnteils des Ehemanns an die Ehefrau in der Art, daß diese unmittelbare Vertragsgläubigerin wird, verstößt nicht schon deshalb wider Gesetz und gute Sitten, weil dadurch die Gläubiger benachteiligt werden. Anders, wenn der so zugewiesene Betrag unverhältnismäßig hoch ist.

e) PosMSchr. **13** 18 (LG. Posen). Ein sog. 1500-M.-Vertrag ist als gegen § 826 verstoßend erklärt. Schadensersatzpflicht ist begründet.

f) **RG.** LeipzZ. **13** 79. Gegen die guten Sitten verstößt eine Vereinbarung nicht, wenn der Gesamtbetrag der gewährten Vergütungen nicht das Maß dessen übersteigt, was zum Unterhalte des Dienstverpflichteten und seiner Familie bei einer bescheidenen, dem Stande des Dienstverpflichteten entsprechenden Lebensführung erforderlich ist.

g) RheinA. **110** I 186 (Cöln). Nach Lage der Sache ist ein 1500-M.-Vertrag für gegen § 826 verstoßend erklärt worden. Vgl. OLG. Düsseldorf ebd. 226.

19. Einzelne Fälle.

a) **RG.** JW. **13** 489. Die Ausnutzung der Lage zum eigenen Vorteile verstößt noch nicht notwendig gegen die guten Sitten.

b) **RG.** R. **13** Nr. 3003. Falsche Angaben über die Eigenschaften eines verkauften Gutes sind belanglos, wenn sich der Käufer nicht durch diese Angaben, sondern durch seinen eigenen Augenschein leiten ließ.

c) **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 417. Über die Verletzung der vertraglich ausbedungenen Schweigepflicht über Fabrikationsgeheimnisse, wenn diese Pflicht einem Techniker oder Betriebsbeamten auferlegt ist. Verleitung zum Vertragsbruche.

d) α. **RG.** JW. **13** 431. Eine Auskunft über einen früheren Angestellten verstößt nicht schon dann gegen die guten Sitten, wenn der frühere Geschäftsherr erklärt, der Betreffende sei bei strenger Kontrolle ein brauchbarer Mensch, und eine einmalige, vorübergehenden schlechten Einflüssen entsprungene Verfehlung nicht angibt.

β. **RG.** R. **13** Nr. 3247. In einer lediglich fahrlässig falschen Auskunfterteilung ist nur unter besonderen Umständen, so insbesondere dann, wenn der Auskunft um der Berufsstellung des Erteilenden willen — Zeugnis eines Prinzipals — ein besonderes Ansehen beigemessen wird, und nur bei einer besonders zu qualifizierenden Fahrlässigkeit ein Verstoß gegen die guten Sitten zu finden. Gegen

das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt nicht jedes der erforderlichen Sorgfalt entbehrende, leichtfertige Urteil: regelmäßig dann erst, wenn es gewissenlos genannt zu werden verdient, wird man von einem Verstoß gegen die guten Sitten sprechen können. Diesen Vorwurf wird derjenige verdienen, der, wo er berufen ist, ein für die Existenzinteressen eines andern entscheidendes Urteil abzugeben, ohne sachlich eindringende Prüfung, weiter aber auch ohne ausreichendes Verantwortlichkeitsgefühl und ohne billig denkendes Mitempfinden für die Geschicke anderer urteilt und sein Urteil äußert.

e) **RG.** R. **13** Nr. 2072. Warnungen vor einem früheren Theaterdirektor wegen unsittlichen Verkehrs mit seinem weiblichen Personal sind nicht schon deshalb gegenstandslos, weil der Betroffene derzeit keine Direktorstelle mehr einnimmt.

f) Sicherungsübereignung. α. **RG.** BankA. **13** 100. Tritt eine notleidende Firma ihr ganzes gegenwärtiges und einstiges Vermögen an eine Bank derart zur Sicherheit ab, daß die Bank weiteren Kredit gewährt, ihr dafür eine Kontrolle über alle Ein- und Ausgänge der Firma eingeräumt wird, so haftet die Bank, wenn dieser Vertrag Dritten gegenüber geheim gehalten werden soll, und Dritte nun in dem irrigen Glauben, eine zahlungsfähige Firma vor sich zu haben, dieser Firma Lieferungen auf Kredit machen, dieser Dritte nach § 826 für den Ausfall, den sie erleiden, wenn die Firma in Konkurs gerät.

β. HansGZ. **13** Beibl. 193 (Hamburg). Verstoß eines Sicherungsvertrags gegen § 826. Ob ein solcher Verstoß vorliegt, ist nur an der Hand des Einzelfalls zu entscheiden. Vorliegend verneint.

g) R. **13** Nr. 1457 (Hamburg). Ein Ehemann, der nach der Scheidung Vermögensstücke veräußert, lediglich zu dem Zwecke, sich seinen Verpflichtungen aus der durch die Scheidung aufgelösten Gütergemeinschaft zu entziehen, handelt gegen die guten Sitten und ist schadensersatzpflichtig, soweit er dadurch seine frühere Ehefrau schädigt. Auch der Erwerber, der an diesem Vorgehen des Mannes in gleicher Absicht teilnimmt, macht sich schadensersatzpflichtig.

h) **RG.** R. **13** Nr. 2573. Die bloße Geltendmachung der aus einer zwingenden Gesetzesvorschrift folgenden Nichtigkeit eines Vertrags stellt nicht einen Verstoß gegen Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten dar.

i) **RG.** R. **13** Nr. 1739. Planmäßiges Anlocken der Lieferanten zur Beteiligung an einem Neubaue mit nachträglicher Eigentumsschiebung zur eigenen gewinnbringenden Verwertung unter Ausfall der Lieferanten verstößt wider die guten Sitten.

k) R. **13** Nr. 1594 (Augsburg). Wer sich wissentlich mit Geld bezahlen läßt, das gerade zum Zwecke dieser Zahlung einem Dritten herausgeschwindelt wurde, haftet dem Geschädigten auf diesen Betrag neben dem Betrüger.

l) **RG.** R. **13** Nr. 1596. Es wird daran festgehalten, daß Abkommen auf sog. Submissionsschutz nur dann nichtig sind, wenn damit ungebührlich hohe Preise erzielt werden sollen.

m) **RG.** R. **13** Nr. 1137. Wer entgegen seiner eigenen Ansicht eine Geschäftslage günstig hinstellt, kann wegen arglistiger Schädigung auch dann haften, wenn er näheren Einblick in das Geschäft nicht hatte.

n) LeipzZ. **13** 250 (Colmar). Schadensersatzpflicht, wenn jemand in Kenntnis der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners für diesen Waren bestellt.

o) BayRpflZ. **13** 205 (Augsburg). Nachlaß einer Ehefrau gegen § 826, wenn sie in Kenntnis der Vermögenslosigkeit ihres Ehemanns sich an einem Restgeschäfte beteiligt, aus welchem der Mann Vorteile zieht, ohne seine Verbindlichkeiten erfüllen zu können.

p) **RG.** BayRpflZ. **13** 207, MschuWettbew. **12** 511, R. **13** Nr. 1595. Es be-

steht kein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß eine Klage abzuweisen ist, wenn der Kläger zur Begründung seine eigene Unehrlichkeit darlegen muß.

q) SächsRpflA. **13** 349 (Dresden). Kein Verstoß gegen § 826, wenn ein Rechtsanwalt, der sich ein Sonderhonorar ausbedungen hat, bei Übertragung der Sache an einen auswärtigen Kollegen diesen unter Verschweigung der Honorarvereinbarung veranlaßt, den Streitwert besonders niedrig anzusetzen.

r) NaumburgAK. **13** 47 (LG. Naumburg). Schadensersatzanspruch gegen den Urheber eines Beleidigungsprozesses, Einklagung der im Privatklageverfahren entstandenen Kosten. — Klagabweisung.

s) **RG. 80** 385. Mißbrauch des Rechtes auf Abänderung eines Gesellschaftsvertrags (G. m. b. H.) kann gegen § 826 verstoßen.

t) **RG.** R. **13** Nr. 3245. Das negative Interesse kann bei arglistiger Täuschung auch in Vertragsverhältnissen sich mit dem Unterschied zwischen Täuschung und Wirklichkeit decken.

§ 829. *Simon. 1. Die Haftung nach § 829 beruht nicht auf einem besonderen Haftungsprinzipe — dem der Veranlassung, der „konkreten Billigkeit", der Gefährdung, des Einstehens für Äußerungen der abnormen Individualität — sondern auf dem Prinzipe der Culpahaftung. Das Moment der Zurechnungsfähigkeit ist nicht notwendiges Begriffsmerkmal des „Verschuldens". Es gibt ein Quasi-Verschulden Unzurechnungsfähiger. Die Schuldformen sind der „Quasi-Vorsatz" und die „Quasi-Fahrlässigkeit", letztere bestimmt sich nach individuellen Merkmalen wie im Strafrechte. § 829 ist auf § 254 in der Weise anwendbar, daß bei quasi-culposer Mitverursachung durch den beschädigten Unzurechnungsfähigen dessen Ersatzanspruch billigkeitsgemäß gekürzt wird. Entsprechendes gilt für die Haftung wegen (quasi) verschuldeten Notstandes (§ 228 Satz 2). Dagegen findet § 829 keine Anwendung bei der Tierhalterhaftung, bei den deliktischen Culpahaftungen mit umgekehrter Beweislast, in allen Fällen, wo § 276 zugrunde liegt usw. Das Billigkeitsmoment ist nicht haftungbegründend, sondern -begrenzend. Darum keine nachträgliche Abänderung des Billigkeitsurteils, wie Schwartz will. Im Falle fraudulöser Verschiebung der maßgeblichen Vermögensverhältnisse zwischen Tat und Urteil (Anfechtung mangels vollstreckbaren Titels ausgeschlossen!) hilft § 162 BGB.

2. HessRspr. **13** 339 (Darmstadt). § 829 findet nur Anwendung, wenn die Verantwortlichkeit des Täters nach §§ 827, 828 ausgeschlossen sein würde.

§ 830. 1. **RG.** BayRpflZ. **13** 443, R. **13** Nr. 2415. Hat eine Frauensperson in längeren Zeitabständen mit mehreren syphilitisch erkrankten Männern geschlechtlich verkehrt und ist sie dann selbst an Syphilis erkrankt, so ist § 830 nicht anwendbar.

2. **RG.** WarnE. **13** 429. Ist eine Frauensperson, die mit verschiedenen Männern geschlechtlich verkehrt hat, syphilitisch erkrankt, so kann sie nicht einen der Männer auf Schadensersatz belangen, wenn sich nicht feststellen läßt, durch wen die Ansteckung erfolgt ist. Der § 830 liegt hier nicht vor. Anders vielleicht, wenn mehrere mit der gleichen Frauensperson in derselben Nacht in demselben Wohnraume geschlechtlich verkehrt haben.

3. ElsLothZ. **13** 432 (Colmar). Verunreinigung eines Wasserlaufs. Haftung jedes einzelnen Betriebsunternehmers, der zu der Verunreinigung beigetragen hat, auf Ersatz des vollen, dem Fischereiberechtigten usw. entstehenden Schadens.

4. **RG.** R. **13** Nr. 3248. Es ist nicht erforderlich, daß jeder Mittäter bei allen Phasen der unerlaubten Handlung mitgewirkt hat; auch ist gleichgültig, wieviel er zum schädigenden Erfolge beigetragen hat, wenn er nur irgendwie zur Ausführung der gemeinschaftlich gewollten Tat mittätig geworden ist; im übrigen erbringt der gemeinschaftliche Wille die gemeinschaftliche Verursachung (**RG. 58** 359; GruchotsBeitr **51** 994).

5. *Runkel, Die außervertragliche Haftung des Luftschiffers (74 ff.). Betreffs der Haftung des Luftschiffers für den Schaden, den die Zuschauer an der Landungsstelle anrichten, vgl. zu § 831 Ziff. 1.

§ 831. 1. *Runkel. Der Luftschiffer haftet für den Schaden, den die Zuschauer an der Landungsstelle und in deren Umgebung anrichten, nach § 831, nicht nach § 830 Abs. 2, sofern die Zuschauer auf Verlangen des Luftschiffers oder mit dessen ausdrücklicher oder stillschweigender Billigung in seinem Interesse tätig geworden sind. Für den Schaden, den andere müßige Zuschauer anrichten, haftet er regelmäßig nicht. Falls sich aber nicht ermitteln läßt, welchen Schaden die müßigen Zuschauer und welchen der Luftschiffer selbst oder seine Hilfsmannschaften angerichtet haben, kann der Luftschiffer nach § 830 Abs. 1 Satz 2 gleichwohl, und zwar nach § 421 sogar als Gesamtschuldner zum vollen Ersatze herangezogen werden. Im Innenverhältnisse steht ihm dann nach § 426 ein Rückgriff gegen die müßigen Zuschauer zu.

2. Martin erörtert die Frage der Haftbarkeit des Staates nach § 831 an der Hand der Rechtsprechung des RG. (HambR.).

3. HessRspr. **13** 291 (LG. Mainz). Für die Haftung des Dienstherrn aus § 831 genügt die objektiv widerrechtliche Schadenszufügung. Auswahl eines Chauffeurs.

4. Stellung als Geschäftsherr (JDR. **11** Ziff. 7, **10** Ziff. 8).

a) **RG.** LeipzZ. **13** 146, R. **13** Nr. 195. Dem Besteller kommt die Stellung eines Geschäftsherrn im Sinne von § 831 BGB. nur dann zu, wenn er die erforderlichen Weisungen zu erteilen und der Bestellte diesen folge zu leisten hat, wenn also eine Abhängigkeit des Bestellten vom Willen des Bestellers besteht, nicht aber dann, wenn der Bestellte die Arbeit auf Grund eigener Sachkunde und nach eigenem Ermessen zu leisten hat.

b) BadRpr. **13** 230 (Karlsruhe). Zu einer Verrichtung bestellt im Sinne des § 831 ist jeder, dem von einem anderen, von dessen Weisung er mehr oder minder abhängig ist, eine Tätigkeit übertragen worden ist; ein rechtsgeschäftlicher Akt der Übertragung ist dagegen durchaus nicht erforderlich und ebensowenig Geschäftsfähigkeit des Bestellten.

5. Personenkreis.

a) ElsLothJZ. **13** 29 (Colmar). Keine Haftung der Gemeinde für Feuerwehroffiziere, da diese nicht von der Gemeinde zu einer Verrichtung bestellt sind (els.-lothr. R.).

b) **RG.** JW. **13** 203, EisenbE. **29** 350. Haftung des Postfiskus für den Postillon (Autohalter). Einfluß der fahrplanmäßigen Zeit auf die Geschwindigkeit des Autos.

c) HansGZ. **13** Hptbl. 221 (Hamburg). Über die Stellung des Zwangslotsen.

6. **RG.** JW. **13** 327. Die Haftung des Geschäftsherrn tritt nur wegen eines Schadens, den der Bestellte in Ausführung einer Verrichtung dem Dritten zufügt, ein, nicht auch wegen eines bloß bei Gelegenheit der Verrichtung verursachten Schadens. Es genügt, daß die Schädigung in den Kreis der Maßnahmen fällt, welche die Ausführung der Verrichtung darstellen (**RG. 73** 437).

7. **RG.** ElsLothJZ. **13** 140, R. **13** Nr. 194. Wenn ein Chauffeur auf einer ihm aufgetragenen Fahrt Personen mitfahren läßt, um ihnen ein Vergnügen zu bereiten, so ist ein unterwegs verursachter Unfall ihnen in Ausführung einer dem Chauffeur aufgetragenen Verrichtung zugefügt.

8. **RG.** SeuffA. **68** 385, JW. **13** 737. Ein Verein haftet auch für die Handlungen einer von seinem Vergnügungsausschusse zur Abbrennung eines Feuerwerkes angestellten Person. Ist die Person ungeeignet und konnte der Verein dies erkennen, so haftet er auch aus eigenem Verschulden gemäß § 823 BGB.

9. Überwachungspflicht.

a) RG. R. 13 Nr. 840. Hat der Wirt in einer kleinen ländlichen Gastwirtschaft seiner etwas flatterhaften jugendlichen Tochter die Beseitigung einer Bierlache in einem frisch geölten Gastzimmer aufgetragen, so kann ihm die besondere Überwachung dieses Auftrags sehr wohl zugemutet werden.

b) RG. R. 13 Nr. 2076. Der Satz, daß ein Fabrikant, wenn er einem Monteur eine Arbeit überträgt, betreffs der Beschaffung der Geräte sich auf diesen verlassen dürfe, ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend; die Frage, ob er das tun dürfe, kann immer nur nach den besonderen Umständen des Falles, insbesondere unter Berücksichtigung der Art der Arbeit einerseits und der Persönlichkeit des Monteurs andererseits beurteilt werden.

c) HansGZ. 13 Beibl. 73 (Hamburg). Eine zu einer ganz selbständigen Ausführung von Arbeiten betraute Person fällt nicht unter § 831. — Wer lediglich Werkzeug eines anderen ist, ist nicht von ihm zu einer Verrichtung bestellt. Der Geschäftsherr hat die Verpflichtung, die Arbeit des von ihm Bestellten zu überwachen, namentlich wenn es sich um außergewöhnliche, Dritte gefährdende Verrichtungen handelt.

d) RG. R. 13 Nr. 841. Unklarheiten in den Überwachungsanordnungen gehen zu Lasten des Geschäftsherrn.

e) RG. R. 13 Nr. 2296. Auch ein die Aufsicht über das Telegraphen- und Telephonnetz führender Telegraphenbauführer bedarf der Überwachung seiner Dienstführung.

10. RG. R. 13 Nr. 500. Ist der Angestellte wegen Trunkgeneigtheit ungeeignet, so ist es unerheblich, ob er etwa zur Unfallszeit nicht angetrunken gewesen ist.

11. SchlHolstAnz. 13 105 (Kiel). Verhältnis des § 831 zum § 4 BinnenSchG.

12. RG. LeipzZ. 13 68. Im Rahmen des § 2 HaftpflG. ist der Entlastungsbeweis des § 831 nicht zugelassen.

13. Beweis und Gegenbeweis (JDR. 11 § 831 Ziff. 10, 10 Ziff. 15 und frühere Zitate).

a) RG. R. 13 Nr. 941. Für die Beurteilung, ob bei der Auswahl einer Aufsichtsperson die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet ist, kommt es auf die Art der Verrichtungen an, deren Ausführung geleitet oder überwacht werden soll. Dabei ist aber auch auf das Maß von Selbständigkeit Rücksicht zu nehmen, das der Aufsichtsperson eingeräumt ist.

b) RG. R. 13 Nr. 942. Der dem Geschäftsherrn nach § 831 Abs. 1 Satz 2 zu stehende Entlastungsbeweis kommt ihm nur dann zustatten, wenn er der mit der Verrichtung beauftragten Person nicht bestimmte Anweisungen erteilt hat. Ist dies der Fall, so hat er, wenn diese Anweisungen mangelhaft und unvollständig sind und der verkehrserforderlichen Sorgfalt nicht entsprechen, selbst die Verantwortung zu tragen.

c) RG. JW. 13 919. Bei großen Unternehmungen, wo der Geschäftsherr die Auswahl der niederen Angestellten vielfach den Angestellten höherer Ordnung übertragen muß, ist der Entlastungsbeweis aus § 831 auf diese letzteren Personen zu richten (RG. 6. 3. 1911, VI. 435/10). Aber dadurch allein kann der Entlastungsbeweis noch nicht erbracht werden. Hinzukommen muß, daß auch solche Einrichtungen und allgemeine Anordnungen bestehen, nach denen die Angestellten in dem ihnen zugewiesenen Wirkungskreise zu verfahren haben. Denn erst dadurch werden die Ausgewählten, die sonst nach eigenem Willen walten und schalten könnten und ihrem eigenen Tun überlassen wären, zu sorgfältig Angestellten, daß sie an die Betriebseinrichtungen des Geschäftsherrn gebunden werden und die zur Betriebsführung erlassenen Anordnungen zu befolgen haben.

d) PosMSchr. 13 92 (Posen). Machen der Umfang eines großen industriellen

Betriebs oder einer sonstigen großen Verwaltung oder andere persönliche Hindernisse dem Geschäftsherrn selbst die Auswahl eines niederen Angestellten unmöglich und muß diese daher einem hohen Angestellten übertragen werden, so richtet sich der Sorgfaltsbeweis des Geschäftsherrn zunächst auf die Person des von ihm selbst ausgewählten höheren Angestellten. — Der Geschäftsherr muß beweisen, daß der Bestellte die erforderlichen Eigenschaften zur Zeit der Schadenszufügung noch hatte (**RG. 53** 57).

e) **RG.** R. **13** Nr. 3005. Wenngleich ein langjähriges Verbleiben des Angestellten in derselben Stelle und der Umstand, daß der Geschäftsherr ihn später wieder annimmt, zu der Vermutung hinleiten, daß der Geschäftsherr mit ihm zufrieden war, so wird doch hierdurch der im § 831 Satz 2 geforderte Beweis nicht ersetzt. Nicht nur können andere Gründe, Gutmütigkeit, persönliche Verpflichtung, Leutenot u. dgl. den Geschäftsherrn bestimmt haben, den Angestellten trotz seiner Mängel zu behalten und wieder einzustellen. Es beweist auch die Zufriedenheit des Dienstherrn mit dem Angestellten jedenfalls dann nichts für dessen Tauglichkeit, wenn, wie es hier festgestellt ist, der Dienstherr selbst in der für die Verlässigkeit des Angestellten erheblichen Beziehungen laxen Anschauungen gehuldigt und die Unregelmäßigkeiten seiner Leute geduldet hat.

f) **RG.** R. **13** Nr. 1880. Stürzt ein Passant in eine im Bürgersteige befindliche Kelleröffnung, weil der mit der Reparatur der Glasabdeckung betraute Hausknecht die Öffnung kurze Zeit unverwahrt gelassen hat, so hat sich der dem Hausbesitzer obliegende Entschuldigungsbeweis nicht nur darauf zu erstrecken, daß der Angestellte vermöge seiner Kenntnisse und Tüchtigkeit zur Ausführung von Glaserarbeiten an Glasabdeckungen geeignet war, sondern auch darauf, daß er die erforderliche Umsicht und Zuverlässigkeit besaß, um ihm die Anwendung der während der Arbeiten erforderlichen Sicherungsmaßregeln zum Schutze des Verkehrs ohne ständige Aufsicht überlassen zu können. Weiter ist aber auch der Nachweis erforderlich, daß er ihm die Verwahrung der Öffnungen besonders zur Pflicht gemacht und über die zu treffenden Sicherungsmaßregeln genaue Anweisungen gegeben hat.

g) **RG.** R. **13** Nr. 499. Es verstößt gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wenn ein Dienstherr einen früheren Angestellten nach vierjähriger Pause wieder in Dienst nimmt, ohne sich vorher über seine Zuverlässigkeit zu erkundigen.

h) **RG.** R. **13** Nr. 3006. Für die Frage, ob auch ein zuverlässiger Kutscher das Überfahren eines Kindes nicht hätte abwenden können, kommt nicht nur das Verhalten des Kutschers unmittelbar beim Unfalle (schnelles Anhalten der Pferde, Bremsen) in Betracht, sondern vor allem auch der Umstand, daß ein achtsamer Fuhrmann das ihm entgegenkommende Kind vom ersten Ansichtigwerden an im Auge behält und nach dem Verhalten des Kindes sein Verhalten einrichtet.

i) SächsRpflA. **13** 424 (Dresden). Verschärfung des Entlastungsbeweises nach § 831 beim Vorliegen früherer dem Geschäftsherrn bekannter Pflichtwidrigkeiten.

k) **RG.** R. **13** Nr. 1139. Die vom Fiskus über den Angestellten geführten Personalakten sind ein zulässiges Beweismittel.

l) **RG.** EisenbE. **29** 305 f. JDR. **11** § 831 Ziff. 10 f. (280).

m) **RG.** ElsLothJZ. **13** 139 f. JDR. **13** § 831 Ziff. 10 l.

14. Einzelne Fälle.

a) **RG.** R. **13** Nr. 2574. Hat sich der Fuhrknecht längere Zeit einwandfrei geführt, insbesondere keinen besonderen Anlaß gegeben, an seiner Wahrhaftigkeit zu zweifeln, so ist dem Dienstherrn nicht verwehrt, bei einem Unfalle seiner Sachdarstellung Glauben zu schenken; in dem Unterlassen weiterer Erhebungen kann daher nicht ohne weiteres ein Verschulden gefunden werden.

b) **RG.** JW. **13** 23. Haftung eines Warenhauses für die Verkehrssicherheit. Von einem im Betriebe von Warenhäusern erfahrenen Geschäfts-

führer oder sonstigen Angestellten darf erwartet werden, daß er auch die für die körperliche Sicherheit des daselbst verkehrenden Publikums gebotene Rücksicht zu nehmen und weiter auch zu ermessen weiß, was an unvorsichtiger Gebarung von Besuchern eines solchen Warenhauses zu gewärtigen ist. Für die danach zu treffenden Einrichtungen und Maßnahmen eine unmittelbare Fürsorge der satzungsmäßigen Vertreter der Gesellschaft zu fordern, erscheint mindestens insoweit nicht geboten, als es sich um so einfache Einrichtungen und so naheliegende Maßnahmen handelt wie im vorliegenden Falle. Das dem Bedüfrnis Entsprechende vorzukehren, durfte dem Personale der Zweigniederlassung, im besonderen dem Geschäftsführer, überlassen werden, es sei denn, daß die Gesellschaft in der Person ihrer satzungsmäßigen Vertreter von bestehenden Mißständen und weiter davon erfuhr, der Geschäftsführer lasse es an geeigneten Maßnahmen fehlen. Hiernach wird es auf den beklagterseits angebotenen Entlastungsbeweis nach § 831 ankommen.

c) Auswahl eines Chauffeurs.

α. WürttRpflZ. **13** 268, R. **13** Nr. 2074 (Stuttgart). Es ist die Pflicht des Automobilhalters, sich von den Leistungen und der Zuverlässigkeit eines von ihm angestellten 19 jährigen Chauffeurs zu überzeugen und über sein Verhalten und die Art und Weise seines Fahrens draußen auf den Landstraßen und Ortschaften Erkundigungen einzuziehen. Der Besitz der vorgelegten Zeugnisse, wonach er als Mechaniker ein tüchtiger Arbeiter und als Chauffeur vom 11. November 1911 bis 8. Januar 1912 tätig gewesen ist und durch Eifer und Fleiß und gutes Betragen sich die Zufriedenheit seines Arbeitgebers erworben hat, sowie seines Führerscheins genügen nicht, um dem 19 Jahre alten Menschen die Führung eines Kraftwagens mit Grund anzuvertrauen.

β. **RG.** R. **13** Nr. 3131. Der aus § 831 in Anspruch genommene Kraftfahrzeughalter, dessen Chauffeur infolge Versagens der Fußbremse einen Unfall verursacht hat, hat nicht lediglich zu beweisen, daß die Fußbremse in Ordnung gewesen sei, sondern vielmehr, daß sie nach dem Stande der damaligen Technik allen Anforderungen, wie sie an die Bremsvorrichtung eines im Straßenverkehre mit großer Geschwindigkeit fahrenden und häufig zu sofortiger Verlangsamung oder raschem Halten genötigten Fahrzeuge gestellt werden müssen, entsprochen habe.

γ. **RG.** LeipzZ. **13** 378, R. **13** Nr. 842. Hat der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft einen Chauffeur mit einer Geschäftsfahrt beauftragt, so haftet für diesen die Gesellschaft nach § 831. Um eine Geschäftsfahrt handelt es sich auch dann, wenn unterwegs aus Gefälligkeit Personen aufgenommen werden. Trifft den Gesellschafter in der Auswahl des Chauffeurs ein Verschulden, so hat hierfür die Gesellschaft nach § 126 HGB. und der andere Gesellschafter nach § 128 HGB. einzustehen.

δ. **RG.** ElsLothJZ. **13** 140, R. **13** Nr. 193. Hat der Geschäftsherr (Besitzer eines Automobils) seinem Chauffeur die gemessene Weisung erteilt, vom Bestimmungsorte seiner Fahrt nach Erledigung seines Auftrags sofort zurückzukehren, so gehört eine eigenmächtige Ausdehnung der Fahrt in der Regel nicht zur Ausführung der aufgetragenen Verrichtung.

ε. R. **13** Nr. 2075 (Stuttgart). Der Chauffeur muß, wenn er sieht, daß bei einem ihm entgegenkommenden Fuhrwerke der Lenker absteigt und das Pferd am Kopfe führt, damit rechnen, daß das Pferd noch im letzten Augenblick in unmittelbarer Nähe des Kraftwagens einen Seitensprung machen kann, und sich darauf einrichten, um einen Unfall zu vermeiden.

d) Auswahl eines Kutschers.

α. **RG.** R. **13** Nr. 680. Nicht bezüglich jeder Abweichung des Kutschers von der ihm erteilten Weisung ist eine Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 begründet. Es ist im wesentlichen nach den Umständen des betreffenden Falles zu beurteilen,

in welchem Umfange nach oder trotz der gegebenen Anweisung in dem vom Angestellten beobachteten Verhalten eine der Ausführung der Verrichtung zuzuzählende Maßnahme noch zu finden ist.

β. **RG.** R. **13** Nr. 2871. Wer einen Kutscher ohne Zeugnisse anstellt, kann sich nicht damit allein entlasten, daß während einer fünfmonatigen bisherigen Dienstzeit kein Verstoß wahrgenommen wurde.

§ 832. **RG.** R. **13** Nr. 501. Von einem normal erzogenen, genügend gewarnten $12^1/_2$ jährigen Sohne braucht der Vater nicht zu erwarten, daß er die vom Vater in sein Zimmer mitgenommene Windbüchse während des Mittagsschlafs heimlich herausholen wird.

§ 833. I. Abs. 1.

1. Begriff des Tierhalters (JDR. **11** Ziff. 2, **10** Ziff. 5 u. frühere Zitate).

a) *v. Rottenburg. Derjenige, dem ein Tier zuläuft, wird dessen Halter, wenn er es sich aneignet oder nicht nur ganz vorübergehend für sich verwendet. Nimmt er es nur für den Berechtigten in Verwahrung, so ist er nicht Halter. Der frühere Halter bleibt dann Halter, wenn die Gewalt ihm nur vorübergehend entzogen war; er wird es wieder, wenn er das Tier von dem zur Rückgabe bereiten neuen Gewalthaber zurückfordert; denn sein „beherrschendes“ Interesse — und auf dieses kommt es an — wird dadurch wieder wirksam.

b) **RG.** JW. **13** 431, FrankfRundsch. **47** 101. Eine Stadtgemeinde wird nicht Tierhalterin der Hunde, die sie bei bestehender Hundesperre einfangen läßt. Tierhalter bleibt vielmehr, jedenfalls solange nicht wegen Tollwutverdachts die Tötung des Hundes polizeilich angeordnet worden ist, der Eigentümer des Hundes auch für die Zeit, in welcher der Hund in amtliche Verwahrung genommen ist.

c) **RG.** JW. **13** 431, FrankfRundsch. **47** 101. Wenn der Eigentümer eines Hundes diesen einem anderen in Verwahrung gibt, so bleibt er der Tierhalter, auch wenn der andere den Hund nebenher zu Wachzwecken benutzt.

2. Roth, JW. **13** 69, untersucht die Frage, inwieweit der wandlungsberechtigte Käufer die Folgen seiner Tierhalterhaftung auf den Verkäufer abwälzen kann.

3. Kausalzusammenhang (JDR. **11** Ziff. 3, **10** Ziff. 6).

a) **RG. 80** 237, JW. **13** 93, DJZ. **13** 98. Die Infektion, die durch das Beschnüffeln eines drusekranken Pferdes erfolgt, ist keine durch das Tier zugefügte Beschädigung im Sinne des § 833.

b) **RG.** R. **13** Nr. 3132. Ist jemand durch ein durchgehendes Fuhrwerk verletzt, so ist es für die Anwendung des § 833 gleichgültig, ob die Verletzung durch das eine oder das andere Pferd oder den Wagen beigebracht ist. In jedem Falle ist der Schaden durch eines der Tiere des Beklagten oder auch durch beide gemeinschaftlich verursacht. Dies wäre selbst dann der Fall, wenn nur ein Pferd durchgegangen und seinerseits das andere „mitgerissen“ hätte und wenn man für diesen Fall annehmen wollte, daß es alsdann bei dem mitgerissenen Pferde an einer selbsttätigen, der tierischen Natur entsprechenden Bewegung fehlen würde. In diesem Falle wäre nämlich der Körper des mitgerissenen Tieres lediglich Werkzeug gewesen, durch welches das andere Tier den Schaden verursacht hätte. Es würde sich also ebenso wie in dem Falle, daß die Klägerin unter den Wagen gekommen sein sollte (**RG. 50** 221), um eine mittelbare Verletzung derselben durch das zuerst durchgegangene Tier handeln.

c) BadRpr. **13** 69 u. 166 (Karlsruhe). Erforderlich ist, daß ein der tierischen Natur entspringendes selbsttätiges, willkürliches Verhalten vorliegt, das die Verletzung verursacht hat. Auszuscheiden sind die Fälle, in denen das Tier dem Willen und der Leitung eines Menschen gehorchte oder wo das Tier als bloß mechanisches Werkzeug wirkte oder wo die Größe, Masse oder das Gewicht eines Tieres Menschen

oder Sachen beschädigt, z. B. wenn ein Pferd stürzt und dabei auf einen Menschen fällt. Gleiches muß gelten, wenn das Tier sich vollständig passiv verhält, z. B. wenn ein Eisenbahnzug durch Überfahren von Kühen zum Entgleisen gebracht wird (vgl. R. **08** Nr. 69, **06** 1317).

d) **RG.** JW. **13** 431, FrankfRundsch. **47** 101. Ein die Tierhalterhaftung begründendes willkürliches Tun des Hundes liegt auch dann vor, wenn der Hund beim Zubeißen unter dem Einflusse der mit unwiderstehlicher Kraft plötzlich zum Ausbruch gekommenen Tollwutkrankheit gestanden hat.

e) **RG.** R. **13** Nr. 3134. Das Scheuen von Pferden infolge plötzlichen Niederfallens eines Papierdrachens beruht nicht auf unwiderstehlicher Gewalt.

f) SeuffA. **68** 234 (München). Verletzung durch ein bei einem Rennen ausgebrochenes Pferd. Haftung des Eigentümers und des Veranstalters des Rennens (mangelhafte Anlage der Rennbahn).

4. **RG.** R. **13** Nr. 3135. Die Benutzung von Sporen bei nicht zugerittenen Bauernpferden seitens eines nicht genügend ausgebildeten Reiters bei einer öffentlichen Prozession ist fahrlässig.

5. Gefälligkeitsverhältnisse und Einrede der Unsittlichkeit siehe *Eckstein zu § 138 Ziff. 1.

II. Abs. 2.

1. PosMSchr. **13** 94 (Stettin). Bienen sind keine Haustiere im Sinne des § 833 Satz 2.

2. Sorgfaltspflicht.

a) **RG.** R. **13** Nr. 3007. Ein Hundehalter, dem die Bösartigkeit seines Hundes Radfahrern gegenüber bekannt ist, und der beim Vorbeifahren eines Radfahrers jede Maßregel unterläßt, welche den Radfahrer vor dem zu erwartenden Anfallen durch den Hund bewahren könnte, haftet sowohl nach § 833 Abs. 2 als auch nach § 823.

b) **RG.** R. **13** Nr. 943. Der Tierhalter verstößt gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wenn er ein noch nicht genügend erprobtes junges, erst wenige Wochen gefahrenes Pferd seinem Kutscher zu einer Verwendung anvertraut, die das unbeaufsichtigte Stehenlassen auf den Straßen einer Großstadt bedingt.

c) SeuffBl. **13** 21 (München). Die Aufsichtspflicht ist durch die Eigenschaften des in Betracht kommenden Tieres und durch die Art seiner Verwendung beeinflußt.

3. Handelsvieh (JDR. **11** § 833 Ziff. II 2 c).

a) *Fischer. Als Haustier im Sinne dieser Bestimmung gilt nicht das vom Viehhändler, Metzger usw. zur Ausübung seines Gewerbes gekaufte Vieh. Dies folgt entgegen **RG. 79** 246 Nr. 57 aus der Entstehungsgeschichte der Novelle vom 30. Mai 1908. Diese wollte im Anschluß an das ALR. nur solche Tiere als Haustiere angesehen wissen, welche in städtischen und ländlichen Haushaltungen gebraucht werden, dies trifft bei der Ware des Händlers, Metzgers usw. in keiner Weise zu; für sie ist die lebende Sache dasselbe wie für einen anderen Kaufmann die tote Ware.

b) *Alfons Schmidt, SeuffBl. **12** 135—139. Auf Tierhalter, die mit Haustieren Handel treiben, findet die Novelle Anwendung.

3. Erwerbstätigkeit.

a) SächsRpflA. **13** 23 (Dresden). Ein Pferd dient der Erwerbstätigkeit auch dann, wenn es nach erfolgtem Verkauf und daraufhin erfolgter Wandelung dem Verkäufer wieder zugeführt wird, unterwegs aber eine Verletzung durch das Tier erfolgt.

b) SeuffBl. **13** 21 (München). Ob ein Wachhund zu den der Erwerbstätigkeit dienenden Tieren zu zählen ist, ist danach zu beantworten, ob er überwiegend dieser Tätigkeit dient (vgl. JDR. **11** § 833 Ziff. 4 II 2 b).

c) **RG.** SeuffA. **68** 63 f. JDR. **11** § 833 Ziff. 4 II 2 c α (286).

d) BreslauAK. **13** 31 (Breslau). Die Erwerbstätigkeit eines Landwirts im Sinne des § 833 Abs. 2 ist eine umfassendere, wenn sie sich auf einen Rittergutskomplex erstreckt. (Reitpferde.)

4. Beweispflicht (JDR. **11** § 833 Ziff. II 4, **10** Ziff. II 5).

a) BadRpr. **13** 77 (Karlsruhe). Für die Frage, ob ein Tier sorgfältig beaufsichtigt wurde, ist grundsätzlich an sich nur das Verhalten des Tierhalters und nicht die Person entscheidend, der er die Aufsicht über das Tier übertragen hat. Er haftet daher auch nicht für jedes Verschulden des von ihm bestellten Tierhüters, sondern nur soweit, als ihn selbst dabei ein eigenes Verschulden trifft, da § 278 bei unerlaubten Handlungen nicht anzuwenden ist. Der Tierhüter wird aber nicht schon durch den bloßen Nachweis entlastet, daß er bei Auswahl des Tierhüters die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Vielmehr wird der Umfang der Aufsichtspflicht des Tierhalters auch durch die Eigenschaften des Tieres und durch die Art der Verwendung beeinflußt. Auf alle diese erheblichen Umstände muß der Tierhalter seinen Entlastungsbeweis richten; er muß daher insbesondere, wenn vom Beschädigten eine für die Verantwortlichkeit des Tierhalters erhebliche Eigenschaft des Tieres behauptet wird, auch das Nichtvorhandensein dieser Eigenschaft nachweisen (**RG.** WarnE. **11** 452).

b) **RG.** R. **13** Nr. 347. Im Großstadtverkehre genügt zur Warnung des Publikums vor einem bissigen Pferde nicht eine Tafel mit der Aufschrift: „Beißer". Mußte das Pferd auf der Straße gefüttert werden, so hätte es mit einem Stricke am Kopfe festgebunden werden müssen. Der Beklagte hätte dafür sorgen müssen, daß auf diese oder eine andere ebenso zuverlässige Art das Schnappen des Pferdes nach Vorübergehenden oder Vorüberfahrenden unmöglich gemacht wurde. Nur so würde dem Straßenverkehr in einer Großstadt wie Berlin genügend Rechnung getragen worden sein.

c) **RG.** R. **13** Nr. 2575. Wenn die Besitzerin eines landwirtschaftlichen Anwesens es duldet, daß ein Kinderwagen mit Kind in die Hofeinfahrt gestellt wird, und sieht, wie kurz darauf ihr Knecht vor dieser Einfahrt das Pferdefuhrwerk unbeaufsichtigt stehen läßt, so hat sie selbst die zur Beaufsichtigung der Pferde erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

d) **RG.** R. **13** Nr. 1881. Auch wenn der Bursche, der Offizierspferde über die Straße zu führen hat, tauglich und insbesondere mit den anzuwendenden Sicherungsmaßregeln vertraut ist, so ist die Annahme, der Offizier habe die Sorgfaltspflicht bei der Beaufsichtigung der Pferde verletzt, gerechtfertigt, wenn die Pferde sich in wiederholten Fällen derart unruhig gezeigt haben, daß die Leute sich von der Straße weg flüchten mußten, und ein Pferd sogar einmal sich losgerissen hat.

e) HessRspr. **14** 177 (Darmstadt). Verletzung durch einen als Vorspann bestimmten Esel. Zum Sorgfaltsbeweise gehört nicht die Widerlegung aller nur denkbaren Möglichkeiten. Auswahl eines geeigneten Vertreters.

f) **RG.** R. **13** Nr. 2872. Einen $17^1/_2$ Jahre alten, noch nicht völlig ausgebildeten, wenn auch an sich zuverlässigen Pferdeknecht darf der Landwirt nicht zu einer besonders gefährlichen Fahrt verwenden.

5. Verhältnis zum Automobilhaftpflichtgesetze.

RG. 82 112, JW. **13** 649. Der § 833 Abs. 2 kommt auch bei Prüfung der Haftpflicht des Tierhalters gegenüber einem Kraftfahrzeuge gemäß § 17 AutoG. in Betracht. Vgl. zu § 17 AutoG.

§ 835. 1. Ebner, PrVerwBl. **34** 573. Der durch Hasen und Kaninchen angerichtete Schaden ist nicht Wildschaden im Sinne des § 835.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2417. Wer die Gutsverwaltung auf eigene Rechnung führt,

kann vom Eigentümer nicht nach § 835, sondern nur nach Maßgabe des Vertrags Wildschaden fordern.

§ 836. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2290. Es kann nicht als richtig anerkannt werden, daß der Hauseigentümer, solange ihm der Mieter von dem Vorhandensein eines Mangels keine Anzeige macht, um die Instandhaltung des von ihm vermieteten Hauses sich nicht im geringsten zu bekümmern braucht. Hinsichtlich der im § 836 bezeichneten Bauschäden ist im § 838 bestimmt, daß der Eigenbesitzer von der ihn nach § 836 treffenden Verantwortlichkeit nicht dadurch frei wird, daß ein anderer für ihn die Unterhaltung des Gebäudes oder Werkes übernommen hat. Der letztere wird vielmehr neben dem Eigenbesitzer verantwortlich. Aber auch abgesehen von diesen besonderen Vorschriften, ist grundsätzlich davon auszugehen, daß der Hauseigentümer trotz der Vermietung des Hauses und trotz der Übernahme der Reparaturen durch den Mieter der Pflicht zur Führung der allgemeinen Aufsicht sich nicht entschlagen kann. Er kann sich nicht auf den Standpunkt stellen, daß er in sorgloser Weise abwarten darf, ob ihm die Notwendigkeit einer aus seinen Mitteln zu bestreitenden Reparatur von dem Mieter angezeigt wird, sondern hat je nach Lage des Falles behufs Abwendung von Unfällen eine gewisse Aufsicht darüber zu führen, daß der Mieter die ihm im Interesse der Verkehrssicherheit und Bausicherheit obliegenden Pflichten auch wirklich erfüllt. Wie weit diese Aufsichtspflicht zu erstrecken ist, kann nur nach Beschaffenheit des einzelnen Falles beurteilt werden.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 971, JW. **13** 868, BayRpflZ. **13** 378. Bedenkenfrei wird von dem BG. angenommen, daß der von dem kurhessischen Pionierbataillon errichtete Signalmast sich als ein Werk im Sinne der §§ 836, 837 BGB. darstellt. Zur Anwendbarkeit dieser Vorschriften ist nicht das Vorhandensein eines eigentlichen Bauwerkes zu erfordern, es genügt ein jedes mit einem Grundstücke verbundenes Werk, das durch menschliche Tätigkeit zu einem bestimmten Gebrauchszwecke geschaffen ist und dessen Herstellung nach gewissen technischen Regeln zu erfolgen hat (vgl. **RG. 60** 139, WarnE. **09** Nr. 23). Als ein solches Werk ist in der Rechtsprechung unter anderem eine Wasserleitungsröhre (R. **03** Nr. 551) und ein Baugerüst (JW. **10** 288 Nr. 21) angesehen. Im vorliegenden Falle handelt es sich um eine Signaleinrichtung, bestehend aus zwei in die Erde eingelassenen Pfählen und der in diesem Holzscharniere drehbaren Signalstange, an welcher ein Signalkorb hochgezogen wird, um den Stromschiffern die Unpassierbarkeit des Fahrwassers anzuzeigen. Es unterliegt keinem Zweifel, daß diese Einrichtung als ein den Vorschriften der §§ 836, 837 BGB. unterliegendes Werk zu gelten hat. Eine Ablösung würde unbedenklich anzunehmen sein, wenn der als Befestigungsmittel dienende Nagel so locker angebracht war, daß er von selbst herausgefallen ist. Gewisse Zweifel können dagegen entstehen, wenn die „Ablösung" des Nagels (Vorsteckers) dadurch sich vollzogen hat, daß ihn eines der spielenden Kinder durch Herausziehen losgelöst hat. Die Revision legt darauf besonderes Gewicht, daß das Herausnehmen des Nagels eine Tätigkeit sei, die zur zweckentsprechenden Benutzung des Signalmastes gehöre und deshalb nicht unter den Begriff der Ablösung falle. Allein von einer zweckentsprechenden Benutzung und von einer hierzu dienlichen Tätigkeit kann schlechterdings nicht die Rede sein, wenn ein Kind, das keine Einsicht in die Wirkung des Mechanismus hat und nicht wissen kann, welch große Gefahren es durch seine Handlung heraufbeschwört, seinem Spieltriebe folgend sich an dem Signalmaste zu schaffen macht und den Nagel herauszieht. Von einer zweckentsprechenden Benutzung kann hier ebensowenig gesprochen werden, wie in dem Falle, daß ein Erwachsener durch eine unbewußte und ungewollte Handlung, wie durch ein versehentliches Anstoßen oder Drauftreten, den Nagel zur Ablösung bringt oder durch die Tätigkeit eines Tieres das gleiche Ergebnis herbeigeführt wird. Nicht erforderlich ist zur Ablösung, daß die Aufhebung des Zusammenhalts, wie es beim Abbrechen oder Abreißen der Fall

zu sein pflegt, unter teilweiser Zerstörung oder Vernichtung des Werkes vor sich geht. Die Ablösung erfordert nur, daß ein Teil des Werkes von diesem losgelöst wird. Nicht zu bezweifeln ist ferner, daß der als Befestigungsmittel dienende Nagel ein Teil des Werkes, auf den zur Vermeidung der vom Signalmast drohenden Gefahren die Fürsorgepflicht des Besitzers sich erstreckt, und zwar ein für die Benutzung des Signalmastes sehr wesentlicher Teil gewesen ist. Als Teil des Werkes ist er auch dann anzusehen, wenn der beklagte Militärfiskus in der Person seines verfassungsmäßigen Vertreters von der Einfügung des Nagels (die allem Anscheine nach von Mannschaften des Pionierbataillons eigenmächtig vorgenommen ist) keine Kenntnis erlangt hat. Es kommt darauf an, ob der Grund der Ablösung wesentlich in der mangelhaften Beschaffenheit des Werkes zu sehen ist. Von dem Werkbesitzer ist zu verlangen, daß er das Werk so herstellt und unterhält, daß es bei normaler Benutzung oder bei der nach Lage der Sache vorauszusehenden Behandlung nach seiner Beschaffenheit genügende Widerstandsfähigkeit gegen die Ablösung von Teilen bietet.

3. **RG.** R. **13** Nr. 2297. Von einem Einsturze kann nur dann gesprochen werden, wenn hierdurch der zum Bestehen eines Gebäudes (Gebäudeteils) oder Werkes erforderliche Zusammenhalt zwischen den einzelnen Bestandteilen aufgehoben ist. Die in den Bierkeller führende Eisenblechtür ist, als der Kläger sich gegen sie lehnte, aufgegangen, weil an der dreiteiligen Tür der rechte obere Riegel fehlte, weil ein Scharnier an dem mittleren Teile der Tür entzwei war und weil der rechte untere Riegel, der sich in den Schlaufen schlecht bewegte, in den die Tür umgebenden Eisenrahmen nicht genügend eingeschoben war. Die Einrichtung der Tür war hiernach eine derartige, daß sie auf den vom Kläger ausgeübten Druck in der Weise, wie es geschehen ist, sich öffnen mußte. Ein Einsturz oder Zusammenstoß kann in diesem der Einrichtung der Tür entsprechenden Vorgang nicht gesehen werden.

4. **RG.** BayRpflZ. **13** 354, JW. **13** 867. Ein durch eine Stellung laufendes Rohr ist Teil der Stellung. Seine Ablösung ist eine Folge seiner schlechten Einrichtung und mangelhaften Unterhaltung. Die nicht sorgfältige Untersuchung des Rohres hat die Eigentümerin (Gemeinde) zu vertreten. Der Grundgedanke des § 836 ist der, daß jeder Besitzer eines Grundstücks für die Beschädigung durch die Sache insoweit aufkommen muß, als er die Schadensfolge bei billiger Rücksicht auf die Sicherheit anderer hätte vermeiden können. Die Haftung des Grundstücksbesitzers beruht auf dem Verschuldungsgedanken; aber es ist ihm hinsichtlich des Verschuldens die Beweislast auferlegt. Diese Beweislast geht weiter als die des § 831. Der Grundstücksbesitzer ist von der Haftung nicht schon dann befreit, wenn er dargetan hat, daß er bei der Auswahl der bestellten Person die erforderliche Sorgfalt an den Tag gelegt habe; er muß weiter darlegen, daß er die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Eine Gemeinde ist ihrer gesetzlichen Pflicht als Grundstücksbesitzerin und der ihr nach § 836 obliegenden Beweispflicht erst nachgekommen, wenn sie die Ausführung der Untersuchung in gehöriger Weise überwacht und für deren Sachgemäßheit Sorge getragen hat.

5. **RG.** PosMSchr. **13** 95. Bauschaden infolge des Einsturzes eines Deiches. Es kann für die Anwendbarkeit des § 836 keinen Unterschied machen, ob das Werk infolge des Einsturzes oder der Ablösung von Teilen seine Bestimmung, als Schutz gegen die Fortbewegung eines anderen Körpers zu dienen, nicht mehr erfüllen kann, ob also der Einsturz oder die Ablösung die Fortbewegung jenes Körpers — negativ — nur ermöglicht oder ob die Kraft des Einsturzes oder der Ablösung die Bewegung — positiv — bewirkt. In beiden Fällen besteht der vom Gesetz erforderte ursächliche Zusammenhang.

6. SchlHolstAnz. **13** 356 (Kiel). Gerüste als Werke im Sinne des § 836. Der Schaden braucht nicht durch den abgelösten Teil selbst herbeigeführt zu sein, wenn er nur die Folge der Ablösung ist.

7. SchlHolstAnz. **13** 231 (Kiel). Verletzung durch ein herabstürzendes Fenster. Abweisung wegen Führung des Sorgfaltsbeweises.

§ 838. **RG.** R. **13** Nr. 1599. Nach § 838 BGB. ist derjenige, der die Unterhaltung eines Gebäudes für den Besitzer übernimmt, für den durch die Ablösung von Teilen verursachten Schaden in gleicher Weise verantwortlich wie der Besitzer. Der § 838 verweist somit auf den § 836 BGB., in welchem von der Haftung des Besitzers die Rede ist. Danach kommt es aber — wie das RG. ständig angenommen hat (vgl. JW. **07** 16 Nr. 19) — für die Begründung des Schadensersatzanspruchs nur auf den vom Beschädigten zu führenden Nachweis an, daß die Loslösung der Teile gegenständlich (objektiv) die Folge mangelhafter Unterhaltung war. Dem Kläger lag also nicht noch ein Beweis dahin, daß der Fehler auf ein Verschulden des Beklagten zu 2 zurückzuführen sei, ob. Letzterem blieb freigestellt, den Entlastungsbeweis zu führen.

§ 839. 1. § 839 BGB. in Verbindung mit dem PrG. vom 1. August 1909. *Delius, R. **13** 494. Die Haftpflicht der Beamten ist im § 839 erschöpfend geregelt, §§ 823 u. 826 greifen nicht Platz. — Bei dem Gerichtsvollzieher haftet der Staat (vgl. PrG. vom 1. August 1909) auch dann, wenn der auftraggebende Gläubiger der Geschädigte ist. Neben der Klage gegen den Staat, hat der auftraggebende Gläubiger auch eine direkte Vertragsklage gegen den Gerichtsvollzieher. Ist die Haftpflicht des Gerichtsvollziehers nicht aus § 839, sondern ausschließlich aus dem Vertragsverhältnisse herzuleiten, so haftet nur der Gerichtsvollzieher, und zwar ohne daß ihm die subsidiäre Haftung aus § 839 und die kurze (dreijährige) Verjährung zustatten kommt. Irrig ist die Ansicht Salmans (JW. **11** 79), daß der Staat, wenn dem Gerichtsvollzieher ein persönliches Verschulden nicht zur Last falle, sondern er nur für Ursachen seiner Gehilfen haften müsse, nach dem G. vom 1. August 1909 nicht hafte. — Bei Grundbuchbeamten haftet der Staat auch dann, wenn der Beamte sich in einem Zustande der Unzurechnungsfähigkeit befunden hat (§ 1 Abs. 2 G. vom 1. August 1909), aA. Salman, JW. **11** 80. — Die Ansicht von Krieg, JW. **12** 1089, daß der § 3 Satz 2 G. vom 1. August 1909 nichtig sei, weil er in Art. 77 EGBGB. keine Stützen finde, ist nicht zutreffend. — Delius, PrGemeinde-Ztg. **6** 261 u. 282. Die Haftung der Beamten nach den neuesten Ergebnissen der Rechtsprechung.

2. *Dickel, Rechtsfälle Heft 1, Erl. 321 ff. Über einen Grenzfall, in dem es tatsächlich zweifelhaft ist, ob der Beamte in Ausübung der öffentlichen Gewalt oder als Privatbeteiligter aufgetreten ist.

3. R. **13** Nr. 2874 (München). Bei fahrlässiger Amtspflichtverletzung schließt § 839 Abs. 1 Satz 1 die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB. aus; neben der landesrechtlichen Haftung des Staates ist daher solchenfalls für eine Klage gegen den Beamten selbst kein Raum.

4. SeuffBl. **13** 115 (BayObLG.). Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts über die Ordnungswidrigkeit des Verhaltens eines Beamten hat mit der Frage des subjektiven Verschuldens, der Kausalität, der Verpflichtung zum Schadensersatze nichts zu tun.

5. a) ElsLothJZ. **13** 372 (Colmar). Der Rechtsanwalt ist kein Beamter im Sinne des § 839. Diese Eigenschaft erlangt er auch nicht dadurch, daß er von dem Gericht einer armen Partei gemäß § 115 ZPO. beigeordnet wird. Auch in letzterem Falle tritt der Rechtsanwalt für die Partei nicht auf Grund einer amtlichen Vollmacht des Gerichts auf, sondern seine Beiordnung begründet nur die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Annahme des seitens der armen Partei an ihn gerichteten oder noch zu richtenden Vertragsantrags.

b) SchlHolstAnz. **13** 248 (Kiel). Der Landesbauinspektor ist Beamter i. S. des § 839.

6. **RG.** JW. **13** 598. Der Sinn des § 839 Abs. 1 Satz 2 ist der, daß der durch die fahrlässige Amtspflichtverletzung eines Beamten Geschädigte zunächst den Versuch machen muß, „auf andere Weise" Ersatz zu verlangen, es sei denn, er könnte dartun, daß ein solcher Versuch nutzlos sein würde. Die Behauptung der Unmöglichkeit, anderweitigen Ersatz zu suchen, gehört daher zur Klagebegründung, und die Beweislast dafür trifft den Kläger. Haftbarmachung des Notars wegen fahrlässiger Geschäftsführung vor der Inanspruchnahme des Grundbuchbeamten.

7. a) **RG. 80** 252, JW. **13** 38. Subsidiär (§ 839 Abs. 1 Satz 2) ist die Haftung der Beamten nur gegenüber einer gegenwärtigen Möglichkeit anderweiter Ersatzbeschaffung. *Der Ersatzberechtigte braucht sich nicht auf eine Möglichkeit des Ersatzes verweisen zu lassen, die zwar einigermaßen wahrscheinlich, aber doch erst in der Zukunft zu seiner Befriedigung führen würde.* Der Geschädigte hat den Anspruch auf alsbaldige Erstattung dessen, was er durch das Verschulden des anderen eingebüßt hat.

b) **RG.** LeipzZ. **13** 470, BayRpflZ. **13** 299. Der zum Schadensersatze Berechtigte hat sich nicht auf die Möglichkeit eines Ersatzes verweisen zu lassen, die erst in der Zukunft zu seiner Befriedigung führen würde; er hat vielmehr nach der Bestimmung des § 249 Anspruch auf alsbaldige Erstattung dessen, was er durch das Verschulden des anderen eingebüßt hat.

8. **RG.** R. **13** Nr. 1141. Für die Frage, welcher Verschuldungsgrad dem Beamten zufolge Überbürdung zur Last fällt, kommt nicht nur der Tag der Schadenszufügung, sondern auch die vorausgegangene Zeit in Betracht.

9. **RG. 81** 125, JW. **13** 328, R. **13** Nr. 503. Zum Nachweise der Personenechtheit für die Beglaubigung genügen regelmäßig weder Privatbriefe noch solche amtliche Zuschriften, die von den richtigen Empfängern nicht sorgfältig verwahrt zu werden pflegen. Ältere Benachrichtigungen nach § 88 ZVG. reichen nicht. Auch Sachkenntnis genügt nur, soweit sie über das beabsichtigte Geschäft hinaus nachprüfbar ist. Zu den Papieren, die sorgfältig verwahrt zu werden pflegen, gehören eigentlich Legitimationspapiere und Urkunden von materiellem Werte wie Hypothekenbriefe u. dgl.

10. **RG.** R. **13** Nr. 1601. Für den Schaden, der durch die Verletzung eines Menschen auf einem öffentlichen Wege infolge einer in der Nähe vorgenommenen Sprengung entstanden ist, haftet die Gemeinde nicht als Eigentümerin des Weges, sondern nur nach §§ 4 Ziff. 1—3 PrG. vom 1. August 1909 mit § 839 BGB. Denn der Unfall ist nicht auf den Zustand des Weges, sondern auf ein außerhalb desselben von Dritten veranstaltetes Unternehmen zurückzuführen. Die allgemeine Sorge für die Sicherheit des öffentlichen Verkehrs aber ist Sache der Polizei. Die Beklagte haftet daher nach Maßgabe der §§ 4, 1—3 PrG. vom 1. August 1909 mit § 839 BGB. nur dann, wenn die für ihren Dienst angestellten Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt, hier der Sicherheitspolizei, vorsätzlich oder fahrlässig die ihnen dem Kläger gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt haben.

11. **RG. 82** 317, R. **13** Nr. 1973. Haben Offiziere oder sonstige Personen des Soldatenstandes schuldhaft einen Flurschaden verursacht, so ist eine Haftung des Staates aus dem Beamtenhaftpflichtgesetze nicht gegeben, weil die Vermeidung unnötiger Schäden keine den Militärpersonen Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht bildet. Dagegen ist durch § 14 NaturalleistungsG. volle Vergütung für den durch Truppenübungen an Grundstücken verursachten Schaden gewährleistet ohne Rücksicht darauf, ob der Schaden vom militärischen Standpunkt aus verschuldet war oder nicht.

12. **RG.** R. **13** Nr. 3249. Eine Amtspflichtverletzung bei dem Urteil in einer

Rechtssache im Sinne des § 839 Abs. 2 BGB. liegt auch dann vor, wenn der Richter ein Versäumnisurteil vor der in der Ladung bezeichneten Terminsstunde erläßt.

13. Einzelne Fälle.

a) Notar (JDR. **11** § 839 Ziff. 10 a, **10** Ziff. 13 a u. frühere Jahrg.).

α. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 978, JW. **13** 490, BayRpflZ. **13** 196, ZBlFG. **13** 800. Es entspricht der Rechtsprechung des RG., daß, wer die Amtstätigkeit des Notars anruft, regelmäßig mit ihm zugleich einen bürgerlichrechtlichen Vertrag, insbesondere einen Dienstvertrag, abschließt. Die Berufspflichten des Notars aus diesem Dienstvertrage können mit dem ihm amtlich obliegenden Pflichtenkreise zusammenfallen. Soweit sie darüber hinausgehen, liegt kein Amtsgeschäft und keine Amtspflicht vor. Die Amtspflicht des Notars geht dahin, den erklärten Willen der Vertragschließenden in klarer, gültiger Fassung und Form urkundlich festzulegen, der Urkunde den Inhalt zu geben, der dem Willen der Erschienenen und dem Zwecke der Urkundenerrichtung entsprach. Um Willen und Zweck zu ergründen, liegt ihm eine Art Fragepflicht amtlich ob, zu deren Ausübung immer insoweit Veranlassung gegeben ist, als die dem Notare vorgetragenen Erklärungen Zweifel über Willen und Zweck Raum lassen. Er muß alle Sorgfalt aufwenden, damit über das, was die Parteien bezwecken, eine rechtswirksame Beurkundung zustande kommt. Abgesehen davon erstreckt sich seine Amtspflicht noch auf mancherlei: er hat Amtsverschwiegenheit zu beobachten, seine Mitwirkung bei gesetzwidrigen Geschäften zu versagen, sich über Ablehnung eines Antrags sofort zu erklären, bei Zweifeln über die Geschäftsfähigkeit der Erschienenen in bestimmter Weise zu verfahren (Artt. 40, 83 Abs. 1, 90 PrFGG.). Er muß auch seinen Bureaudienst so ordnen, daß Schädigungen der Beteiligten vermieden werden (**RG.** 14. 10. 10, III. 510/09) u. dgl. Dagegen ist der Notar, sofern er lediglich als solcher, als Urkundbeamter, in Anspruch genommen wird, zu „einer weiteren Belehrung, als sie für das Zustandekommen einer rechtswirksamen Beurkundung erforderlich ist, nicht verpflichtet" (**RG.** 21. 2. 11, III. 665/09). Werden Zweifel rege, ob die vom Bureauvorsteher entworfene Niederschrift den wirklichen Willen der Parteien richtig wiedergibt, ob die Erschienenen sich über die Bereitung des als ihre Erklärung Niedergeschriebenen völlig klar sind, so muß er diese Zweifel durch Befragung und Aufklärung beheben.

β. **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 275. Haftung des Notars bei Nichtigkeit des Testaments wegen Formfehlers. Die Amtspflicht des ein Rechtsgeschäft beurkundenden Notars besteht vor allem darin, daß er auf Einhaltung der gesetzlichen vorgeschriebenen Form der Beurkundung hinweist. Danach ist es seine Pflicht, die Beteiligten über die in dieser Beziehung in Betracht kommenden Vorschriften zu belehren. Er ist zur Belehrung verpflichtet, daß die als Zeugen hinzuzuziehenden Personen nicht mit dem im Testamente Bedachten in gerader Linie verwandt sein dürfen. Die Amtspflicht besteht auch den im Testamente bedachten Personen gegenüber (**RG. 58** 296, **78** 241).

γ. **RG. 81** 428, R. **13** Nr. 1142. Für den Notar besteht keine Amtspflicht, grundbuchamtliche Vollzugsnachrichten für seinen Klienten anzunehmen und weiter zu behandeln. Nimmt der Notar solche Nachrichten unbeauftragt entgegen, so ist er wie jeder andere, der Briefe, Urkunden, Zustellungen für andere ohne besonderen Rechtsgrund sich aushändigen läßt, als Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen. Wird er wegen eines Versehens hierbei in Anspruch genommen, so kann er sich daher nicht auf § 839 Abs. 1 Satz 2 berufen.

δ. αα. **RG. 81** 157, JW. **13** 376, R. **13** Nr. 504. Die Beglaubigung einer Unterschrift erfordert, die vollzogene Beglaubigung bescheinigt zugleich die Feststellung der Persönlichkeit. Die Verantwortlichkeit des beglaubigten Notars für die zu dieser

Feststellung gebotene Prüfung folgt aus dem Wesen der Amtshandlung. Sie besteht gegenüber allen, die im Vertrauen auf die Ordnungsmäßigkeit der Beglaubigung im Rechtsverkehre tätig werden.

ββ. **RG.** ZBlFG. **14** 352. Über den Umfang der Verpflichtung des Notars zur Prüfung der Identität der Personen, deren Erklärungen er beurkundet.

ε. R. **13** Nr. 2418 (BayObLG.). Der Notar verletzt seine Amtspflicht, wenn er die Wegfertigung von Zinsrückständen übernommen hat, es aber unterläßt, die von ihm eingeholte Zinsberechnung des Hypothekgläubigers daraufhin zu prüfen, ob darin alle in Betracht kommenden Zinsen aufgeführt sind.

ζ. **RG. 81** 157, JW. **13** 376, R. **13** Nr. 505. Wird einem Notare, der die Unterschrift eines vor ihm Erschienenen beglaubigen soll, durch eine geeignete, zuverlässige, vertrauenswürdige Person der Erschienene als bekannt bezeugt, so ist der Notar, wenn sich nicht aus besonderen Umständen Bedenken ergeben, nicht verpflichtet, die Auskunftsperson über die Grundlagen ihrer Kenntnis von jener Person zu befragen.

η. ElsLothJZ. **13** 82 (Colmar). Pflicht eines mit der Verbriefung eines Kaufvertrags beauftragten Notars zur Prüfung der Hypothekenanlage. Schadensersatzpflicht des Notars. Kein mitwirkendes Verschulden der Partei, wenn sie sich auf eine Auskunft des Notars verläßt.

ϑ. **RG. 81** 130, JW. **13** 329, R. **13** Nr. 502, DJZ. **13** 409. Der Notar braucht zwar die Siegelung seiner Urkunden nicht eigenhändig zu betätigen, aber er muß die Handhabung durch Bureauangestellte persönlich überwachen. Die Überlassung von Siegel und Stempel zum selbständigen unbeaufsichtigten Gebrauch an Bureaubeamte widerspricht auch dann dem Gesetz und macht haftbar, wenn der Bureauangestellte durchaus erprobt ist.

ι. SchlHolstAnz. **13** 19 (Kiel). Ablehnung der Dienste des Notars; auch für einen Aufschub der Dienste, die an sich nach Art. 83 PrFGG. unverzüglich geleistet werden müssen, muß ein triftiger Grund vorliegen.

κ. NaumburgAK. **13** 81 (LG. Naumburg). Keine Haftung des Notars bei unrichtiger Auslegung einer zweifelhaften Rechtsfrage.

λ. **RG.** BayRpflZ. **13** 196, R. **13** Nr. 945. Die Notare in Preußen sind Beamte (Abschn. 6 PrFGG.). Sie haben als solche Amtspflichten und haben in Ansehung solcher Berufsgeschäfte, die nicht Amtsgeschäfte sind, Berufspflichten (**RG. 49** 269). Es entspricht der Rechtsprechung des RG., daß, wer die Amtstätigkeit des Notars anruft, regelmäßig mit ihm zugleich einen bürgerlich-rechtlichen Vertrag, insbesondere einen Dienstvertrag abschließt. Die Berufspflichten des Notars aus diesem Dienstvertrage können mit dem ihm amtlich obliegenden Pflichtenkreise zusammenfallen. Soweit sie darüber hinausgehen, liegt kein Amtsgeschäft und keine Amtspflicht vor.

μ. αα. **RG.** R. **13** Nr. 3136. Die Amtspflicht des preußischen Notars geht nicht schlechthin auf Grundbucheinsicht vor der Beurkundung eines Grundstücksgeschäfts, vielmehr können die Parteien darauf verzichten. Wohl aber kann der Notar trotzdem verpflichtet sein, nach der Natur des Geschäfts die Parteien über den Umfang des Grundbuchvollzugs zu belehren.

ββ. RheinA. **110** I 286 (Düsseldorf). Der Notar, der nach § 75 GBO. einen Antrag beim Grundbuchamte stellt, wird dadurch noch nicht berechtigt und verpflichtet, auch die für die Parteien bestimmten Benachrichtigungen in Empfang zu nehmen und zu prüfen. Nimmt er sie aber in Emfang, so ist er auch verpflichtet, zwar nicht sie zu prüfen, aber sie an die Partei weiterzugeben.

ν. **RG.** R. **13** Nr. 3138. Unzuläßig ist eine Vereinbarung des Notars mit den Parteien vor der Beurkundung, daß er für Fahrlässigkeit nicht hafte.

ξ. **RG.** R. **13** Nr. 3137. Der Notar handelt fahrlässig, wenn er die Richtigstellung einer Porzellanverwechselung beurkundet, ohne auf die Notwendigkeit der Belastungsregelung hinzuweisen.

ο. SeuffA. **68** 143 (München). Amtspflicht des bayerischen Notars, den Parteien über die Kosten des Geschäfts Auskunft zu geben.

π. SeuffA. **68** 405 (München). Amtspflicht des bayerischen Notars gegenüber den Parteien, über die Kosten des Geschäfts Auskunft zu geben. Entschuldigung einer falschen Auskunft durch die Zweifelhaftigkeit der Sache.

b) Grundbuchrichter (JDR. **11** Ziff. 10 b). **RG.** R. **13** Nr. 1740. Ein Verschulden eines Grundbuchrichters ist nicht darin zu finden, daß er einen Eintragungsantrag, dessen Erledigung vor einem bestimmten Zeitpunkte den Beteiligten einen Stempel erspart, nicht mit außergewöhnlicher Eile betreibt.

c) Amtsrichter. **RG.** JW. **13** 206, BayRpflZ. **13** 128. Schadensersatzpflicht des Amtsrichters, der im Privatklageverfahren die Zustellung des verurteilenden Erkenntnisses zu verfügen unterläßt.

d) **RG. 80** 406, JW. **13** 135. Der Gerichtskalkulator haftet für Versehen dem dadurch Geschädigten direkt. Der Kalkulator haftet aus § 839 BGB. Denn er hat die speziellen Kalkulaturgeschäfte selbständig zu besorgen: eine Nachprüfung der rechnerischen Kalkulatur durch den Richter ist weder vorgeschrieben noch auch nur möglich. Die abweichende Anschauung in Planck, BGB. Anm. 2 zu § 1843, muß abgelehnt werden. Das Reichsrecht bürdet dem Richter keineswegs die Kalkulatur auf, und die Landesgesetzgebung ist, wie die preußische getan hat, befugt, dem Richter statt von diesem für den einzelnen Fall zu bestellender Sachverständiger ständige besondere Kalkulaturbeamte zu selbständiger Besorgung der Kalkulatur an die Seite zu setzen. Für die Auslegung des § 839 BGB. können Äußerungen aus den Materialien des PrG. vom 1. August 1909 über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt eine Bedeutung nicht haben.

e) Gerichtsvollzieher.

α. **RG.** R. **13** Nr. 1288. Der Gerichtsvollzieher verletzt durch die Nichterledigung eines ihm erteilten Zwangsvollstreckungsauftrags seine Amtspflicht nur diesem Gläubiger gegenüber, nicht gegenüber irgend welchen anderen Gläubigern desselben Schuldners, denen diese Nichterledigung möglicherweise zum Schaden, vielleicht aber auch, weil ihnen hierdurch die Möglichkeit eröffnet wird, durch Pfändung ihrerseits volle oder höhere Befriedigung zu erhalten, als wenn der Gerichtsvollzieher jenen Auftrag pflichtmäßig erledigt hätte, zum Vorteile gereichen kann. Diese anderen Gläubiger sind nicht Dritte im Sinne des § 839 BGB.

β. FrankfRundsch. **47** 48. Schadensersatzpflicht des Gerichtsvollziehers, wenn er den Auftrag zur Verhaftung und Vorführung des Schuldners ausführt, wiewohl er wissen muß, daß derselbe Schuldner kurz vorher den Offenbarungseid geleistet hat.

γ. R. **13** Nr. 2460 (Düsseldorf). Der Gerichtsvollzieher haftet für ein Versehen, daß ihm bei einer Teilung nach § 827 ZPO. unterlaufen ist, nur aus § 839 BGB.

δ. Über die Klage gegen einen Gerichtsvollzieher auf Schadensersatz wegen Zusicherung einer Eigenschaft, insbesondere über den Begriff der Amtspflicht vgl. *Dickel, Rechtsf. Heft 1, Erl. 97.

f) Postbeamte.

α. *Reichert, JW. **13** 525 ff. Der Post- und Telegraphenbeamte haftet für einen Fehler bei der Beförderung einer Sendung oder eines Telegramms nicht nach § 839 BGB. Er verletzt keine „ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht", sondern nur eine Vertragspflicht der Verwaltung, die sich seiner „zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit bedient" (§ 278 BGB.). Vgl. dagegen **RG.** JW. **12** 751.

β. **RG.** LeipzZ. **13** 384, BankA. **12** 390, R. **13** Nr. 944. Die Telegraphenbeamten haben für vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Vorschriften der all-

gemeinen Dienstanweisung für Post und Telegraphie auch demjenigen, dessen Depesche verstümmelt worden ist und der dadurch Schaden erleidet, einzustehen.

γ. **RG.** R. **13** Nr. 2799. Hat ein Postbeamter durch Verletzung einer Amtspflicht Posteigentum beschädigt, so regelt sich seine Ersatzpflicht nicht nach § 839 BGB., sondern nach den landesstaatsrechtlichen Vorschriften.

δ. **RG.** R. **13** Nr. 2299. Die Verschiebung einfacher Postsendungen in Drucksachen ist so häufig, daß das Gericht bei Bestellfehlern an sich mit dieser Möglichkeit stets zu rechnen hat.

ε. **RG.** R. **13** Nr. 2298. Mangelhafte Kontrolleinrichtungen, z. B. Fehlen von Sonderfächern im Postbetriebe, gehen zu Lasten der Verwaltung selbst, nicht des einzelnen Beamten.

ζ. **RG.** SeuffA. **68** 103 f. JDR. **11** § 839 Ziff. 10 d β.

η. SchlHolstAnz. **13** 7 (Kiel). Haftung eines Postbeamten für unrichtige Behandlung einer Nachnahmesendung.

g) **RG.** R. **13** Nr. 53. Ein Gemeindevorsteher, der lediglich als Privatperson auf Bitten des Erblassers diesem den Text eines Testaments schreibt, ist nicht aus § 839 den in diesem Testament eingesetzten Erben verantwortlich, wenn das Testament als eigenhändiges ungültig ist.

h) ElsLothJZ. **13** 584 (Colmar). Schadensersatzpflicht eines elsaß-lothringischen Bürgermeisters nach § 839 wegen unrichtiger Ausstellung einer Bescheinigung über den Wert von Grundstücken in seiner Gemeinde.

i) **RG.** R. **13** Nr. 1460. In dem Unterlassen jeder der Gefährdung des Publikums vorbeugenden Maßregel seitens der Polizeiverwaltung gegen das Rodeln erwachsener Personen in bewohnten Stadtstraßen liegt eine Verletzung der Amtspflicht.

k) **RG.** R. **13** Nr. 2419. Schlägt der Lehrer einen Schüler planlos heftig mit einem Stocke auf den Rücken, so ist seine Haftung für eine Gesundheitsbeschädigung begründet.

l) SeuffA. **68** 450 (Stettin). Der Zwangslotse oder für ihn der Staat haftet für Beschädigungen nicht aus Vertrag, sondern nach §§ 823, 839 BGB.

§ 840. 1. *Biensfeld, SeuffBl. **13** 310. Die Höhe der Gesamtschuld besteht hier in Höhe des gemeinsam verursachten Schadens, und die Höhe der Haftung ist gleich der Höhe der Gesamtschuld. Die Höhe der Haftung bei den einzelnen Mittätern verschieden zu bemessen, ist unzulässig. Vgl. dagegen **RG.** JW. **13** 30 ff.

2. **RG.** JW. **13** 919. Beim Zusammentreffen der Gefährdungshaftung des A. mit unerlaubten Handlungen des B. haften beide dem Beschädigten als Gesamtschuldner und sind einander zu gleichen Teilen zur Ausgleichung verpflichtet (§ 426 BGB.), soweit nicht ein anderes, namentlich durch den auch hier einschlägigen § 254 BGB. bestimmt ist (**RG.** JW. **11** 753, **11** 217, **12** 190).

3. **RG.** JW. **13** 859, EisenbE. **30** 110. Der Sturz des Postwagens auf der glatteisbedeckten Ortsstraße hat für den hierdurch körperlich verletzten H. zwei Schadensersatzansprüche begründet, einmal denjenigen gegen die Gemeinde H. aus § 823 BGB., vorausgesetzt, daß sie schuldhaft sich um die Beseitigung der Glätte nicht gekümmert hat, sodann den Anspruch gegen den Postfiskus aus § 11 PostG. auf Grund der gesetzlichen Haftung für Schäden aus der Postbeförderungsgefahr. Ist die Haftung der Post nach § 11 Pr. 2 PostG. als Gefährdungshaftung derjenigen des Eisenbahnunternehmers gleichzustellen, dann wäre darauf der § 840 BGB. anzuwenden (Urt. des Sen. vom 16. Juni 1911, VI. 383/10, JW. **11** 753 Nr. 8; vom 9. November 1911, VI. 610/10, JW. **11** 217 Nr. 8; vom 27. November 1911, VI. 142/11, JW. **12** 190 Nr. 7). Aber auch dann besteht hier ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne der §§ 421, 426 BGB., wenn man die Posthaftung nur als eine gesetzlich geregelte Haftung aus dem Beförderungsvertrage zu betrachten hat. Denn dazu ist nicht erforderlich, daß die beiderseitige Haftung auf gemeinschaftlichem oder

gleichem Entstehungsgrunde beruht. Es genügt ein innerer Zusammenhang, wie er hier gegeben ist, und der auch da vorliegen kann, wo der eine aus Vertrag, der andere aus unerlaubter Handlung haftet (Urt. des RG. vom 25. November 1911, I. 529/10, **RG. 77** 323; vom 26. April 1912, II. 523/11, **RG. 79** 290; vom 10. März 1913, VI. 540/12). Daher haften beide Parteien als echte Gesamtschuldner für den Schaden des H., soweit die postalische Ersatzpflicht des Klägers reicht. Danach greift in ihrem Verhältnisse zueinander wegen des Schadensausgleichs der § 426 BGB. Platz, falls überhaupt die Haftung der Gemeinde aus § 823 BGB. auch nach nochmaliger Prüfung bejaht werden sollte; alsdann wird nach § 426 Abs. 1 insbesondere zu erörtern sein, ob etwa nach § 254 BGB. der Schaden anders als nach gleichen Anteilen auszugleichen ist (die ersterwähnten Urt. des Sen. und das Urt. vom 22. Dezember 1910, VI. 610/09, **RG. 75** 251).

4. **RG.** JW. **13** 31. Aus der Vorschrift des § 840 BGB., nach der mehrere, die für einen Schaden nebeneinander verantwortlich sind, regelmäßig als Gesamtschuldner haften, ist nicht zu folgern, daß diese Haftung der Höhe nach stets gleich sein müsse, ein Gesamtverhältnis besteht dann bei ungleichen Haftsummen nur bis zu dem geringeren Betrage.

5. **RG.** R. **13** Nr. 1602. Auch wenn neben der Haftung aus unerlaubter Handlung diejenige eines Dritten kraft Vertrags besteht, hat der Gläubiger die Wahl, wen er in Anspruch nehmen will.

6. **RG.** JW. **13** 924. Verhältnis zu § 17 AutoG.

7. **RG.** JW. **13** 978. Verhältnis zu § 17 AutoG.

§ 843. 1. **RG.** R. **13** Nr. 196, EisenbE. **29** 340. Da die Erwerbsfähigkeit des Verletzten dasjenige wirtschaftliche Gut ist, dessen Verlust oder Minderung zu ersetzen ist, so kann der zur Zeit des Unfalls bestehende tatsächliche Erwerb des Verletzten der Schadensberechnung nur insofern zugrunde gelegt werden, als er der Erwerbsfähigkeit des Verletzten entspricht. Befand sich der Verletzte zur Zeit der Verletzung in einer augenblicklich ungünstigen und nicht einträglichen, seiner Erwerbsfähigkeit nicht entsprechenden Erwerbslage, so kann dieser ungünstige Zufall dem Schadensersatzpflichtigen nicht zugute kommen. Maßgebend ist vielmehr der Gebrauch, den die verletzte Person nach den Verhältnissen, in denen sie lebt, in der Zeit nach dem Unfall ohne dessen Dazwischentreten von ihrer Erwerbsfähigkeit voraussichtlich gemacht haben würde.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1603. Der durch § 843 BGB. gewährte Rentenanspruch ist nicht dahin zu verstehen, daß die Rente in der Regel auf Lebensdauer dem Berechtigten zuzusprechen wäre. Im Gegenteil ist eine Rente wegen Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit in der Regel mit Rücksicht auf den normalerweise sich geltend machenden Einfluß des zunehmenden Alters entsprechend zeitlich zu begrenzen. Eine Rente auf die ganze Lebenszeit soll (wofern es sich nicht um eine Vergütung für vermehrte Bedürfnisse handelt) nur in dem Falle zuerkannt werden, wenn die künftige Gestaltung der Dinge zuverlässig dahin beurteilt werden kann, daß der Verletzte ohne den Unfall nach seinen persönlichen und begrifflichen Verhältnissen in Verbindung mit seiner vor der Verletzung vorhandenen körperlichen Rüstigkeit bis ans Lebensende oder doch bis ins höchste Greisenalter erwerbstätig geblieben sein würde.

3. **RG.** JW. **13** 987. Im Falle des § 843 BGB. ist, wenn infolge der Verletzung des Körpers die Erwerbsfähigkeit des Verletzten gemindert ist, diesem durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten. Der hiernach zu ersetzende Schaden, der seinem Begriffe nach nicht zu einer Bereicherung führen soll, besteht in dem Unterschiede des Erwerbes, den der Verletzte nach dem schädigenden Ereignisse zu ziehen noch imstande ist, und des Erwerbes, den er ohne dieses Ereignis aus seiner Arbeitskraft zur Zeit der Verletzung hätte ziehen können. Zweifellos ist

hiernach der Umstand zu berücksichtigen, daß der Verletzte zur Zeit der Verletzung in seiner Erwerbsfähigkeit durch ein Leiden beschränkt war.

4. **RG.** R. **13** Nr. 3008. Der Antrag des minderjährigen Verletzten auf Befreiung von den Kosten der ärztlichen Behandlung darf nicht abgewiesen werden, weil nicht er, sondern nur sein Vater Schuldner des Arztes sei.

5. **a)** **RG.** EisenbE. **29** 432. Eine Rente ist mit Rücksicht auf den Einfluß des zunehmenden Alters zeitlich zu begrenzen. **b)** **RG.** SeuffA. **68** 311. Die Rente ist mit Rücksicht auf den sich normalerweise geltend machenden Einfluß des zunehmenden Alters entsprechend zeitlich zu begrenzen.

6. R. **13** Nr. 947 (Colmar). Der Verletzte ist verpflichtet, die Beeinträchtigung seiner Erwerbstätigkeit durch die Wahl eines anderen, seinen Fähigkeiten und Neigungen entsprechenden Berufs zu mindern.

§ 844. 1. **RG.** R. **13** Nr. 847. Daß der Getötete sein Gehalt für sich allein verbrauchte, ist belanglos. Denn für die nach § 844 Abs. 2 BGB. zu bemessende Unterhaltsrente ist nicht derjenige Betrag maßgebend, den der getötete Unterhaltspflichtige den Unterhaltsberechtigten tatsächlich gewährt hat, sondern derjenige, den er ihnen ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts zu gewähren in der Lage war und deshalb gewähren mußte.

2. **RG.** R. **13** Nr. 846. Nur die Zinsen des ererbten Vermögens müssen sich die Kinder des Getöteten auf ihren Unterhaltsanspruch anrechnen lassen. Nach § 1602 Abs. 2 BGB. kann nämlich ein minderjähriges Kind von seinen Eltern die Gewährung des Unterhalts insoweit beanspruchen, als die Einkünfte seines Vermögens (und der Ertrag seiner Arbeit) zu seinem Unterhalte nicht ausreichen. Dieser Grundsatz findet gemäß § 10 KraftfahrzeugG. in Verbindung mit §§ 843, 844 BGB. auch im Verhältnisse der Parteien zueinander und entsprechend auch auf die Anrechnung der den Ersatzberechtigten verbliebenen Unterhaltsmittel Anwendung. Hiernach können also auf den Schadensersatzanspruch nur die Zinsen desjenigen Vermögens in Anrechnung gebracht werden, welches die Kinder infolge des tötlichen Unfalls ihres Vaters geerbt haben.

3. **RG.** JW. **13** 376. Der erste Richter hat in der Formel den Beklagten in ganz allgemeiner Fassung verurteilt, den Klägern allen Schaden zu ersetzen, der ihnen dadurch entstanden ist, und noch entstehen wird, daß die klagende Ehefrau am 19. August 1906 den streitigen Unfall erlitt und verletzt wurde. Diese Urteilsfassung kann insofern rechtliche Bedenken erwecken, als der nicht verletzte Ehemann Schadensersatz nur nach Maßgabe des § 845 BGB., nämlich nur insoweit verlangen kann, als ihm infolge des Unfalls die Dienste der Ehefrau im Hauswesen und Gewerbe entgangen sind und er Schaden dadurch erlitten hat; zur Ausgleichung dieses Schadens ist die im § 845 vorgesehene Rente bestimmt. Dagegen kann er sonstigen Schaden, der ihm aus dem Unfalle der Ehefrau erwachsen ist oder noch erwachsen wird, nicht ersetzt verlangen (RGRKomm. § 845 Erl. 3). Eine ausdrückliche Änderung des Urteils deswegen war indessen nicht geboten, weil aus seiner Begründung zweifelsfrei erhellt, daß dem Ehemann ein Anspruch ausschließlich auf Grund und nach Maßgabe des § 845 BGB., und zwar für den Wegfall der Dienste der Ehefrau in seinem Geschäftsbetriebe, zuerkannt werden sollte und zuerkannt worden ist.

4. **RG.** R. **13** Nr. 2576. Die wahrscheinliche Lebensdauer des Getöteten ist nach freiem Ermessen abzuschätzen.

§ 845. 1. **RG.** HessRspr. **14** 241. Ansprüche des Ehemanns wegen Verletzung seiner Ehefrau durch einen Personenaufzug nur wegen des ihm selbst entstandenen Schadens, da er auf Grund der ihm obliegenden Unterhaltspflicht für die aus dem Unfall entstandenen und noch entstehenden Heilungskosten aufzukommen hat.

2. HessRspr. **14** 244 (Darmstadt). Schadensersatzanspruch des Ehemanns bei Aufhebung seiner Erwerbsfähigkeit durch unerlaubte Handlung nach der mit seiner Ehefrau vereinbarten Gütertrennung.

3. WürttJ. **25** 142 (Stuttgart). Recht des Ehemanns bei der Errungenschaftsgemeinschaft zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Körperverletzung seiner Ehefrau.

§ 847. 1. **RG.** JW. **13** 543. § 847 gibt einen Ersatzanspruch nicht nur als Entschädigung für ausgestandene Schmerzen, sondern ganz allgemein für jeden durch eine Körper- oder Gesundheitsverletzung oder Freiheitsentziehung entstandenen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist. Schon der Wortlaut der Vorschrift schließt hiernach die Annahme aus, daß nur ein Anspruch auf „Schmerzensgeld" in dem engeren Sinne hat gewährt werden sollen, insbesondere ist eine derartige enge Auslegung mit der Gewährung des Anspruchs auch für den Fall der Freiheitsentziehung unvereinbar. Auch die Motive ergeben dies zweifelsfrei.

2. SächsRpflA. **13** 424 (Dresden). Der Anspruch auf Schmerzensgeld kann auch mittels einer auf ein Vertragsverhältnis gestützten Klage geltend gemacht werden, wenn daneben die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung vorliegen (**RG.** JW. **07** 830, **10** 112).

§ 848. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 605, vgl. oben zu § 287.

§ 852. 1. *Mahr. Die Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen ist analog der Kenntnis von dem Schaden nach objektiven Gesichtspunkten zu ermitteln. Zu einer Durchbrechung des Grundsatzes „error iuris nocet" liegt kein ausreichender Grund vor.

2. **RG.** JW. **13** 686, SeuffA. **68** 360. Maßgebend für den Beginn der Verjährung ist der Zeitpunkt, in dem der Beschädigte auch von denjenigen Umständen Kenntnis erhält, die die Voraussetzungen der Verpflichtung zum Schadensersatz aus dem Gesichtspunkt einer unerlaubten Handlung einem anderen gegenüber als erfüllt erscheinen lassen. Die erforderliche Kenntnis als solche ist aber erst dann als gegeben anzusehen, wenn dem Beschädigten Umstände bekannt geworden sind, die ihm den zuverlässigen Schluß ermöglichen, daß er die Klage gegen den anderen mit Aussicht auf Erfolg zu begründen vermag (**RG. 76** 63).

3. **RG.** R. **13** Nr. 3140. Die Kosten ständig angewandter Kurmittel gelten für die Verjährung auch bezüglich der Zukunft als bekannt.

4. **RG.** R. **13** Nr. 683. Muß der Verletzte mit der Möglichkeit rechnen, daß durch die Verletzung des linken Auges das rechte Auge später ebenfalls in Mitleidenschaft gezogen werde, so beginnt die Verjährungsfrist mit der Erlangung der Kenntnis dieser Möglichkeit.

5. **RG.** R. **13** Nr. 849, LeipzZ. **13** 296, BayRpflZ. **13** 196. Die Herausgabepflicht trifft auch Teilnehmer an der unerlaubten Handlung, die zufolge Schiebungen selbst nicht mehr bereichert sind.

6. **RG.** LeipzZ. **13** 384, PosMSchr. **13** 17. Der Tatbestand des § 717 Abs. 2 ZPO. fällt unter den Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne des § 852. Daß die sich mit den unerlaubten Handlungen beschäftigenden §§ 852—853 auch auf Tatbestände angewendet werden können, die ein Verschulden des für den Schaden Verantwortlichen nicht voraussetzen und die in anderen Reichsgesetzen als dem BGB. geregelt sind, hat RG. in ständiger Rechtsprechung angenommen.

7. **RG.** R. **13** Nr. 1144. Bei einem auf Arglist sich gründenden Schadensersatzanspruch läuft die Verjährungsfrist erst von dem Zeitpunkte, in dem der Geschädigte von der Arglist Kenntnis erhält.

8. **RG. 80** 212 = JDR. **11** § 852 Ziff. 5.

9. HansGZ. **13** Beibl. 8 (Hamburg). Vgl. **RG.** JDR. **11** § 852 Ziff. 7 über Beginn der Verjährung.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Besitz.

Literatur: Ebner, Besitz und Eigentum an jagdbarem Wilde, GruchotsBeitr. 57 343—365. — Ebbecke, Besitzstand, R. 13 261—268. — Last, Fragen der Besitzlehre. Jena 1913 (Abdruck aus JheringsJ.).

§ 854. 1. Ebbecke, R. **13** 265. Dem Droschkenkutscher kann, wenn der Fahrgast in der Droschke versehentlich einen Gegenstand zurückgelassen hat, nicht ohne weiteres der Besitz an diesem Gegenstande zugeschrieben werden. Auch derjenige, der einen Briefkasten vor seiner Wohnung angebracht hat, hat nicht den Willen, unterschiedslos den Besitz an allen Sachen zu erwerben, die in den Briefkasten hineingelegt werden. Der Briefkasten ist nur zur Aufnahme von Briefschaften und ähnlichen Gegenständen bestimmt.

2. WürttJ. **25** 299 (Stuttgart). Das Gesetz verlangt zum Besitz mehr als die bloße Möglichkeit der Ausübung der tatsächlichen Gewalt. Dieses „Mehr" kann nur die wirkliche Ausübung sein, und die wirkliche Ausübung beruht eben auf dem Ausübungswillen.

3. Über den Besitz an jagdbarem Wilde vgl. Ebner u. § 960 Ziff. 1.

§ 855. 1. Ebbecke, R. **13** 266. Der Geschäftsherr, der mit Hilfe seiner Angestellten ein Geschäft betreibt ist Besitzer der innerhalb des Geschäftsbetriebs in der Inhabung der Angestellten befindlichen Sachen. Der Besitzstand ist dadurch hergestellt, daß der Geschäftsbetrieb mit allen dazu gehörigen Sachen ein geschlossenes Ganzes bildet, das der Einwirkung dritter Personen entzogen ist. Der Besitzstand gebührt dem Geschäftsherrn. Die Inhabung des Angestellten begründet für diesen keinen Besitz. Darauf, ob der Besitzdiener den Willen hat, die Sache für sich zu besitzen, kommt es nicht an. Ein solcher Wille hat gegenüber dem Umstande, daß tatsächlich der Angestellte in Abhängigkeit von dem Geschäftsherrn ist und seinem Willen sich fügen muß, keinerlei Bedeutung. Einen Besitz an den Geschäftssachen kann deshalb der Angestellte, solange das Abhängigkeitsverhältnis fortdauert, auch nicht dadurch erwerben, daß er dem Geschäftsherrn gegenüber den Besitz für sich in Anspruch nimmt (aM. Rohde, Studien im Besitzrechte 13 ff. Abschn. 20).

2. a) Last, Fragen der Besitzlehre 340. Der Besitzdiener steht in jeder Hinsicht dem römischen Prokurator sehr nahe: in Hinsicht auf den Besitzerwerb, die Besitzausübung und die Besitzerhaltung. Hier wie dort ein Verhältnis der Unterordnung; ferner Betätigung, die sich regelmäßig innerhalb, ausnahmsweise außerhalb der Detentionssphäre des Herrn vollzieht; dann Stellvertretung im Erwerbe des Besitzkorpus, zuweilen auch im Besitzerwerbwillen; ferner Stellung zum Besitze des Herrn als Detentionsgehilfe oder als Detentor; dann Besitzverlust nicht durch bloße Willensänderung, sondern durch Willensänderung, die sich in Besitzentziehung bekundet; endlich Gleichstellung mit dem momentanen Detentor bei der Besitzausübung. Hier wie dort liegt daher Erwerb und Ausübung des Besitzes durch Vertreter, hier wie dort Stellvertretung im Erwerbe des Besitzkorpus und zuweilen auch im Besitzerwerbwillen. b) Last aaO. 326 ff. Der sog. momentane Detentor, der Logennachbar, der mein Opernglas, der Reisegefährte, der mein Kursbuch sich für eine Weile erbittet, der Tischgast, der Besteck und Geschirr in Händen hat), ist nicht Besitzer, sondern nur Detentionsgehilfe oder Detentor. Wenn er auch nicht unter den § 855 fällt, so finden auf ihn doch die Bestimmungen analoge Anwendung, welche die besitzrechtliche Stellung des Besitzdieners gestalten. Er hat gleich diesem die Befugnisse nach § 860, der Besitzer hat gegen ihn das Recht der Selbsthilfe und die gewöhnlichen Besitzschutzmittel, und ihm steht gegen den Besitzer kein Zurückbehaltungsrecht zu. c) Last aaO. 319 ff. erörtert eingehend, wann ein Verhältnis dem Haushalt oder Erwerbsgeschäfte derart „ähnlich" sei, daß es gleich diesen Besitzdienerschaft begründen könne, ferner was

das Charakteristische dieser beiden Verhältnisse sei, das auch in anderen Verhältnissen vorhanden sein müsse, damit sie Besitzdienerschaft begründen können.

§ 865. Besitz am Inhalt eines Stahlkammerschrankfachs (JDR. 7). Bacharach, Schrankfachvertrag, HoldheimsMSchr. **13** 295 ff. An Fach und Inhalt haben der Kunde und die Bank Mitbesitz, und zwar ist dieser Mitbesitz für beide Teile ein unmittelbarer. Die Verpflichtung der Bank zur Mitwirkung bei der Öffnung des Faches tut ihrem Mitbesitze keinen Abbruch.

§ 868. 1. *Schmidt, Wirksamkeit des nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehalts 28 ff., 38 ff. Während der ursprüngliche Eigentumsvorbehalt ein „ähnliches Verhältnis" im Sinne von § 868 darstellt, trifft dies bei dem nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehalte nicht zu, da bei dieser Vereinbarung die für den Begriff „ähnliches Verhältnis" erforderten Merkmale nicht vorliegen.

2. Ebbecke, R. **13** 267. Unmittelbarer Besitzer ist der Handwerker, der gegen Vergütung eine Ausbesserung der Sache vornimmt, sowie der Dienstmann, der durch das Tragen der Sache sich seinen Lohn verdient.

3. Last, Fragen der Besitzlehre 312. Dem § 868 liegt römisches Recht zugrunde, der Erwerb des mittelbaren Besitzes ist Besitzerwerb durch Stellvertreter. Der Nießbraucher, Verwahrer, Beauftragte ist zwar nicht mehr Inhaber, sondern Besitzer, aber zugleich ist er Besitzmittler. Darin liegt keine Beeinträchtigung des (unmittelbaren) Besitzes. Der ihm zugedachte Besitzschutz bleibt erhalten.

4. Last, Fragen der Besitzlehre 361 ff., wendet sich gegen die herrschende Ansicht, daß der mittelbare Besitzer nicht allein nach §§ 870 u. 931, sondern auch durch Besitzkonstitut nach §§ 868 u. 930 den mittelbaren Besitz übertragen könne.

5. **RG.** 28. 9. 12, GruchotsBeitr. **57** 434 ff. Das Rechtsverhältnis des § 868 muß in der Vorstellung der Parteien als eines Tages zu Ende gehend gedacht sein, aber es braucht nicht gerade durch Herausgabe der Sache an den bisherigen mittelbaren Besitzer endigen. So gilt auch der Eigentumsvorbehalt nach § 455 als ein solches Rechtsverhältnis (**RG. 69** 197, JDR. **7** Ziff. 5), obwohl dessen regelmäßig vorausgesetzte Beendigung durch Zahlung des Kaufpreises den unmittelbaren Besitzer gerade endgültig von der Herausgabepflicht an den mittelbaren Besitzer befreit. Diese Auffassung wird vom **RG.** 24. 1. 13, JW. **13** 432, SchlHolstAnz. **13** 113 ff., mit eingehender Begründung aufrechterhalten.

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: Auch im Berichtsjahre haben sich Rechtsprechung und Rechtslehre nur wenig mit der dinglichen Einigung beschäftigt (§ 873 Ziff. 1—4); das KG. hat sich der in der Rechtslehre vertretenen Auffassung angeschlossen, daß der Abschluß der Einigung nicht mittels eines Vertrags zugunsten Dritter erfolgen darf (§ 873 Ziff. 2). Den Streit, ob die Rangänderung auch bei dem vortretenden Rechte eingetragen werden müsse, hat das KG. in bejahendem Sinne entschieden, es hat hinzugefügt, daß die Unterlassung dieser Eintragung auf die Wirksamkeit der Rangordnung keinen Einfluß habe, sondern nur Schadensersatzansprüche begründen könne (§ 880 Ziff. I). Das RG. hat sich über die Ähnlichkeit zwischen der Rechtsvermutung des § 891 und dem Erbschein und die Unterschiede zwischen beiden ausgesprochen (§ 891 Ziff. I). An dem in dem Urteile des RG. vom 12. Februar 1910 (s. die Vorbem. zu dem 2. Abschnitte des Sachenrechts in JDR. **9**) eingenommenen Standpunkte, daß der öffentliche Glauben des Grundbuchs sich auch auf die versehentliche Buchung eines Teiles einer Katasterparzelle erstrecke, hat die Rechtsprechung, insbesondere die des RG. trotz aller Angriffe festgehalten (§ 892 Ziff. I 1, 2). Einen erheblichen Umfang nimmt im vorliegenden Berichte die Vormerkungslehre ein. Das KG. hat sich mit der

Rechtsnatur der Vormerkung beschäftigt und im Anschlusse daran die Ansicht vertreten, daß eine Vormerkung durch ihre Löschung stets, also auch dann erlösche, wenn die Löschung zu Unrecht erfolgt sei (§ 883 Ziff. V 1a), und Güthe hat die Lehre von der Unrichtigkeit des Grundbuchs im Rechtsgebiete der Vormerkung im Zusammenhang erörtert (§ 883 Ziff. I 2, II 5, IV 1 a, V 1 b, 2 b, 3, 5, VI, § 886 Ziff. 2, §§ 887, 888).

Literatur: S. auch die Zusammenstellung bei der Grundbuchordnung. Von zusammenfassenden Darstellungen des Liegenschaftsrechts sind im Berichtsjahre die 2. Aufl. des BGB.-Kommentars von Reichsgerichtsräten, in dessen 2. Bande das Immobiliarsachenrecht eine im wesentlichen aus Busch' Feder stammende eingehende Erörterung erfahren hat, die 6. Aufl. des Cosackschen Lehrbuchs des deutschen bürgerlichen Rechtes, dessen 2. Band das Sachenrecht mitumfaßt, und die 2. Aufl. des Wolffschen Sachenrechts — 2. Band 1. Abteilung des Lehrbuchs des bürgerlichen Rechtes von Enneccerus, Kipp und Wolff — erschienen. Sodann sind hier die das Liegenschaftsrecht in weitem Umfange heranziehenden neuen Auflagen zweier Kommentare zur Grundbuchordnung, nämlich die 2. Aufl. der Predarischen Grundbuchordnung und die 3. Aufl. der Gütheschen Grundbuchordnung zu erwähnen; die ebenfalls im Berichtsjahr erschienene 2. Aufl. der Arnheimschen Grundbuchordnung beschränkt sich im wesentlichen auf das formelle Grundbuchrecht. Josef hat die 2. Aufl. seiner Rechtsfälle, die sich auch auf das Liegenschaftsrecht und die Grundbuchordnung erstrecken, erscheinen lassen. Schließlich ist noch auf ein für die Praxis bestimmtes Buch hinzuweisen: Petermann, Der Grundbuchverkehr, das Hypothekenwesen und die Rechtsverfolgung aus der Hypothek. Anleitung zur Anfertigung von Urkunden im Grundbuchverkehre zur Ersparung von Gerichtsgebühren.

§ 873. 1. Busch, R. **13** 50. Die bindende Einigung erscheint an sich als ein Rechtsverhältnis zwischen den beiden von ihr betroffenen Parteien. Denn sie ist ein durch die Herrschaft der Rechtsnorm über einen konkreten Tatbestand als Rechtsfolge dieses Tatbestandes entstandenes rechtliches Verhältnis einer Person zu einer anderen (Gaupp-Stein, Note 13 zu § 256 ZPO.). An der Feststellung dieses Rechtsverhältnisses hat jede Partei ein rechtliches Interesse, welche aus der bindenden Einigung den vollen Rechtserfolg herbeiführen will. Dies Interesse ist auch ein alsbaldiges, da bei längerem Warten die nichtsäumige Partei durch Zurückweisung des Eintragungsantrags den Verlust ihrer bereits bestehenden, auf die bindende Einigung sich gründenden Rechte zu befürchten hat. Hiernach sind alle Erfordernisse der Feststellungsklage nach § 256 ZPO. gegeben. Zur Behebung der Hindernisse der Eintragung genügt das Feststellungsurteil, welches das Bestehen des nach formellem Grundbuchrechte noch nicht nachgewiesenen Elements der Einigung auf Grund der tatsächlich geschehenen Einigung dartut. Es hat also in dem Beispielsfalle dahin zu lauten: Festgestellt wird, daß durch die Auflassung die Einigung unter den Parteien zustande gekommen ist, daß insbesondere der für den Beklagten zur Abgabe der Auflassungserklärung erschienene Vertreter von dem Beklagten ermächtigt war, in dessen Namen die Auflassung vorzunehmen. Bei mangelhafter Bezeichnung des Grundstücks in der notariellen Auflassungserklärung würde die Feststellung dahin zu tenorieren sein, daß die Parteien bei Abgabe der Auflassungserklärung einig gewesen seien, daß die Einigung sich auf das Grundstück N. N. beziehe. Eine solche urteilsmäßige Feststellung ist für das Grundbuchamt eine öffentliche Urkunde, welche das Vorhandensein der fehlenden Eintragungsvoraussetzung in gleicher Weise nachweist wie die freiwillige Erklärung der säumigen Partei.

2. KGJ. **43** 227 (KG.). Der Abschluß der Einigung mittels Vertrags zugunsten eines Dritten ist dem geltenden Liegenschaftsrecht unbekannt (Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 40 f., 53; **RG. 66** 99 f.; der Widerspruch von Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter 119 f., 129 f., und von Rosenberg, DJZ. **12** 541 f., ist demnach unbegründet). S. JDR. **7** zu § 873 Ziff. 1 u. **11** zu § 873 Ziff. 4.

3. OLG. **26** 37 (BayObLG.). Die Auflassung bildet kein einen Anspruch erzeugendes Verpflichtungs-, sondern ein Verfügungsgeschäft, das eine Leistung (Erfüllung) darstellt und von dem den Anspruch auf Übertragung des Eigentums begründenden schuldrechtlichen Vertrage losgelöst ist (Güthe § 19 Note 13; Goldmann-Lilienthal, BGB. II 184).

4. SächsRpflA. **13** 69 (Dresden). Dingliche Einigung im Falle der Geschäftsunfähigkeit des Berechtigten.

§ 874. **RG.** R. **13** Nr. 2420. Bei einem Veräußerungsverbote zugunsten einer bestimmten Person muß diese in der Eintragung selbst genannt sein. Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nicht.

§ 875. Güthe, GruchotsBeitr. **57** 1 ff. (63): Das, was der § 875 bestimmt, muß seinem Inhalte nach in jedem Falle für die Vormerkung gelten. Dies ergibt sich aus den für die Vormerkung gegebenen sachenrechtlichen Regeln des § 883 BGB. in Verbindung mit den Erwägungen, die für die Aufnahme des § 875 in das BGB. maßgebend gewesen sind.... (64): Danach bewirkt der Verzicht auf die Vormerkung nur dann deren Aufhebung, wenn die Löschung im Grundbuche hinzutritt. Dies ist auch die herrschende Meinung. Von dieser Regel bestehen auch keine Ausnahmen. Es wird allerdings behauptet, daß die Vormerkung dann durch bloße Verzichtserklärung, also ohne Löschung im Grundbuch erlösche, wenn sie ein Recht an einem Grundstücksrechte betreffe. Diese Ansicht kann jedoch nicht gebilligt werden.

§ 878. 1. **RG. 81** 424. Hypotheken, die gemäß § 878 BGB. nach Konkurseröffnung rechtswirksam eingetragen sind, unterliegen der Anfechtung nach § 42 KO.

2. ElsLothJZ. **13** 125, ElsLothNotZ. **13** 12 (Colmar). Aus den §§ 6 u. 7 KO. kann eine den Konkurs überdauernde und unheilbare Nichtigkeit der vom Gemeinschuldner während des schwebenden Konkurses vorgenommenen Verfügungen nicht hergeleitet werden. Allerdings entzieht der § 6 KO. dem Gemeinschuldner das Recht zur Verwaltung und Verfügung über sein zur Konkursmasse gehörendes Vermögen. Daraus folgt jedoch nicht, daß die dennoch vom Gemeinschuldner vorgenommenen Verfügungsverhandlungen vollständig unwirksam wären, denn vollständig unwirksam ist nicht einmal die Verfügung eines gänzlich Nichtberechtigten (§ 185 BGB.). Weiterhin bestimmt aber der § 7 KO., daß „Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind". Dies bedeutet nach der in der Rechtslehre herrschenden Auffassung [Jäger (3/4) Anm. 8 zu § 7 KO.), daß diese Unwirksamkeit nur zum Zwecke der Erhaltung der nach § 3 KO. zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger bestimmten Konkursmasse besteht und dementsprechend nur im gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger geltend gemacht werden kann. Hieraus folgt, daß, sobald infolge einer nach § 192 KO. erfolgten Aufhebung oder einer nach § 206 KO. erfolgten Einstellung des Konkursverfahrens Konkursgläubiger als solche und damit eine vom übrigen Vermögen des Gemeinschuldners abgesonderte Konkursma se nicht mehr vorhanden sind, Gründe für die Unwirksamkeit nicht mehr bestehen, und diese völlig verschwindet, soweit nicht zuvor der Konkursverwalter anderweitig über den Gegenstand der relativ unwirksamen Verfügung seinerseits wirksam verfügt hatte.

§ 879. 1. **RG.** WarnE. **13** 392. Der Berufungsrichter hat die Streitfrage, ob bei einer der dinglichen Einigung nicht entsprechenden Rangeintragung die Grundbuchberichtigungsklage erhoben werden kann, wie u. a. Planck Anm. 4 a; v. Staudinger Anm. B III f zu § 879 BGB.; Predari zu § 45 GBO. Anm. 2 annehmen, mit den Vertretern der gegenteiligen

Ansicht verneint (vgl. Biermann Anm. 2; Turnau-Förster Anm. II 5; RGRKomm. Anm. 8 zu § 879 BGB.; Dernburg, Sachenrecht § 45 Note 3; Oberneck I 352/353; Güthe, JW. **12** 614 f. u. a. m.). Dies wäre an sich nicht zu beanstanden (Prot. III 91; **RG. 57** 282, **73** 175). S. JDR. **11** zu § 879 Ziff. 1.

2. KGJ. **43** 234 (KG.). Der § 879 Abs. 1 BGB. bezieht sich nur auf das Recht in seiner Gesamtheit. Die später zu dem Rechte in einer Nebenspalte eingetragenen Nebenrechte teilen auch dann, wenn ihre Eintragung später als die Eintragung eines nachstehenden Rechtes erfolgt, den Rang des Hauptrechts, falls nicht durch einen besonderen Rangvermerk ein anderer Rang bestimmt ist.

3. **RG. 81** 146, JW. **13** 330. Steht dem Nießbrauche das durch die §§ 1113, 1123, 1124, 1147 BGB. verliehene Recht des Hypothekengläubigers gegenüber, sich aus den Mietzinsen des ihm verpfändeten Grundstücks Befriedigung für seine Hypothekenforderung zu verschaffen, so wird der zwischen beiden Rechten bestehende Widerstreit durch die für alle dinglichen Rechte gegebenen Bestimmungen über ihr Rangverhältnis in §§ 879, 880 BGB. gelöst. Hiernach hat das an einem früheren Tage in einer Abteilung des Grundbuchs eingetragene Recht den Vorrang vor dem später eingetragenen Rechte in der anderen Abteilung (§ 879 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Im Streitfall ist die Hypothek des Beklagten an einem früheren Tage, als der Nießbrauch des Klägers in das Grundbuch eingetragen worden, und schon an diesem früheren Tage hatte der Beklagte sein allgemeines Hypothekenrecht auf die Mietzinsforderungen gemäß § 1123 Abs. 1 BGB. erworben, und zwar selbst dann, wenn zu dieser Zeit die Grundstücke noch gar nicht vermietet gewesen wären, denn das Recht des Hypothekengläubigers erstreckt sich auch auf künftige, aus erst später neu abzuschließenden Verträgen erwachsende Mietzinsen (vgl. **RG. 68** 13). Es wäre ein ungerechtfertigter und unnötiger Umweg, den Hypothekengläubiger, wenn er sein Recht auf die Mietzinsen im Wege der Pfändung der Mietzinsforderungen verwirklichen will, auf vorgängige Erwirkung eines Duldungsurteils gegen den später, als er, eingetragenen Nießbraucher zu verweisen. Vielmehr steht ihm ohne weiteres nach § 879 Abs. 1 Satz 2 BGB. das Vorrecht auf die Mietzinsen vor dem Nießbraucher zu.

§ 880. I. Eintragung der Rangänderung. RJA. **12** 256, KGJ. **44** 256 (KG.). Die Rangänderung ist nicht nur bei dem zurücktretenden, sondern auch bei dem vortretenden Rechte zu vermerken. Hieraus folgt jedoch nicht, daß die nur bei dem zurücktretenden Rechte bewirkte Eintragung nichtig ist. Insbesondere kann dieser Fall nicht dem Falle einer nur ein Grundstück betreffenden Verfügung über eine Gesamthypothek gleichgestellt werden. . . . Die Wirkung einer solchen Eintragung kann nur darin bestehen, daß durch die Eintragung bei dem zurücktretenden Rechte die Eintragung des vorstehenden Rechtes hinsichtlich des Ranges unrichtig gemacht würde. Eingetragen ist die Rangänderung bei dem vortretenden Rechte erst von dem Augenblick an, in dem sie auch bei diesem im Grundbuche vermerkt wird. Materiell-rechtlich wirksam wird dagegen die Rangänderung auch für das vortretende Recht schon mit ihrer Eintragung bei dem zurücktretenden Rechte. Diese Auffassung deckt sich nicht mit der Ansicht, daß zur Vorrangseinräumung die Eintragung bei dem zurücktretenden Rechte in jedem Falle genüge. Daß dies nicht der Fall ist, zeigt sich dann, wenn sich an das vortretende Recht ein gutgläubiger Erwerb anschließt. Die materielle Rechtslage kann allerdings durch einen solchen Erwerb nicht geändert werden, weil nach § 892 BGB. der Inhalt des Grundbuchs nur zugunsten des Erwerbers als richtig gilt, die Beseitigung des besseren Ranges aber zuungunsten des Erwerbers wäre. Dagegen kann für den gutgläubigen Erwerber ein sonstiger Schaden eintreten, z. B. dadurch, daß der Erwerber in Unkenntnis der Rangänderung deren

nochmalige Eintragung beantragt und infolge der Abweisung dieses Antrags mit Kosten belastet wird. Wäre die Eintragung bei dem vortretenden Rechte nicht notwendig, so wäre die Haftung des Staates für derartige Schäden (§ 12 GBO.) ausgeschlossen.

II. Die Wirkung der Rangänderung. 1. BreslauAK. **13** 46 (Breslau). Die Wirkung des Versprechens des Grundstückseigentümers, dem Hypothekengläubiger ein Vorrecht zu verschaffen, beschränkt sich auf das Verhältnis des Eigentümers zu dem betreffenden Nachhypothekar. Die eingegangene Verbindlichkeit ist eine rein persönliche. Sie äußert Dritten gegenüber keine Wirkung. Das dingliche Recht wird durch sie nicht berührt oder eingeschränkt. Die vom Eigentümer übernommene Verbindlichkeit steht der Entstehung und dem Bestehen der Eigentümergrundschuld nicht hindernd im Wege, und die einmal entstandene Eigentümergrundschuld besteht zunächst noch fort und äußert die daraus sich ergebenden Wirkungen so lange, bis der Eigentümer in Erfüllung der eingegangenen obligatorischen Verbindlichkeit sie zur Löschung bringt oder den Vorrang eintragen läßt.

2. **RG.** R. **13** Nr. 3252. Ein Wegeberechtigter, dessen Recht auf Vertrag beruht, braucht sich die nach Eintrag seines Wegerechts ohne seine Zustimmung erfolgte Ranggleichstellung einer seinem Rechte nachgehenden Hypothek mit den ihm vorgehenden Hypotheken nicht entgegenhalten zu lassen, wenn er zwecks Erhaltung seines Wegerechts die Vorhypotheken nach §§ 1150, 268 BGB. ablöst.

3. Der Fall der Baugeldhypothek (s. JDR. **5** zu § 880 Ziff. 5 a, **6** zu § 880 Ziff. 5, **8** zu § 880 Ziff. II 3, **10** zu § 880 Ziff. 3, **11** zu § 880 Ziff. I 3). a) **RG.** R. **13** Nr. 3009. Ist einer Baugeldhypothek der Vorrang eingeräumt, so ist in Ermangelung einer ausdrücklichen gegenteiligen Abmachung anzunehmen, daß der Hypothek des Baugeldgebers, wenn er Teilbeträge auf die Hypothek ohne Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in dem Glauben gewährt hat, daß die Bauabschnitte, deren Herstellung nach dem Baugeldervertrage die Fälligkeit der betreffenden Teilbeträge herbeiführen sollte, fertiggestellt seien, in Höhe der gezahlten Teilbeträge der Vorrang vor der Hypothek des Zurücktretenden auch dann zusteht, wenn tatsächlich an den Bauabschnitten noch Bauarbeiten fehlen oder die Bauausführung Mängel aufweist. Die weitergehende Annahme in **RG. 76** 373, R. **11** Nr. 2895 ist entsprechend einzuschränken. b) **RG.** WarnE. **13** 417. Wenn nicht besondere Umstände für eine andere Willensmeinung der Beteiligten sprechen sollten, wird anzunehmen sein, der Zurücktretende habe dem Rechte der Beklagten, daß an sie eine Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen sei (§ 1191 BGB.), nur insoweit den Vorrang einräumen wollen und eingeräumt, als die Beklagte Geldbeträge für den Bau hergeben werde. Es ist nicht abzusehen, warum der Wille des zurücktretenden Gläubigers dahin gegangen sein sollte, der Beklagten zur Sicherung beliebiger Forderungen, die sich nicht auf die Hingabe von Baugeld bezogen, das Recht einzuräumen, im Range vor der Kaufgeldhypothek Zahlung aus dem Grundstücke sich zu verschaffen (vgl. **RG. 76** 375).

§ 881. 1. SeuffBl. **12** 578 (BayObLG.). Der Rang des erloschenen, aber noch nicht gelöschten Teiles einer altrechtlichen Annuitätenhypothek, bei deren Bestellung der Eigentümer sich das Recht der Rangeinräumung nicht ausdrücklich vorbehielt und den Vorbehalt im Hypothekenbuche nicht eintragen ließ, kann vom Eigentümer einer neuen Hypothek ohne die Zustimmung der Gläubiger der altrechtlichen Nachhypotheken nicht eingeräumt werden.

2. *Hövel, ZBlFG. **13** 689. Abs. 4 enthält eine materielle Bestimmung dinglichen Charakters. Er weist den beiden fraglichen Hypotheken (A, C) und der Zwischeneintragung (B) bestimmte Rangstellen an, welche jedoch von der Höhe des

auf diese Rechte entfallenden Erlöses abhängen. Da bei der Zwangsversteigerung die in das geringste Gebot fallenden Rechte vor Abgabe von Geboten nach Rang und Umfang festzustellen sind, müssen vorliegendenfalls, wenn A, B oder C betreibender Gläubiger ist, die vom geringsten Gebote bis zur vollen Befriedigung der drei Hypotheken eintretenden Verschiebungen der Rangstellen ausdrücklich in das geringste Gebot aufgenommen werden, soweit sie vor dem betreibenden Gläubiger rangieren. Die Folge ist eine Veränderlichkeit des geringsten Gebots nach Umfang und Inhalt.

§ 882. ElsLothNotZ. **13** 227 (LG. Metz). Im Falle eines Gesamtrechts ist eine Verteilung des Höchstbetrags des Ersatzes auf jedes einzelne Grundstück zwar zulässig, aber gesetzlich nicht vorgeschrieben.

§ 883. I. Wesen der Vormerkung. 1. **RG.** WarnE. **13** 222. Die Vormerkungen stehen und fallen mit dem Anspruche, zu dessen Sicherung sie bestimmt sind.... Die Vormerkung begründet eine Verfügungsbeschränkung, die das Eigentum des Klägers beeinträchtigt (vgl. auch **RG.** GruchotsBeitr. **54** 943).... Nach dem 2. Satze des § 883 BGB. ist die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen Anspruchs zulässig, und hierunter ist, wie im § 1113 Abs. 2 und im § 765 Abs. 2 BGB. nicht nur ein betagter, sondern auch ein Anspruch zu verstehen, der noch nicht entstanden, dessen Entstehungstatbestand aber so weit gegeben ist, daß er dadurch die erforderliche Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit erhält.

2. Güthe, GruchotsBeitr. **57** 1 ff. (6): Die Vormerkung ist ein mit gewissen dinglichen Wirkungen ausgestatteter Grundbuchvermerk.... (3): Diese Wirkungen lassen sich unter den Namen „Sicherungswirkung", „Rangwirkung" und „Vollwirkung" zusammenfassen. Die Sicherungswirkung besteht darin, daß eine nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffene Verfügung, mag sie auf einer rechtsgeschäftlichen Erklärung des von der Vormerkung Betroffenen beruhen oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen, insoweit unwirksam ist, als sie den durch die Vormerkung gesicherten persönlichen Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde.... (4): Die Rangwirkung besteht darin, daß der Rang des Rechtes, auf dessen Eintragung der Anspruch gerichtet ist, sich nach der Eintragung der Vormerkung bestimmt.... (6): Die Vollwirkung besteht darin, daß der vorgemerkte Anspruch in einem bestimmten Falle vollständig wie das endgültig eingetragene dingliche Recht behandelt wird. Dies trifft für die Feststellung des geringsten Gebots zu. Denn nach § 48 ZVG. sind Rechte, die durch Eintragung einer Vormerkung gesichert sind, wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen.... Über die Fälle, in denen der vorgemerkte Anspruch nicht entstanden ist, s. 13 ff., über die Fälle, in denen der vorgemerkte Anspruch durch Befriedigung erloschen ist, s. 17 ff., über die Fälle, in denen er in anderer Weise als durch Befriedigung erloschen ist, z. B. durch Erlaß, Eintreten einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins, s. 38 ff. Das Grundbuch ist ferner unrichtig, wenn die Vormerkung selbst nicht entstanden oder erloschen ist. Zu den Fällen der ersten Art gehören der Fall der unrichtigen Eintragung der Vormerkung — die Vormerkung ist dann unrichtig eingetragen, wenn die Eintragung ohne den erforderlichen materiell-rechtlichen Rechtsakt erfolgt ist oder von diesem abweicht — und der Fall der inhaltlich unzulässigen Eintragung der Vormerkung. Zu den Fällen, in denen die Vormerkung erloschen ist, gehört der Fall des § 887 BGB., der Fall des § 25 GBO., der Verzicht auf die Vormerkung, der Fall der bedingten und der befristeten Vormerkung und der Fall der Abtretung des Anspruchs ohne die Vormerkung.

II. Zulässigkeit der Vormerkung. 1. OLG. **26** 7 (Rostock). Die Anfechtung des Eigentumsüberganges vermag den Antrag auf Eintragung einer Vormerkung nicht zu rechtfertigen, da zur Sicherung des Anfechtungsanspruchs Vormerkungen nicht zulässig sind (vgl. **RG. 67** 39).

2. *Breme, JW. **13** 189. Vormerkungen über zukünftige Eigentümergrundschulden sind mit alleiniger Ausnahme der besonders geregelten Löschungsvormerkung (§ 1179 BGB.) nicht eintragbar. Denn § 40 GBO. verlangt für jede Eintragung, daß das betroffene Recht und der passiv beteiligte Berechtigte im Grundbuch eingetragen sind. Beides trifft in solchen Fällen nicht zu. Die „zukünftige" Eigentümerhypothek besteht nicht schon in der eingetragenen Gläubigerhypothek, etwa aufschiebend bedingt durch Rückzahlung, und auch die Eintragung des Eigentümers in Abt. I umfaßt nicht seine „eventuelle" Eintragung zu derartigen Rechten in Abt. III des Grundbuchs.

3. *Breme, DNotV. **13** 278 ff. Die Bestellung eines Wegerechts ist nicht möglich, wenn herrschendes und dienendes Grundstück in einer Hand sind, ebenso nicht die Eintragung einer dahin gehenden Vormerkung für den zukünftigen Eigentümer. Die bei Beleihung von Hinterland wichtige Sicherung der Verbindung mit der Straße über das Straßengrundstück läßt sich aber so bewerkstelligen, daß für den Kreditgeber als Begünstigten eine Vormerkung zur Sicherung seines persönlichen Anspruchs auf Bestellung des fraglichen Wegerechts für den späteren Eigentümer (Erwerber) des beliehenen Hinterlandes eingetragen wird. Die persönliche Forderung entspringt in diesem Falle einem Vertrag aus § 328 BGB., durch den in diesem Falle nur der Versprechensempfänger (nicht der noch unbestimmte Dritte) einen Anspruch erwirbt. § 883 BGB. gestattet die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines solchen auf dingliche Rechtsstellung gerichteten persönlichen Anspruchs und verlangt nach seinem Zwecke und Wortlaute keineswegs, daß der vormerkungsbegünstigte persönliche Gläubiger identisch sein müsse mit dem Anwärter des in Aussicht genommenen dinglichen Rechtes. Durch diese Vormerkung ist das Interesse des Kreditgebers (Bewertung des beliehenen Grundstücks nach seiner Straßenverbindung durch den Bieter in der Zwangsversteigerung) gewahrt. Bei Abtretung der Hypothek kann die Vormerkung „mit abgetreten" werden. S. dazu Schubart, ebenda 587.

4. OLG. **26** 197 (München). Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines vertragsmäßigen Pfandrechts (§§ 1154 Abs. 3, 1280, 873) kann nach § 883 eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

5. Güthe, GruchotsBeitr. **57** 1 ff. (66): Daß die Hinzufügung einer Bedingung oder einer Befristung zu der Vormerkung zulässig ist, folgt aus dem Mangel einer entgegenstehenden Vorschrift und der Erwägung, daß weder eine Bedingung noch eine Befristung dem Wesen der Vormerkung widerspricht. Es ist daher nicht bloß eine unbedingte (unbefristete) Vormerkung zur Sicherung eines bedingten (befristeten) Anspruchs, sondern auch eine bedingte (befristete) Vormerkung zur Sicherung eines unbedingten (unbefristeten) oder eines bedingten (befristeten) Anspruchs zulässig. Die der Vormerkung hinzugefügte Bedingung kann eine aufschiebende oder eine auflösende, die Befristung kann ein Anfangs- oder ein Endtermin sein. . . . (67): Fällt die aufschiebende Bedingung aus oder tritt die auflösende Bedingung oder der Endtermin ein, so erlischt die Vormerkung auch dann, wenn der vorgemerkte Anspruch noch weiter besteht. Dies Erlöschen vollzieht sich außerhalb des Grundbuchs. Das Grundbuch wird unrichtig. Die Berichtigung erfolgt nach § 22 GBO.

III. Wirkung der Vormerkung. 1. SächsOLG. **34** 296, SeuffBl. **13** 363, R. **13** Nr. 2875 (Dresden). Werden nach der Vormerkung des Anspruchs auf Einräumung eines begrenzten Rechtes an dem Grundstück andere Be-

lastungen eingetragen, so ist zur Eintragung des Rechtes mit dem Range der Vormerkung die Zustimmung der Zwischenberechtigten nicht erforderlich.

2. Meiser, GruchotsBeitr. 57 584 f. (593): § 883 Abs. 2 bestimmt, daß die vormerkungswidrigen Verfügungen dem Auflassungsberechtigten gegenüber — also nicht absolut — unwirksam sind. Unwirksam ist auch jede Belastung des Grundstücks nach Eintragung der Vormerkung, denn damit wird in beeinträchtigender Weise über den Wert des Grundstücks verfügt, auf dessen Erlangung der Auflassungsberechtigte ein Recht hat. Deshalb sind vor allem nacheingetragene Grundstückspfandrechte der Auflassungsvormerkung gegenüber unwirksam; ein höchst wichtiger Satz. Möglich ist freilich, daß andere Abmachungen bestehen, der Schuldner also trotz seiner vielleicht erst in späterer Zukunft zu erfüllenden Auflassungspflicht zur Belastung befugt ist. Dann wird durch Vornahme einer Belastung der Auflassungsanspruch nicht beeinträchtigt. Aus dem Vorhandensein einer Auflassungsvormerkung kann der Leser des Grundbuchs also keineswegs mit Sicherheit die relative Unwirksamkeit späterer Belastungen schließen.

3. Meiser, GruchotsBeitr. 57 584. (590): Die Vormerkung selbst ist unbedingt rangfähig. Das gilt im allgemeinen und von der Auflassungsvormerkung im besonderen. Das dingliche Recht, auf dessen Einräumung sich der vorgemerkte persönliche Anspruch bezieht, ist in der Regel gleichfalls rangfähig. Bei der Auflassungsvormerkung aber ist das Recht, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, ausnahmsweise nicht rangfähig im engeren und im eigentlichen Sinne. Es kann deshalb von einer Anwendung des § 883 Abs. 3 BGB. auf die Auflassungsvormerkung keine Rede sein. . . . (592): Während § 883 Abs. 1 und 2 BGB. selbstverständlich und unbestrittenermaßen auch auf das Eigentum als einzuräumendes Recht anwendbar ist, kann sich Abs. 3 nur auf die begrenzten dinglichen Rechte beziehen. Er bestimmt, daß der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, sich nach der Eintragung der Vormerkung bemißt. Damit wird eine Abänderung der Norm des § 879 verfügt; nicht die Reihenfolge der Eintragung des endgültigen Rechtes, sondern die der Eintragung der Vormerkung des Rechtes zu den übrigen Eintragungen (oder das Datum der Eintragung der Vormerkung) soll den Rang angeben, der dem endgültigen Rechte zukommt. Mit dieser Abweichung — das ist der Sinn des § 883 Abs. 3 — gilt § 879 unverändert auch für den Rang des endgültigen Rechtes. § 883 Abs. 3 handelt also nicht von dem Range der Vormerkung als solcher; hierfür ist § 879 entsprechend anwendbar. § 883 Abs. 3 handelt vielmehr von dem Range des endgültigen, durch die Vormerkung erstrebten Rechtes, der sich nach § 879 in Verbindung mit § 883 Abs. 3 bemißt. Beide Bestimmungen in diesem Zusammenhalte haben nur endgültige, echte Grundstücksbelastungen im Auge, § 883 Abs. 3 BGB. hat deshalb nur für die Belastungsvormerkung zu gelten.

IV. Verfügung über die Vormerkung. 1. a) Güthe, GruchotsBeitr. 57 1 ff. (68). Nach § 401 Abs. 1 BGB. gehen mit der abgetretenen Forderung „die Hypotheken- und Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft" auf den neuen Gläubiger über. Die Vorschrift erwähnt allerdings die Vormerkungen nicht. Trotzdem steht ihrer sinngemäßen Anwendung auf Vormerkungen nichts entgegen. . . . Demgemäß geht, wenn der vorgemerkte Anspruch abgetreten wird, mit diesem auch die Vormerkung ohne weiteres auf den neuen Gläubiger über. Es fragt sich aber, ob die Abtretung des vorgemerkten Anspruchs auch so zulässig ist, daß die Vormerkung nicht mitübergehen soll. Diese Frage ist zu bejahen. Der § 401 BGB. enthält nachgiebiges Recht. Denn sonst hätte das Gesetz zum Ausdrucke gebracht, daß die Forderung nicht ohne die Nebenrechte abgetreten werden dürfte. Nur für einen Fall, den der Abtretung einer Hypotheken-

forderung, besteht zwingendes Recht. Dies ergibt sich daraus, daß der § 1153 Abs. 1 BGB., der in seinem ersten Absatz in Übereinstimmung mit § 401 BGB. vorschreibt, daß mit der Übertragung der Forderung auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger übergeht, in seinem zweiten Absatze hinzufügt: „Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek . . . übertragen werden." Für § 401 fehlt es an einer entsprechenden Bestimmung. Daher ist es, soweit die Nebenrechte nicht in Hypotheken bestehen, zulässig, den Mitübergang eines bestimmten Nebenrechts auszuschließen. Es kann also auch der vorgemerkte Anspruch derart abgetreten werden, daß die Vormerkung nicht auf den neuen Gläubiger übergehen soll. Die Wirkung einer solchen Übertragung besteht in dem Erlöschen der Vormerkung. b) Ebenso KG. KGJ. **43** 209, RJA. **12** 170.

2. Breme, DNotV. **13** 377 (384). Die Umschreibung der Vormerkung auf den Rechtsnachfolger, sowie auch die Eintragung des Pfandrechts muß als zulässig anerkannt werden. In letzterem Falle handelt es sich natürlich nicht um eine Pfändung der Vormerkung — die begrifflich unzulässig ist —, sondern um Pfändung des obligatorischen Anspruchs einschließlich seiner Sicherung. Mit dieser Maßgabe ist auch der Eintragungsvermerk zu fassen.

3. DuChesne, ZBlFG. **13** 681 (684). Dem Vormerkungsberechtigten, dem der vorgemerkte Anspruch abgetreten ist, steht gegenüber dem Grundbuchamt ein Verfahrensanspruch auf Vornahme der Umschreibung der Vormerkung nicht zu.

4. ElsLothNotZ. **13** 276, ElsLothJZ. **13** 502 (Colmar). Die Abtretung, Verpfändung oder Pfändung des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs auf Übertragung von Grundstücken ist mangels gesetzlicher Zulassung nicht eintragungsfähig.

V. Das Erlöschen der Vormerkung. 1. a) KGJ. **43** 209, RJA. **12** 170 (KG.). Wäre die Vormerkung ein, wenn auch nur bedingtes dingliches Recht (s. Fuchs, GBR. 110 ff.; Othmer, Rechtl. Wirkung d. Vormerkung 60 ff.), so wäre zweifellos, daß durch ihre ungerechtfertigte Löschung das Grundbuch unrichtig werden würde und sowohl der § 894 BGB. wie auch der § 22 GBO. unmittelbare Anwendung finden müßten. Die herrschende Meinung lehnt jedoch mit Recht jene Auffassung ab. Insbesondere stehen die obersten Gerichtshöfe auf diesem Standpunkte (**RG. 65** 261 f., KGJ. **25** A 170, **32** A 214, OLG. **1** 411, **10** 433, **15** 268 [KG.], OLG. **4** 237 [Dresden], BayObLG. **9** 397 [BayObLG.]), und an ihm ist festzuhalten. Die Vormerkung ist demnach nur ein bloßer Grundbuchvermerk, der vom Gesetze mit einzelnen dinglichen Wirkungen ausgestattet ist. Zu diesen Wirkungen gehört außer der Sicherungswirkung (§§ 883 Abs. 2, 884 BGB., § 24 KO.) auch die Rangwirkung. Denn der § 883 Abs. 3 BGB. sagt: „Der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung." Aus dieser Rangwirkung mag der Satz hergeleitet werden können, daß das Grundbuch unrichtig wird, wenn abweichend von dem materiellen Rechte der Rang geändert wird (vgl. § 880 Abs. 2 BGB.). Dieser Satz kann jedoch für die Vormerkung nur so lange gelten, als sie eingetragen ist, und das Gleiche muß für alle sonstigen dinglichen Wirkungen der Vormerkungen angenommen werden. Denn von dem Augenblick an, in dem die Vormerkung aus dem Grundbuche verschwindet, ist nichts mehr vorhanden, woran sich eine dingliche Wirkung anknüpfen könnte. Ein dingliches Recht entsteht zwar in den Regelfällen auch erst durch die Eintragung. Ist diese aber einmal bewirkt, so ist das dingliche Recht zur Entstehung gelangt und kann durch eine unrechtmäßige Löschung nicht erlöschen. Denn das Gesetz verlangt im § 873 Abs. 1 BGB. nur die Eintragung als solche, d. h. den Akt der Einschreibung, nicht aber das Weiterbestehen der Eintragung; es erkennt also ein Fortbestehen des einmal durch Eintragung entstandenen Rechtes außerhalb des Grundbuchs an. Auch die Vormerkung gelangt ebenso wie

die dinglichen Rechte erst durch die Eintragung zur Entstehung. Ihr Bestehen ist aber abweichend von den dinglichen Rechten dauernd an die Eintragung gebunden, weil durch die Vormerkung kein Recht, das außerhalb des Grundbuchs bestehen könnte, begründet würde. Denn das Gesetz hat dadurch, daß es der Vormerkung nicht die Rechtsnatur des dinglichen Rechtes beigelegt, sondern nur dem schuldrechtlichen Anspruche gewisse dingliche Wirkungen verliehen hat, diese Wirkungen lediglich an die Eintragung geknüpft, es hat mit anderen Worten die Möglichkeit, die das Bestehen eines Grundbuchs bietet, zu einer Verlautbarung des schuldrechtlichen Anspruchs benutzt. Daraus folgt, daß, sobald das Grundbuch aufhört, auf diesen Anspruch hinzuweisen, die mit dem Anspruche verbundenen dinglichen Wirkungen fortfallen müssen. Dagegen kann es dahingestellt bleiben, ob diesem Fortfallen rückwirkende Kraft zuzuschreiben ist oder ob gegenüber denjenigen Berechtigten, die ihr Recht vor der Löschung der Vormerkung erworben haben, die Vormerkung ihre Wirkung behält (s. Turnau-Förster und RGRKomm.). **b)** Güthe, GruchotsBeitr. **57** 1 ff. (94): Die Frage, ob dann, wenn eine Vormerkung im Widerspruche zu der wirklichen Rechtslage gelöscht worden ist, durch eine solche Löschung das Grundbuch unrichtig gemacht wird, ist gegen das KG. zu bejahen.... (98): Das BGB. steht auf dem grundsätzlichen Standpunkte, daß ein Gläubiger, der auf eine zweite oder weitere Hypothek Geld gibt, nicht erwarte, in eine andere Stelle einzurücken, und sich für die mindere Sicherheit andere Vorteile, namentlich einen höheren Zinsfuß ausbedinge. Auf diese Erwägung hat es die Lehre von der Eigentumshypothek aufgebaut. Wenn eine Hypothek zunächst vorgemerkt wird, so hat schon die Vormerkung nach § 883 Abs. 3 BGB. den Rang, der ihr nach den Grundsätzen des § 879 BGB. zukommt. Der hinter der Vormerkung eingetragene Hypothekengläubiger muß also, wenn er nicht im einzelnen Falle mit dem Nichtbestehen des vorgemerkten Anspruchs rechnen darf, seine Rechtsstellung ebenso bewerten, als wenn an Stelle der Hypothekenvormerkung bereits eine endgültige Hypothek eingetragen wäre. Er würde daher einen durch nichts gerechtfertigten Vorteil erlangen, wenn die entgegen der wirklichen Rechtslage gelöschte Vormerkung erlöschen würde.... Die Ansicht des KG. kann aber nicht nur einem nachstehenden Berechtigten einen unverdienten Vorteil verschaffen, sondern weiterhin auch anderen Berechtigten einen ungerechtfertigten Nachteil bereiten. Das KG. hat unter Billigung der herrschenden Lehre ausgesprochen, daß der § 880 BGB. auch auf die Vormerkung Anwendung findet, daß also auch die Vormerkung einem anderen Rechte den Vorrang einräumen kann. Hat der Vormerkungsberechtigte einem nachstehenden Hypothekengläubiger den Vorrang eingeräumt und wird dann die Vormerkung infolge eines Versehens des Grundbuchrichters gelöscht, so verliert der Hypothekengläubiger den ihm gewährten Rang. Denn nach § 880 Abs. 4 BGB. geht der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang infolge Fortfallens des zurücktretenden Rechtes nur dann nicht verloren, wenn dieses durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird. Eine solche Aufhebungsart liegt aber im Falle der versehentlichen Löschung nicht vor, mindestens dann nicht, wenn die Löschung der Vormerkung von keiner Seite verlangt, sondern vom Grundbuchrichter nur infolge der Verwechselung der Vormerkung mit einer anderen Eintragung bewirkt worden ist.... (99): Ein weiterer Grund gegen die kammergerichtliche Auffassung ist aus § 884 BGB. herzuleiten. Der Erbe des Verpflichteten kann sich auf die Beschränkung seiner Haftung nicht berufen, wenn und soweit der Anspruch durch Vormerkung gesichert ist. Infolge der versehentlichen Löschung der Vormerkung würde die Rechtslage des Erben sich gänzlich verändern. Er würde nunmehr für den Anspruch nur beschränkt haften. Es würde also für eine Beantwortung der für die Erbverhältnisse grundlegenden Frage der Erbenhaftung dem Zufall ein wesentlicher Einfluß eingeräumt werden. Das kann unmöglich die Absicht des Gesetzes gewesen sein.

Endlich kommt noch folgendes in Betracht. Nach § 48 ZVG. sind im Zwangsversteigerungsverfahren die vorgemerkten Ansprüche wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen. Es tritt insoweit also eine Vollwirkung ein. Es müssen daher für die Vormerkung die Grundsätze der dinglichen Rechte angewendet werden. Da aber dingliche Rechte durch eine der wahren Rechtslage widersprechende Löschung nicht erlöschen, so darf auch die Vormerkung während des Zwangsversteigerungsverfahrens durch eine derartige Löschung nicht erlöschen. Sie ist also trotzdem weiter zu berücksichtigen, falls nachgewiesen wird, daß nur eine versehentliche Löschung vorliegt. Für diesen Fall müßte das KG. daher eine Ausnahme von seinem Grundsatz anerkennen. Ist aber einmal die Möglichkeit zuzugeben, daß eine Vormerkung trotz ihres Verschwindens aus dem Grundbuche weiterbesteht, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch die so erheblichen sonstigen dinglichen Wirkungen der Vormerkungen genügen sollten, um dieser ein rechtliches Dasein außerhalb des Grundbuchs zu ermöglichen.

2. a) KGJ. **43** 209, RJA. **12** 170 (KG.). Die Vormerkung erlischt zwar mit der Erfüllung des schuldrechtlichen Anspruchs, zu dessen Sicherung sie dient. Wenn aber dieser Anspruch auf die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke gerichtet ist und nach der Eintragung der Vormerkung dingliche Rechte auf dem Blatte dieses Grundstücks eingetragen werden, so gelangt der Anspruch nicht schon durch die bloße Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke, sondern erst dann zur Erfüllung, wenn die nach der Eintragung der Vormerkung eingetragenen dinglichen Rechte beseitigt sind. b) Güthe, GruchotsBeitr. **57** 1 ff. (24): In allen Fällen, in denen mit dem Range hinter der Vormerkung ein dingliches Recht an dem Grundstück, eine Vormerkung oder ein Widerspruch oder eine Verfügungsbeschränkung eingetragen ist, ist der Anspruch auf Einräumung des Eigentumsrechts noch nicht vollständig dadurch erfüllt, daß der Vormerkungsverpflichtete das Grundstück dem Vormerkungsberechtigten aufläßt und dieser als Eigentümer eingetragen wird. Denn der vorgemerkte Anspruch geht nicht auf Einräumung des Eigentums schlechthin, sondern auf Einräumung des Eigentums in der rechtlichen Gestalt, wie sie zur Zeit der Eintragung der Vormerkung vorhanden war. Natürlich können die Beteiligten vereinbaren, daß der Vormerkungsberechtigte sich die Eintragung späterer Rechte bis zu einer gewissen Grenze gefallen lassen muß. Ist dies aber nicht geschehen, so sind nach § 883 Abs. 2 BGB. alle nach der Eintragung der Vormerkung eingetragenen dinglichen Rechte, Vormerkungen, Widersprüche und Verfügungsbeschränkungen unwirksam, weil sie den Anspruch des Vormerkungsberechtigten auf Einräumung des Eigentums beeinträchtigen. Denn dieser Anspruch ist, wie bemerkt, auf die Übertragung des Eigentums in der Belastungsform gerichtet, wie sie zur Zeit der Eintragung der Vormerkung bestanden hatte. Ginge der Anspruch noch weiter, d. h. wäre er auf die Übertragung des Eigentums in der rechtlichen Gestalt gerichtet, wie sie zur Zeit der Begründung des Anspruchs oder jedenfalls zu einer vor der Eintragung der Vormerkung liegenden Zeit in die Erscheinung getreten war, so würde dies für die Frage des Erlöschens der Vormerkung unerheblich sein. Denn nach § 883 Abs. 2 BGB. sind nur diejenigen Verfügungen und sonstigen Rechtsakte unwirksam, welche nach der Eintragung der Vormerkung erfolgt sind. Soweit der Anspruch darüber hinausgeht, entbehrt er demnach der Sicherung durch die Vormerkung; er ist insoweit vielmehr lediglich schuldrechtlicher Natur. Im übrigen aber gehört zur vollständigen Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs die Befreiung des Grundstücks von den nach der Eintragung der Vormerkung darauf gelegten Belastungen. Daraus folgt, daß die Vormerkung nicht schon dann erlischt, wenn der Vormerkungsberechtigte auf Grund der Auflassung des Vor-

merkungsverpflichteten als Eigentümer des Grundstücks eingetragen wird. Trotz dieser Eintragung besteht die Vormerkung noch so lange fort, bis auch die nach ihrer Eintragung eingetragenen Belastungen beseitigt sind.

3. Güthe, GruchotsBeitr. **57** 1 ff. (19): Die Frage, ob der Anspruch, zu dessen Sicherung die Vormerkung dient, schon durch die Vornahme einer die Rechtsänderung äußerlich zum Ausdrucke bringenden Eintragung oder erst dadurch erfüllt wird, daß die diese Eintragung materiell rechtfertigende Erklärung wirksam abgegeben wird, ist im Sinne der zweiten Möglichkeit zu beantworten. Denn der schuldrechtliche Anspruch ist nicht auf Herstellung eines bestimmten Buchzustandes, sondern auf Schaffung der seinem Inhalt entsprechenden wirklichen Rechtslage gerichtet. Darum spricht auch der § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB. nicht von der Eintragung, sondern von der Einräumung, nicht von der Löschung, sondern von der Aufhebung des Rechtes, nicht von der Eintragung der Inhalts- oder Rangänderung, sondern von dieser Änderung selbst. Eine andere Frage ist die, ob die Vormerkung auch dann erlischt, wenn der Anspruch nicht erfüllt ist, wenn also nur der dem Anspruch entsprechende Buchzustand geschaffen, dieser aber nicht ein Ausdruck der wirklichen Rechtslage ist. Diese Frage ist zu bejahen.

4. OLG. **26** 5 (KG.). Wenn der Eigentümer auf Grund eines mündlichen, also nichtigen Kaufvertrags über ein Grundstück die Eintragung einer Vormerkung veranlaßt, so ist auch diese Vormerkung wegen der Nichtigkeit des ihr zugrunde liegenden Anspruchs unwirksam. Aus § 883 Satz 2, wonach die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen Anspruchs zulässig ist, kann nicht entnommen werden, daß auf Grund aller möglichen künftigen Ansprüche Vormerkungen einzutragen seien. Vorausgesetzt ist vielmehr, daß ein obligatorisches Verhältnis vorliegt, aus dem in Zukunft der vorzumerkende Anspruch erwachsen kann. Aus einem nur mündlichen Abkommen kann aber ein Anspruch auf Auflassung eines Grundstücks auch in Zukunft niemals erwachsen. Zur Begründung eines solchen auch nur für die Zukunft in Aussicht genommenen Anspruchs bedarf es vielmehr immer eines formgültigen Vertrags.

5. Güthe, GruchotsBeitr. **57** 1 ff. (9): Mit dem persönlichen Anspruch erlischt auch die Vormerkung. Hat der Anspruch von vornherein nicht bestanden, so ist auch die Vormerkung von vornherein nichtig; ist der Anspruch später erloschen, so fällt die Vormerkung nachträglich fort. . . . (13): Die Löschung einer solchen Vormerkung kann entweder auf Grund der Berichtigungsbewilligung des Vormerkungsberechtigten (§ 19 GBO.) oder auf Grund des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 22 Abs. 1 Satz 1 GBO.) erfolgen.

6. S. auch § 886 Ziff. 1.

VI. Die Vorschrift des § 883 Abs. 2. Güthe aaO. 87. Was die Frage anbetrifft, ob die nach § 883 Abs. 2 BGB. eintretende Unwirksamkeit eine nur relative sei, so ist sie mit der herrschenden Lehre zu bejahen. Die Gegenansicht stellt, soweit die Einwirkung auf entgegenstehende Verfügungen in Betracht kommt, die Vormerkung auf eine Stufe mit der Bedingung und dem Nacherbenrechte. Zweifellos ist, wie schon der übereinstimmende Wortlaut des § 161, des § 883 Abs. 2 und des § 2113 Abs. 1 BGB. ergibt, eine rechtliche Gleichheit insofern vorhanden, als die gegenständliche Beschränkung der Wirkung in Frage steht. Denn ebenso wie der § 161 eine Verfügung insoweit für unwirksam erklärt, „als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde", und wie der § 2113 Abs. 1 eine Verfügung insoweit unwirksam sein läßt, „als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde", ist nach § 883 Abs. 2 eine Verfügung insoweit unwirksam, „als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde". Aber diese Übereinstimmung bezieht sich,

wie bemerkt, nur auf die Beschränkung der Wirkung hinsichtlich des Gegenstandes der Verfügung. Nicht die ganze Verfügung ist notwendigerweise unwirksam, sondern nur der Teil, der die Wirkung der Bedingung oder das Recht des Nacherben oder den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Darum handelt es sich hier aber nicht. Hier steht vielmehr nur die Wirkung hinsichtlich der Person in Frage, hier steht also nur in Frage, ob die Unwirksamkeit der Verfügung oder ihres gegenständlich unwirksamen Teiles nur von dem Vormerkungsberechtigten oder auch von anderen Personen geltend gemacht werden darf. Auch hier stimmen die erwähnten drei Vorschriften insofern überein, als sie auf eine bestimmte Person nicht hinweisen. Daraus folgert die eine absolute Unwirksamkeit annehmende Meinung, daß ebenso wie die Bedingung und das Nacherbenrecht auch die Vormerkung im Gegensatze stehe zu dem nur den Schutz bestimmter Personen bezweckenden gesetzlichen Veräußerungsverbote des § 135 BGB., das nach der Vorschrift des § 135 Abs. 1 „nur diesen Personen gegenüber unwirksam" ist. Ob diese Ansicht nicht schon der Rechtsnatur der Vormerkung als eines zur Durchführung des einer bestimmten Person zustehenden Anspruchs dienenden Rechtsbehelfes widersprechen würde, mag auf sich beruhen bleiben. Denn die Gesetzeslage ist auch schon, was den Wortlaut anbetrifft, für die Vormerkung eine andere als für die Bedingung und das Nacherbenrecht. Das ergibt sich aus § 888 Abs. 1 BGB. Wenn die Vormerkung in der Tat eine absolute Wirkung hätte, so müßte der § 888 Abs. 1 lauten: „Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte unwirksam ist, kann derjenige, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die . . . ." Dadurch würde zum Ausdrucke gebracht sein, daß der Zustimmungsanspruch des § 888 Abs. 1 nur dem Vormerkungsberechtigten zustehe, obgleich die Unwirksamkeit der Verfügung nicht nur zu seinen Gunsten gelte. So ist der § 888 Abs. 1 aber nicht gefaßt. Die Worte: „gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht", sind vielmehr in den Satz: „Soweit . . . unwirksam ist", eingeschoben. Allerdings hätte es näher gelegen, diese Worte in den § 883 Abs. 2 einzustellen und dessen ersten Satz lauten zu lassen: „Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde." Daß ein solcher Satz indessen dem Standpunkte des Gesetzes entspricht, läßt sich aus der Entstehungsgeschichte erweisen. . . . (91): Die Vormerkung ist also nach der persönlichen Seite hin nur relativ wirksam. Eine ihr widersprechende Verfügung ist daher nur dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam. Trotzdem kann die Ansicht, daß diese Unwirksamkeit keine Unrichtigkeit des Grundbuchs bedeute, nicht gebilligt werden. . . . (93): Der Vormerkungsberechtigte kann sich demnach der Rechtsbehelfe des § 894 BGB. und des § 22 GBO. bedienen; er kann auch, wenn seine Vormerkung gelöscht sein sollte, die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 899 BGB. herbeiführen. Diese Rechtsstellung kommt aber nur dem Vormerkungsberechtigten, nicht auch anderen Personen zu.

§ 885. OLG. 26 7 (Rostock). Für den Antrag aus § 885 BGB. ist nur der passiv legitimiert, gegen den sich der vorgemerkte Anspruch richtet.

§ 886. 1. **RG. 81** 288. Daß der Grundstückseigentümer, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nicht besteht, auf Löschungsbewilligung gegen den Vormerkungsberechtigten klagen kann, ergibt sich daraus, daß, wenn der Anspruch nicht besteht, auch das Sicherungsmittel, die Vormerkung, hinfällig sein muß. Es folgt auch aus § 886 BGB., wonach der Grundstückseigentümer von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung schon dann verlangen kann, wenn ihm nur

eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, beispielsweise die Einrede der Verjährung, die vorliegend von der Klägerin ebenfalls erhoben ist. Daß ferner die Vormerkung hinfällig wird, wenn die ihre Eintragung anordnende einstweilige Verfügung aufgehoben wird, ergibt sich daraus, daß nach § 885 BGB. die einstweilige Verfügung die wesentliche Grundlage der Vormerkungseintragung bildet.

2. Güthe, GruchotsBeitr. **57** 1 ff. (47). Im Falle des § 886 ist das Grundbuch nicht unrichtig. Dies folgt aus der Rechtsnatur der Einrede. Durch das Bestehen des Einredetatbestandes wird der vorgemerkte Anspruch nicht ohne weiteres aufgehoben. Es bedarf dazu erst der Geltendmachung durch den Verpflichteten. Und auch die bloße Tatsache der Geltendmachung genügt noch nicht. Denn der Verpflichtete kann von der Geltendmachung jederzeit bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits abstehen, und überdies kann die Geltendmachung dadurch wirkungslos werden, daß der Anspruchsberechtigte einen Verzicht des Verpflichteten auf die Geltendmachung des Einredetatbestandes nachweisen kann. Aber selbst dann ist der vorgemerkte Anspruch noch nicht ohne weiteres erloschen, wenn die Klage des Anspruchberechtigten auf Grund der Geltendmachung der Einrede durch den Anspruchverpflichteten abgewiesen und das Urteil rechtskräftig geworden ist. Denn auch die Einrede der Rechtskraft ist nur dann zu berücksichtigen, wenn sie geltend gemacht wird, und unterliegt ebenso wie andere Einreden dem Verzichte. Hieraus ergibt sich, daß im Falle des § 886 BGB. die Annahme einer Unrichtigkeit des Grundbuchs auf das Erlöschen des vorgemerkten Anspruchs nicht gegründet werden kann. Davon aber, daß die Vormerkung als solche — unabhängig von dem schuldrechtlichen Anspruch — erlösche, also die Rechtslage ebenso wie im § 887 BGB. sein sollte, kann keine Rede sein. Denn die Einrede hat mit der Vormerkung als solcher nichts zu tun, sondern richtet sich nur gegen den vorgemerkten Anspruch.

§ 887. Güthe, GruchotsBeitr. **57** 1 ff. (45). Es herrscht in der gesamten Rechtslehre — Entscheidungen sind über die Frage noch nicht ergangen — Einigkeit darüber, daß der § 887 einen Fall des Erlöschens der Vormerkung ohne Löschung enthält, daß also mit anderen Worten das Grundbuch mit der Erlassung des Ausschlußurteils unrichtig wird. Hiernach findet auf eine Vormerkung, deren Berechtigter durch Ausschlußurteil ausgeschlossen ist, der § 22 GBO. Anwendung, d. h. auf Grund einer Ausfertigung des Ausschlußurteils und des Antrags des Betroffenen wird die Vormerkung gelöscht. Dagegen ist es, obwohl dies mehrfach in der Rechtslehre geschieht, nicht richtig, auch den § 894 BGB. heranzuziehen. Denn die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs, auf deren Beschaffung der § 894 BGB. gerichtet ist, wird durch das Ausschlußurteil ersetzt. Der persönliche Anspruch, zu dessen Sicherung die Vormerkung dient, wird durch das Ausschlußurteil nicht berührt. Denn durch dieses erlischt nach § 887 Satz 2 nur die Wirkung der Vormerkung. Auch das ist unstreitig.

§ 888. Güthe, GruchotsBeitr. **57** 1 ff. (73): Auf dem Grundstücke des A. ist für B. eine Vormerkung auf Übertragung des Eigentums eingetragen. A. läßt hinterher das Grundstück an C. auf. C. wird als Eigentümer eingetragen. B. kann auf Grund des § 888 Abs. 1 die Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer von C. verlangen. Da B. erst durch seine auf Grund der Auflassung des A. erfolgende Eintragung als Eigentümer ein dingliches Recht an dem Grundstück erwirbt, scheint die Zustimmung des C. der Rechtsänderung und nicht der Grundbuchberichtigung zu dienen. In Wahrheit ist die Rechtslage aber eine andere. Wenn C. Eigentümer des Grundstücks werden wollte, so war dazu ein Doppeltes nötig, die Auflassung des A. und die Zustimmung des B. Denn da die Verfügung des A. über das Grundstück zugunsten des C. den vorgemerkten Anspruch des B. vereiteln

würde, so war die Auflassung des A. für sich allein nach § 883 Abs. 2 BGB. unwirksam. Nur in Verbindung mit der Zustimmung des B. konnte sie dem C. das Eigentum verschaffen. Da die Zustimmung des B. nicht erteilt ist, ist C. trotz der Auflassung des A. und trotz seiner Eintragung als Eigentümer *nicht* Eigentümer geworden. Allerdings kann B. seine Zustimmung auch noch nachträglich geben und durch eine solche Genehmigung gemäß § 185 Abs. 2 BGB. die Auflassung des A. mit rückwirkender Kraft (§ 184 Abs. 1 BGB.) wirksam machen. Alsdann wird C. Eigentümer. Da aber, wie hier vorausgesetzt, B. der Auflassung an C. nicht zugestimmt hat, ist das Grundbuch durch die Eintragung des C. als Eigentümer *unrichtig* geworden. A. ist Eigentümer geblieben. Ohne die Vorschrift des § 888 Abs. 1 müßte daher so vorgegangen werden, daß der unrichtige Eigentümer C. aus dem Grundbuch entfernt und der richtige Eigentümer A. von neuem eingetragen würde und daß alsdann A. das Grundstück an B. aufließe und B. als neuer Eigentümer eingetragen würde. Dieser Umweg wird durch den § 888 Abs. 1 erspart. Danach kann auf Grund der Auflassung des A. und der Zustimmung des C. B. unmittelbar an Stelle des C. als Eigentümer eingetragen werden. *Diese Eintragung ist daher sowohl Grundbuchberichtigung wie auch Rechtsänderung.* Grundbuchberichtigung insofern, als sie das Nichteigentum des C. aus dem Grundbuch entfernt, Rechtsänderung insofern, als sie an die Stelle des bisherigen Eigentümers A. den neuen Eigentümer B. setzt. Demgemäß ist auch die *Zustimmung* des C. sowohl Zustimmung zu der Grundbuchberichtigung wie auch Zustimmung zu der Rechtsänderung. Diese Auffassung läßt der Unterschied von § 888 Abs. 1 und § 894 klar erkennen. Während § 888 Abs. 1 in dem hier erörterten Falle eine aus Rechtsänderung und Grundbuchberichtigung gemischte Eintragung und die Zustimmung zu dieser für zulässig erklärt und hierin gerade eine seiner Eigenarten besteht, hat es der § 894 mit der reinen Grundbuchberichtigung und der zu dieser erforderlichen Zustimmung zu tun. Von einer Anwendung des § 894 BGB. und des § 22 GBO. ist also im vorliegenden Falle keine Rede. . . . (75): Auf dem Grundstücke des A. ist für B. eine Vormerkung auf Bestellung einer Hypothek eingetragen. A. läßt hinterher das Grundstück an C. auf. C. wird als Eigentümer eingetragen. B. kann auf Grund des § 888 Abs. 1 die Zustimmung zu der Eintragung seiner Hypothek von C. verlangen. Diese Zustimmung fällt *nicht* unter § 894 BGB., denn eine Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne des § 894 liegt nicht vor. Die Auflassung des Grundstücks durch A. an C. ist nach § 883 Abs. 2 insoweit unwirksam, als sie den vorgemerkten Anspruch des B. auf Einräumung der Hypothek vereiteln oder beeinträchtigen würde. Eine Beeinträchtigung kommt nicht in Frage. Eine Vereitelung des Anspruchs würde dann anzunehmen sein, wenn C. die Eintragung der Hypothek des B. nicht zu dulden brauchte. Die Vereitelung des Anspruchs wird also schon dadurch beseitigt, daß C. seine Zustimmung zu der Eintragung der Hypothek gibt. Das Eigentumsrecht des C. als solches wird demnach durch die Vormerkung nicht berührt. Nur soweit A. dem C. mittels des Eigentums das unbeschränkte Verfügungsrecht über das Grundstück übertragen hat, ist diese Übertragung insoweit unwirksam, als dem Verfügungsrechte die Verpflichtung zu der Herbeiführung der Eintragung der Hypothek des B. entgegensteht. C. ist also durch seine auf Grund der Auflassung des A. erfolgte Eintragung nicht nur Buch-, sondern auch wahrer Eigentümer des Grundstücks geworden; er ist nur einer Verfügungsbeschränkung unterworfen. *Eine Berichtigung des Grundbuchs kommt daher hinsichtlich des Eigentumsrechts des C. nicht in Frage.* Die Zustimmung des C. ist demnach keine Zustimmung im Sinne des § 894 BGB. Außerdem hat B. vor seiner Eintragung als Hypothekengläubiger kein dingliches Recht, das durch eine Unrichtigkeit des Grundbuchs betroffen werden könnte. Es kommt daher nur der § 888 Abs. 1 in Betracht. Von

einer Anwendbarkeit des § 894 BGB. und des § 22 GBO. ist keine Rede. Über die übrigen hier in Betracht kommenden zwanzig Fälle s. 72—86.

§ 889. 1. *Delbrück, ABürgR. **39** 406 ff. Es ist bisher nicht der Beweis für die Berechtigung und Gültigkeit des Satzes „Nemini res sua servit“ geliefert worden. Der Gegensatz von „Eigentum“ und „beschränktes Recht an fremder Sache“ ist nicht logisch (419). Unrichtig ist auch die sog. obligatorische Konfusionstheorie, die davon ausgeht, daß niemand ein Recht gegen sich selbst haben könne; denn das dingliche Recht geht in erster Linie auf Beherrschung der Sache, die Person des Eigentümers ist dafür unerheblich. Die Absorptionstheorie endlich übersieht, daß es sehr wohl möglich ist, daß eine Befugnis zwei Rechtsgründe hat, und daß auch im Schuldrechte bei concursus causarum lucrativarum nicht die eine causa fortfällt. Aus dem geltenden Rechte läßt sich lediglich nachweisen, daß ein Recht an eigener Sache durch Einigung und Eintragung nicht, oder doch nur in bestimmten Ausnahmefällen entstehen kann. Im übrigen wird die Zulässigkeit lediglich nach Zweckmäßigkeitsgründen geregelt (423).

2. *Krüger, BayRpflZ. **13** 449 ff. Forstrechte, die im Grundbuche nicht eingetragen sind, erlöschen in Bayern, wenn der Eigentümer des belasteten Waldes das Forstrecht oder das Eigentum des Grundstücks, mit dem das Forstrecht verbunden ist, erwirbt. Für die Frage der Aufhebung der als Grunddienstbarkeit angesehenen Forstrechte ist auch noch zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, das bisherige Recht maßgebend, bis das Forstrecht im Grundbuch eingetragen ist (Art. 189 Abs. 3 EG.). Nach gemeinem und bayerischem Landrecht, überhaupt nach den meisten Partikularrechten, tritt in solchen Fällen die sog. Konsolidation oder Konfusion ein. Geschah die rechtsgeschäftliche Aufhebung (Ablösung) vor der Grundbuchanlegung, so gelten diese bisherigen Partikularrechte. Geschah sie nach der Grundbuchanlegung, ist in Bayern gemäß Art. 218 EG. der Art. 14 BayÜG. anzuwenden, wonach die Grunddienstbarkeit erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke vereinigt. Dem steht Art. 30 BayForstG. nicht entgegen, das dort zugunsten des Ablösenden bestimmte Recht ist nicht dinglichen Charakters, entbehrt der Eintragungsfähigkeit. Also können abgelöste Forstrechte zugunsten des Ablösenden nicht im Grundbuch eingetragen werden.

§ 890. 1. *H. Schmitt, BayRpflZ. **13** 117 ff. Die Frage, ob ein Miteigentumsanteil mit einem Grundstücke durch Vereinigung oder Zuschreibung im Sinne des § 890 BGB. verbunden werden kann, stellt sich nicht als eigentliche Rechtsfrage dar; ihre Beantwortung hängt zunächst davon ab, ob die Landesgesetzgebung eine solche Verbindung überhaupt zuläßt (EGBGB. Art. 119 Nr. 3), dann aber auch davon, ob die Landesjustizverwaltung in ihrer Grundbucheinrichtung es ermöglicht hat, die Verbindung im Grundbuch darzustellen. Das BGB. steht der Bejahung der Frage nicht im Wege. Die Äußerung im KommB. z. GBO. § 5 wird durch die Kommissionsverhandlungen über § 787 des I. Entw. z. BGB. (jetzt § 890) nicht widerlegt; aM. KGJ. **28** 68, RJA. **4** A 230.

2. KGJ. **43** 124, RJA. **12** 156 (KG.). Die Vornahme der Zuschreibung hängt, abgesehen von dem Erfordernisse des § 5 GBO., lediglich von dem Willen des Eigentümers, nicht aber von der Zustimmung der an beiden Grundstücken dinglich Berechtigten ab.

3. Schmitt, BayNotZ. **14** 219. Vereinigung, Zuschreibung und Vermessung.

4. KGJ. **43** 290 (Celle). Durch einen Auseinandersetzungsrezeß können ohne Eintragung auch solche Abfindungspläne in das Verhältnis von Hauptgrundstück und Bestandteil gesetzt werden, die vorher nicht in diesem Verhältnisse zueinander gestanden haben. Sind die Grundstücke verschieden belastet, so hat die

Generalkommission festzustellen, welche Teile der Abfindungen an die Stelle jedes einzelnen Grundstücks getreten sind.

5. Hinze, EisenbE. **29** 375. Zuschreibung einer bahngrundbuchlosen Kleinbahn und einer Neubaustrecke zu einer im Grundbuche bereits eingetragenen Nebenbahn.

6. BayObLG. **14** 342, R. **13** Nr. 2577 (BayObLG.). Wenn unter der Herrschaft des früheren bayerischen Hypothekengesetzes mehrere Grundstücke zum Zwecke der einheitlichen Belastung mit einer Hypothek auf einem Blatte des Hypothekenbuchs vereinigt wurden, so ist anzunehmen, daß die Grundstücke für die Belastung mit Hypotheken ein einheitliches Ganzes bilden sollten. In dieser Weise vereinigte Grundstücke haben mit dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts nicht aufgehört, ein einheitliches Ganzes zu bilden, auch wenn die Vereinigung nicht entsprechend § 890 Abs. 1 BGB. durch einen Vermerk ersichtlich gemacht ist. Ein einheitliches Ganzes kann aber dann nicht angenommen werden, wenn die unter der Herrschaft des früheren Rechtes auf einem Blatte vereinigten Grundstücke keine wirtschaftliche Einheit gebildet haben und auch nicht durch gemeinschaftliche Belastung zu einer Einheit verbunden worden sind.

§ 891. I. Wesen der Vermutung. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1021 Vielfach wird, wie es auch in der D. 292 geschehen ist, auf die Ähnlichkeit hingewiesen, die zwischen der Erteilung des Erbscheins und der Eintragung in das Grundbuch (§§ 891 ff. BGB.) besteht. Diese Ähnlichkeit ist, was die Aktiv- und Passivlegitimation des im Grundbuch Eingetragenen und den öffentlichen Glauben der Eintragung betrifft, nahezu eine vollständige. Die Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins kann jedoch mit der Vermutung der Richtigkeit der Eintragung nicht auf vollständig gleiche Stufe gestellt werden. Die Eintragung in das Grundbuch erfolgt auf Grund formeller Erklärungen, bei deren Prüfung nach dem Konsensprinzip auf das der Erklärung zugrunde liegende Rechtsverhältnis nicht einzugehen ist. Der Vermutung der Richtigkeit der Eintragung kann deshalb hier bei den klaren Grundlagen der Eintragung eine weitere Ausdehnung gegeben werden, was auf den Erbschein nicht ohne weiteres übertragen werden darf.

II. Tragweite der Vermutung. 1. Josef, ZBlFG. **14** 152 (164): Der § 292 ZPO. legt zwar den Begriff der Vermutung dahin fest, daß Tatsachen Gegenstand der Vermutung seien, nicht aber das Bestehen eines Rechtes; der § 292 findet jedoch in den Fällen, wo Rechtsvermutungen aufgestellt werden, so für Eintragungen im Grundbuch und für den Erbschein (§ 891 BGB.) entsprechende Anwendung. Wenn der durch die Vermutung Beschränkte den Beweis des Gegenteils führt, so ist das Prozeßgericht in rechtlicher wie tatsächlicher Beziehung nicht gebunden an die Rechtsanschauung, die das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Erlaß dieser Entscheidungen betätigt hat. . . . Während der Nachweis der Erbfolge für das Registergericht nach § 12 Abs. 2 HGB. durch öffentliche Urkunde jeder Art geführt werden kann (z. B. auch durch bloße rechtskräftige Urteile), kann er nach § 36 GBO. für das Grundbuch nur durch den Erbschein geführt werden. Daher darf das Grundbuchamt auch zur Widerlegung des Inhalts des Erbscheins Urkunden irgendwelcher Art (z. B. Testamente) nicht verwerten, so daß im Grundbuchverkehre der Erbschein nicht bloß die Vermutung der Richtigkeit des darin bezeugten Erbrechts liefert, sondern dessen Richtigkeit voll beweist. Der Erbschein und die Eintragung fallen unter § 417 und nicht unter § 418 ZPO.; denn die Urkunden (Grundbuch, Nachlaßakten usw.) ergeben nur, daß die Eintragung tatsächlich erfolgt und der Erbschein tatsächlich erteilt ist, nicht aber ergeben jene Urkunden, daß diese über die beantragte Eintragung oder Erbberechtigung ergangenen Entscheidungen sachlich richtig sind. Letzteres ist vielmehr nur nach den angezogenen Vorschriften des materiellen

Rechtes (§§ 891, 2365) zu vermuten. Der Inhalt des Erbscheins gilt, solange nicht ein Beteiligter seine Unrichtigkeit geltend macht, als richtig, auch wenn er offensichtlich unrichtig ist. Dagegen bezieht sich die Rechtsvermutung des § 891 nicht auf Eintragungen, die gesetzlich unzulässig sind. . . . Die Eigentumsvermutung aus § 891 steht dem Gläubiger auch dann zur Seite, wenn die Eintragung erfolgt ist, bevor er mit dem Eigentümer über die Bestellung des Rechtes einig wurde. Denn es ist gleichgültig, in welcher Reihenfolge sich jene beiden Erfordernisse der Entstehung des dinglichen Rechtes vollziehen. Beim Hypothekendarlehn braucht der Darlehnsgeber die Valuta dem Eigentümer erst nach der Eintragung zu zahlen; daher kommt die Einigung der Beteiligten über die Bestellung der Hypothek darauf hinaus, daß die Eintragung für eine künftige Forderung erfolgen solle, die (bei Auszahlung der Valuta) als durch die zum voraus eingetragene Hypothek gesichert gelten soll. Folglich schließt die bloße Tatsache, daß die Valuta bei der Eintragungsbewilligung noch nicht gezahlt war, die wirksame Entstehung des Hypothekenrechts nicht aus; der Eigentümer muß vielmehr nachweisen, daß ihm der Gläubiger auch nachträglich die Valuta nicht gezahlt habe.

2. OLG. **26** 328 (KG.). Nach § 891 wird, wenn für jemand ein Recht eingetragen ist, vermutet, daß ihm das Recht zusteht. Diese Vermutung ist auch für den Grundbuchrichter bindend, sofern er nicht aus den eigenen Erklärungen der Beteiligten, den vorgelegten Urkunden, den Grundakten oder sonstigen ihm dienstlich bekannt gewordenen Umständen die Überzeugung von der Unrichtigkeit des Grundbuchs entnommen hat (KGJ. **29** 148, **40** 199; s. JDR. **10** zu § 891 Ziff. 1). Eine solche Überzeugung kann aber dadurch allein nicht gerechtfertigt werden, daß die formellen Grundlagen, die zu der Eintragung geführt haben, nach der Ansicht des später mit einer Eintragung zu derselben Post befaßten Grundbuchrichters hierzu nicht ausreichend waren. Es ist unzulässig, eine neue Eintragung aus dem Grunde abzulehnen, weil die die Grundlage des Antrags bildende ältere Eintragung unter Verletzung von Ordnungsvorschriften der GBO. bewirkt worden sei (KGJ. **20** 181, **40** 199, OLG. **18** 224). Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Inhalt der Eintragung selbst gesetzlich unzulässig ist. Eine inhaltlich dem § 52 GBO. entsprechende Eintragung des Rechtes des Nacherben gibt diesem somit das Recht, durch den Nachweis, daß der Fall der Nacherbfolge eingetragen sei, die Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO. herbeizuführen (Güthe § 52 Note 10).

3. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 987. Wenn auch eine Eintragung noch unter der Herrschaft des alten preußischen Rechtes bewirkt worden ist, so kommt doch, nachdem sie in das Grundbuch des neuen Rechtes übernommen worden ist, die Vermutung des § 891 BGB. auch dieser Eintragung zu statten. S. JDR. **11** zu § 891 Ziff. I 1, 2, 3.

4. Über die Anwendung der Vermutung bei der Höchstbetragshypothek s. § 1190 Ziff. II 2.

5. Meiser, GruchotsBeitr. **57** 584 f. (599). § 891 BGB. gilt keinesfalls für den gesicherten Anspruch. Für die Vormerkung als solche (das Vormerkungsrecht) kann § 891 nicht gelten, weil deren Wirksamkeit in erster Linie vom Bestande des persönlichen Anspruchs abhängt, für den er nicht gelten kann. Es bliebe also nur noch die Frage, ob § 891 insoweit anzuwenden ist, daß die materiellen Voraussetzungen der Eintragung der Vormerkung (§ 885 BGB.) als gegeben vermutet werden. Diese Frage findet sich zumeist bejaht, so bei Planck, Staudinger, Biermann; sie dürfte aber zu verneinen sein, da auch § 891 selbständige Sachenrechte im Auge hat, bei denen für das fertige dingliche Rechtsverhältnis in seiner Totalität — nicht für einzelne seiner Grundlagen — die Vermutung gelten soll. AM. Güthe, GruchotsBeitr. **57** 97.

III. Widerlegung der Vermutung. 1. **RG.** R. **13** Nr. 949. Die Rechtsvermutung gilt an sich auch für den Grundbuchrichter, sie entfällt aber für ihn, wenn nicht bloß Zweifel über die Richtigkeit bestehen (vgl. OLG. **18** 118), sondern die Unrichtigkeit zutage tritt.

2. HessRspr. **14** 57 (LG. Darmstadt). Wenn dem Grundbuchrichter zufällig aus den Akten des Anlegungsverfahrens bekannt ist oder andere Umstände ihm die von jedem Zweifel freie Gewißheit geben, daß der Eingetragene tatsächlich nicht der Verfügungsberechtigte oder der allein Verfügungsberechtigte ist, so muß er den Antrag auf Eintragung des Eigentumsüberganges zurückweisen, insbesondere wenn der Antragsteller nach Kenntnis der Beanstandung die Abfindung der übrigen Miteigentümer gar nicht einmal behauptet. Denn dann ist die Vermutung des § 891 BGB. widerlegt. Die Heranziehung der Grundakten bei einer Prüfung ist gesetzlich nicht verboten und ist auch zur Sicherheit des öffentlichen Glaubens, den das Grundbuch genießen soll, nicht wohl zu entbehren.

§ 892. I. Die Anwendbarkeit des § 892 auf die Bestandsangaben (s. JDR. **9** zu § 892 Ziff. I 1, **10** zu § 892 Ziff. I, **11** zu § 892 Ziff. I). 1. **RG.** WarnE. **13** 468. Wenn die Revision sich auf die Fiktion berufen hat, die § 892 BGB. für die Richtigkeit des Grundbuchs solange aufstelle, als dem Erwerber nicht die Kenntnis der Unrichtigkeit nachgewiesen sei, so ist es zwar richtig (vgl. **RG. 73** 125, JW. **10** 813 Nr. 32, **11** 458 Nr. 31 u. a.), daß auch die Angaben des Grundbuchs über die seinen Bestand bildende Grundfläche zu dem Inhalte des Grundbuchs im Sinne des § 892 BGB. zählen. Von einem Erwerb im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs kann aber keine Rede sein, wenn festgestellt wird, daß der Erwerber eine bestimmte Fläche gar nicht hat erwerben wollen. Stimmt in einem solchen Falle der Wille des Erwerbers mit dem des Veräußerers überein, so kann, wie das RG. ständig angenommen, eine formell weitergehende Auflassung keine Wirkung üben. Es handelt sich dann nur um eine irrtümliche Bezeichnung des Auflassungsgegenstandes, und die Erklärung ist, soweit sie über den Vertragswillen hinausgeht, nichtig (**RG. 46** 225, **63** 169, **66** 21, **73** 154/157).

2. **RG.** WarnE. **13** 549. Daß irrtümliche Bezeichnungen des Kaufgegenstandes in den Verträgen und Auflassungserklärungen insoweit, als sie dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten widersprechen, keinen Eigentumsübergang herbeiführen können, ist von dem RG. seit jeher angenommen worden (vgl. z. B. **RG. 46** 225, **66** 21, JW. **07** 540 Nr. 1, ZBlFG. **8** 661). Der § 892 BGB., auf den sich die Beklagten berufen haben, konnte hieran nichts ändern. Er findet allerdings auch auf die den Gegenstand der Eigentumsübertragung bildende Grundfläche Anwendung (**RG. 73** 125, JW. **10** 813 Nr. 32) und es hätte, wenn die Beklagten in gutem Glauben gewesen wären, die Nichtberechtigung geheilt werden können. Der Mangel des Auflassungswillens (§§ 873, 925 BGB.) aber konnte dadurch nicht ersetzt werden, bei dem Anteile Benedikt E.'s ebensowenig wie bei dem Anteile, wo H. wirklich Eigentümer war (vgl. **RG. 77** 33).

3. Fröhlich, BreslauAK. **13** 23. Ein Beitrag zu der Frage, ob der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch für die katastermäßigen Angaben gilt.

4. Plähn, Der Grenzprozeß 422. Die gegenwärtige Rechtsprechung leidet an dem sehr bedenklichen Fehler, daß sie nicht etwa in erster Linie den durch klare, wirkliche Tatsachen nachweisbar rechtmäßigen Eigentümer des Grund und Bodens schützt, sondern daß sie diesem gegenüber papierne Rechte gelten läßt, welche in Wirklichkeit gar nicht bestehen, vielmehr nur durch einen Irrtum in den öffentlichen Büchern als bestehend dargestellt werden. Damit verstößt sie offenbar gegen das natürliche Rechtsempfinden des deutschen Volkes, denn niemand wird es beispielsweise für richtig halten, daß, wie es vorgekommen ist, dem Fürsten v. B. das Eigentums-

recht an seinem von den Vätern ererbten, durch Grenzgraben und Stacheldrahtzaun mit seinem übrigen Besitztume gemeinsam eingefriedigten Grund und Boden von Rechts wegen abgesprochen wurde, lediglich weil infolge eines aus dem Kataster ins Grundbuch übergegangenen Fehlers das Eigentumsrecht an einer Parzelle seines Besitztums irrtümlich für die Firma L. nachgewiesen worden war, welche jedoch diese Parzelle tatsächlich niemals besessen hatte.

5. **RG. 80** 365. Wenn es sich nicht um die Frage handelt, wem das Privateigentum an dem See zustände, wenn es ein solches Privateigentum gäbe, sondern darum, ob eine des Privateigentums fähige Sache und sonach ein Privateigentum überhaupt vorhanden ist, so ist zum Beweise solcher rein tatsächlichen Verhältnisse das Grundbuch nicht bestimmt, und es kann dafür weder die Vermutung des § 891 BGB. noch der gute Glaube nach § 892 BGB. angerufen werden.

6. S. ferner unten Ziff. II 2.

II. Die Grenzen des guten Glaubens (s. JDR. **9** zu § 892 Ziff. III, **11** zu § 892 Ziff. II). 1. **RG.** WarnE. **13** 462, GruchotsBeitr. **57** 1087. § 892 BGB. schützt nur den rechtsgeschäftlichen Erwerb (vgl. **RG. 54** 105 Nr. 30, **59** 315 Nr. 85), während es sich beim Erlangen der Sicherungshypothek auf Grund des § 848 ZPO. um einen Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung handelt, und zwar so, daß die Hypothek mit dem Übergange des Eigentums an dem Grundstück auf den Schuldner — unter den dargelegten Voraussetzungen — kraft Gesetzes entsteht. Die Eintragungsbewilligung des Sequesters dient nur der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der kraft Gesetzes schon vorher entstandenen Hypothek, und sie begründet die Annahme eines rechtsgeschäftlichen Erwerbes auch dann nicht, wenn man in ihr, ein Rechtsgeschäft erblickt.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1145. Hat der Erwerber eines Hofgrundstücks den Hof so erwerben wollen, wie ihn der Veräußerer besessen hat, so geht das Eigentum an einer zu Unrecht als Eigentum des Veräußerers eingetragenen, von diesem nicht besessenen Parzelle auf den Erwerber nicht über, aber nicht wegen fehlenden guten Glaubens, sondern wegen fehlender Einigung. S. JDR. **11** zu § 892 Ziff. II 3, 4 und oben Ziff. I, 1 und 2.

3. ElsLothZ. **13** 596 (Colmar). Aus der Bestimmung der §§ 163, 161 Abs. 3 BGB. und aus dem daraus zu entnehmenden Hinweis auf die Vorschrift des § 892 BGB. für den Fall zulässig befristeter Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte muß wohl gefolgert werden, daß gegenüber demjenigen, der das Recht oder ein Recht an dem Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, die Befristung ohne Eintragung im Grundbuche wirksam ist, wenn er sie kennt. Ob hiernach umgekehrt zugunsten desjenigen, der ein Recht an dem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, die eingetragene Befristung eines anderen Rechtes nach § 892 BGB. als bestehend gilt, auch wenn sie in Wirklichkeit nicht besteht (vgl. **RG. 62** 101) ist für die hier erörterte Frage nicht von ausschlaggebender Bedeutung.

4. **RG.** R. **13** Nr. 2421. Wird an einem gütergemeinschaftlichen, im Grundbuch aber als Alleineigentum des Mannes eingetragenen Grundstücke durch den Mann allein eine Hypothek bestellt, so wird die Hypothek nicht erworben, wenn der Dritte die Güterverhältnisse kannte und sich sein guter Glaube lediglich darauf bezog, daß der Ehemann allein zur Bestellung der Hypothek befugt sei.

5. **RG. 81** 82, R. **13** Nr. 506. Kenntnis des beurkundenden Notars steht der Parteikenntnis nicht gleich.

6. SchlHolstAnz. **13** 251 (Kiel). Zweifel an der Gültigkeit der Hypothek schließen den guten Glauben noch nicht aus.

7. Meiser, GruchotsBeitr. **57** 584. (597): § 892 BGB. ist unmittel-

bar auf die Vormerkung nicht anwendbar. Wer also z. B. durch Abtretung einen Auflassungsanspruch erworben zu haben glaubt, der vorgemerkt ist, materiell aber nicht besteht, der kann sich nicht auf die Grundbucheintragung und seinen guten Glauben berufen, denn der vorgemerkte Auflassungsanspruch ist kein Recht an einem Grundstück im Sinne des § 892 BGB. (vgl. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht [4] I 380 § 45). Als Erwerbsakt steht hier niemals ein dinglicher Vertrag im Sinne des § 873 BGB. in Frage. Ein Bedürfnis nach dem Publizitätsschutz ist in diesem Falle auch gar nicht vorhanden, er wäre der Natur des Rechtsverhältnisses gegenüber direkt widersinnig.

III. Wirkung des guten Glaubens (s. JDR. **10** zu § 892 Ziff. IV, **11** zu § 892 Ziff. III). HessRspr. **14** 54 (Darmstadt). § 892 BGB. gibt dem gutgläubigen Erwerber eines dort genannten Rechtes einen Schutz in zweifacher Richtung. Dem gutgläubigen Erwerber wird in positiver Hinsicht gewährleistet, daß der eingetragene Berechtigte, von dem er das erworbene Recht ableitet, der wahre Berechtigte ist, und daß dessen Recht mit dem grundbuchmäßigen Inhalt und Rang besteht; andererseits wird in negativer Richtung davon ausgegangen, daß gelöschte Rechte auch wirklich erloschen sind und auch sonst keine Rechte außerhalb des Grundbuchs bestehen. Allerdings ist in dieser negativen Richtung bestritten, inwieweit der Schutz des § 892 BGB. sich erstreckt und es wird die Meinung vertreten, daß nicht eintragungsbedürftige oder eintragungsfähige Rechte den Rechtserwerb des gutgläubigen Erwerbers nicht beeinträchtigen unter den Voraussetzungen des § 892 BGB. (Staudinger § 892 IV 1 b α). Es ist jedoch anerkannt (RGRKomm. § 892 Anm. 3, 6, 7), daß auf den Erwerb von solchen Rechten, die zur Wirksamkeit überhaupt und insbesondere gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen, § 892 BGB. auch dann keine Anwendung findet, wenn die Rechte eingetragen sind, da der öffentliche Glaube des Grundbuchs nur für und gegen solche Rechte wirkt, die zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen, weil durch Unterlassung der gestatteten Eintragung solcher dinglichen Rechte, die zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte der Eintragung nicht bedürfen, das Grundbuch weder unvollständig noch unrichtig wird.

IV. Verfügungsbeschränkungen. 1. R. **13** Nr. 3142 (Stuttgart). Ein gegen den Grundstückseigentümer eingetragenes Veräußerungsverbot zugunsten bestimmter Personen hindert nicht die Eintragung von Verfügungen, die der Eigentümer verbotswidrig getroffen hat. Das Veräußerungsverbot wirkt nicht absolut, sondern nur zugunsten des Betroffenen (§§ 135 Abs. 1, 136 BGB.). Trotz der Verfügungsbeschränkung bleibt der Beschwerdeführer an sich zur Verfügung befugt, und die Verfügung ist gegenüber dem Erwerber des Rechtes und gegenüber dritten Personen, die nicht zu den geschützten gehören, wirksam; sie kann auch gegenüber den geschützten Personen durch deren Genehmigung oder durch Aufhebung der Verfügungsbeschränkung wirksam werden (RGRKomm. § 878 Anm. 2; Güthe, GBO. Vorbem. 70 z. II. Abschn.). Die Verfügungsbeschränkung wird bei der Übertragung der vom Beschwerdeführer weiter veräußerten Grundstücke in das Grundbuch der Erwerber mitzuübertragen sein (Güthe, Vorbem. 70 z. II. Abschn. aE.).

2. KGJ. **44** 174 (KG.). Ein auf Grund einer einstweiligen Verfügung erlassenes Veräußerungsverbot wirkt nur relativ. Entgegenstehende Verfügungen sind daher eintragungsfähig, falls das Verbot selbst eingetragen ist.

3. KGJ. **44** 174 (KG.). Haben Ehegatten ein gemeinschaftliches korrespektives Testament errichtet, so darf der überlebende Ehegatte über sein eigenes Vermögen sowohl nach PrALR. wie nach BGB. durch Schenkungen unter Lebenden verfügen. Der § 2287 BGB. begründet ebenso wie der § 625 I. 12 ALR. nur einen

schuldrechtlichen Herausgabeanspruch des Erben, nicht aber eine dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung.

§ 893. Meiser, GruchotsBeitr. **57** 584 (598). Zu § 893 BGB. sind zwei Auffassungen möglich. Die eine sagt, § 893 Halbsatz 2 treffe Verfügungen, die den Erwerb vermitteln, überhaupt nicht; für sie sei nur § 892 maßgebend und wenn dieser unanwendbar sei, entfalle einfach der Publizitätsschutz (so beiläufig **RG. 56** 415). Die andere Auffassung legt den § 893 BGB. so aus, daß er alle rechtsgeschäftlichen Verfügungen treffe, denen aus § 892 kein Publizitätsschutz zuteil werde, also auch Verfügungen, die den Erwerb vermitteln. Nicht wohl zu bezweifeln ist, daß unter den Worten „Verfügung über das Recht" (§ 893) auch die Verfügung über das Eigentumsrecht (Grundstück) verstanden werden muß. Hiernach bedeutet § 893 für die Auflassungsvormerkung: Wird vom eingetragenen Eigentümer dem Auflassungsgläubiger rechtsgeschäftlich eine Vormerkung bestellt, dadurch also über das Eigentumsrecht verfügt, so gilt zugunsten des Erwerbers der Vormerkung der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über sein Eigentumsrecht zugunsten einer bestimmten Person (z. B. betreibender Gläubiger) beschränkt (z. B. durch das Beschlagnahmeverbot), so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist. Dagegen gibt es auch in Ansehung des Rechtsverhältnisses der Vormerkung selbst unter keinen Umständen einen Publizitätsschutz bei Abtretung des vorgemerkten Anspruchs, weil die eingetragene Vormerkung kein Recht im Sinne des § 893 BGB. ist. § 893 ist also auf die Vormerkungsbewilligung anzuwenden, weshalb z. B. auf die Bewilligung des bloßen Buchberechtigten hin die Vormerkung schon mit der Eintragung und nicht erst mit der nachträglich erklärten Bewilligung des materiellen Eigentümers wirksam wird.

§ 894. I. Tragweite des Berichtigungsanspruchs. 1. **RG.** R. **13** Nr. 950. Der Berichtigungsanspruch ist nur gegen denjenigen gegeben, dessen Recht durch die angestrebte Berichtigung betroffen wird, nicht aber auch gegen denjenigen, der mit mehr oder minder großer Wahrscheinlichkeit vielleicht in Zukunft das Recht erwerben wird, dessen Löschung verlangt wird, auch nicht in der Weise, daß nur für den Fall des noch ungewissen Eintritts des Rechtserwerbes die Zustimmung zur Löschung verlangt werden kann.

2. a) **RG. 81** 288. Wie der erkennende Senat in dem Urt. **RG. 67** 159 auf Grund der §§ 929 Abs. 3 Satz 2, 932 Abs. 3, 936, 941 ZPO. ausgesprochen hat, ist die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung, wodurch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek angeordnet ist, unwirksam, wenn die einstweilige Verfügung dem Antragsgegner erst nach Ablauf einer Woche, seit dem Eingange des gerichtlichen Eintragungsersuchens bei dem Grundbuchamte gerechnet, vom Antragsteller zugestellt wird. Daraus folgt aber die Nichtigkeit der Vormerkungseintragung, da diese eine Vollziehungsmaßregel ist und daher ihre Wirksamkeit zur Voraussetzung hat, daß die vom Gesetze vorgeschriebenen Erfordernisse für Vollziehung der einstweiligen Verfügung vorliegen (vgl. **RG. 26** 399, **67** 165). Eine solche nichtige Eintragung braucht der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht zu dulden. Es kann auf sich beruhen, ob dem Eigentümer ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs im Sinne des § 894 BGB. zusteht oder ob ihm ein solcher Anspruch zwar nicht gegeben ist, weil § 894 BGB. nur den Fall der Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich eines Rechtes betrifft, die Vormerkung aber ein Recht in diesem Sinne nicht ist (vgl. **RG. 65** 261), ob jedoch für den Eigentümer ein Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung aus § 1004 BGB. besteht (vgl. **RG. 26** 399, **56** 252). Jedenfalls kann der Eigentümer verlangen, daß der als Vormerkungs-

berechtigter Eingetragene zur Beseitigung der auf seine Veranlassung eingetragenen nichtigen Vormerkung aus dem Grundbuche durch Bewilligung der Löschung mitwirkt. **b)** Dagegen **RG.** R. **13** Nr. 850. Erweist sich der Anspruch, zu dessen Sicherung eine Vormerkung eingetragen ist, als nicht begründet, so ist das Verlangen auf Einwilligung in die Löschung gerechtfertigt. Dies folgt ohne weiteres aus dem § 894 BGB., da die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung begründet, die das Eigentum des Klägers beeinträchtigt.

3. HansGZ. **13** Beibl. 40 (Hamburg). Wenn die Vormerkungen auf ein Grundstück für Bauforderungen infolge vorangehender Hypotheken Dritter wertlos sind, so kann der Inhaber der Bauforderung nicht Widersprüche gegen die dritten Hypothekengläubiger eingetragen verlangen. Er ist vielmehr auf den Weg der Berichtigung des Grundbuchs zu verweisen, wenn er geltend machen will, daß die vorgehenden Hypotheken fingiert, d. h. ohne Valutazahlung eingetragen seien.

4. Meiser, GruchotsBeitr. **57** 584 ff. (601): Die Vorschriften der §§ 894 ff. BGB. müssen auf die Vormerkung angewandt werden. Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (vgl. Planck, Erl. II. 3 b zu § 894 BGB.). Von diesem Standpunkte geht erkennbar auch das Gesetz selbst aus, da es im § 886 die Beseitigung der Vormerkung aus dem Grundbuche nur stückweise regelt, nämlich für den Fall, daß gegen den vormerkungsgesicherten Anspruch eine peremtorische Einrede besteht.

II. Abtretung des Berichtigungsanspruchs (s. JDR. **2** zu § 894 Ziff. 3, **3** zu § 894 Ziff. 2, **4** zu § 894 Ziff. 2, **6** zu § 894 Ziff. III, **7** zu § 894 Ziff. III, **9** zu § 894 Ziff. I, **10** zu § 894 Ziff. II, **11** zu § 844 Ziff. III). PosMSchr. **13** 146 (Posen). Während früher angenommen wurde, daß der wahre Eigentümer seinen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gegenüber dem Bucheigentümer mit der Wirkung abtreten könne, daß der Zessionar seine eigene Eintragung als Eigentümer zu betreiben befähigt sei (**RG. 46** 225, GruchotsBeitr. **45** 942, PosMSchr. **03** 55), muß dies für das Recht des BGB. verneint werden (**RG. 59** 293). Die Abtretung des Anspruchs ist aber in dem Sinne zulässig, daß der Zessionar die Rechte des Zedenten zwar in eigenem Namen und in eigenem Interesse wahrnehmen, die Berichtigung aber nur auf den Namen des Zedenten erfolgen kann (**RG. 78** 89, JDR. **11** zu § 894 Ziff. III 1).

§ 899. OLG. **26** 10 (Hamburg). Der Widerspruch gegen Eintragung einer Hypothek erfordert ein Verfahren gegen den Hypothekengläubiger.

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

Literatur: Brückner, Die außervertragliche Haftung für die beim Betriebe der Luftschiffahrt angerichteten Schäden auf der Erde, R. **13** 701—706. — Delbrück, Der Überbau auf eigenem Boden. Das Eigentum am Überbau, ABürgR. **39** 406—439. — Alex Meyer, Das Schadensersatzrecht der Luftfahrt nach geltendem Rechte und de lege ferenda. Frankfurt a. M. 1913. — Runkel, Außervertragliche Haftung des Luftschiffers. Geltendes Recht und Erwägungen de lege ferenda. Berlin 1913. — Schroeder, Die Haftpflicht im Luftflug und der Vorschlag zu einem Luftfluggrundgesetze. Berlin 1913. — Seligsohn, § 904 Satz 2 BGB., zugleich ein Beitrag zum Rechte der Luftfahrt, JW. **13** 72 f. — Wein, Die Kommunmauer, BayRpflZ. **13** 454—456, 472—474. — Zeiler, Grenzstreit, Messungsanerkennung und Grenzvereinbarung, BayRpflZ. **13** 347—350, 372 bis 377. — Derselbe, Wegenot und Notweg, SeuffBl. **13** 97—103, 121—129.

§§ 903 ff. 1. *Delbrück, Überbau, ABürgR. **39** 406. Das Eigentum wird nicht nur durch Rechte Dritter beschränkt, sondern es trägt schon in sich selbst diejenigen Grenzen, die ihm von der Rechtsordnung gesetzt werden. Diese Grenzen stehen unter dem Gesichtspunkte des Interessenschutzes, der besonders die Bestimmungen des Nachbarrechts beherrscht (410). Daher sind auch diese sog. „Legalservituten“

keine dinglichen Rechte, sondern es wird durch sie erst der Inhalt des Eigentumsbegriffs ein für allemal festgestellt, der dann im Einzelfalle besonders eingeschränkt oder erweitert werden kann.

2. a) **RG.** 7. 12. 12, JW. **13** 267, GruchotsBeitr. **57** 991. Wenn man von rein schikanöser, unter § 226 BGB. fallender Verfügung über Grundwasser absieht, besteht weder eine reichsrechtliche noch eine preußisch-rechtliche Gesetzesvorschrift, wonach ein Brunnengraben auf eigenem Grunde, das dem Nachbarn das Grundwasser nimmt, verwehrt werden könnte. Insbesondere sind auch die §§ 903, 906 und 909 gegen Grundwasserentziehung nicht anwendbar; die letzte Vorschrift kann zur Anwendung kommen, wenn es sich zugleich um eine eigentliche Vertiefung des Bodens handelt. Auch ein Schadensersatzrecht des Nachbarn wegen Grundwasserentziehung besteht nicht. b) **RG.** 24. 9. 13, R. **13** Nr. 3011. Eine Einwirkung im Sinne der §§ 903 ff. liegt vor, wenn die in einem Grundstücke liegenden Salze durch Wasser aufgelöst werden, das durch auf einem Nachbargrundstück angebrachte Bohrlöcher in die Tiefe dringt. Die Grundsätze über Wasseradern können nicht auf die Entziehung von festen Bodenbestandteilen angewendet werden.

§ 903. 1. SchlHolstAnz. **13** 339 ff. (Kiel). Keine Einwirkung des Grundstücks des Klägers ist darin zu erblicken, daß das Publikum infolge eines vor dem Nachbargrundstück errichteten Vorbaues nicht unmittelbar an den Schaufenstern des Hauses des Klägers vorbeigeht und daß sich dadurch der Warenabsatz des Ladenmieters verringert. Es mag sein, daß die Tatsache des Vorhandenseins des Vorbaues für den Kläger vermögensrechtliche Nachteile zur Folge hat. Eine materielle sinnlich wahrnehmbare Einwirkung von dem einen Grundstück auf das andere ist aber nicht die Ursache hiervon.

2. Über Eigentumsbeschränkungen am Bildwerke zugunsten des Urhebers handelt *Schlechtriem, Urheberrecht und Eigentum am Bildwerke; vgl. auch oben Anhang zu § 12 I a.

§ 904. Luftrecht (s. auch zu § 905). a) *Runkel, Außervertragliche Haftung des Luftschiffers 66 ff. Falls der Luftschiffer vorsätzlich im Luftfahrzeuge befindliches fremdes Eigentum opfert, um dadurch eine dem Luftfahrzeuge drohende Gefahr zu beseitigen oder zu mildern, haftet er nach § 904 Satz 2 für den Schaden, sofern der Eigentümer der Sachen nach Opferung dieser an der Rettung des Luftfahrzeugs persönlich nicht mehr interessiert ist, insbesondere an der Fahrt nicht teilgenommen hat; anderenfalls muß der Eigentümer der betreffenden Sachen nach § 677 ff. selbst den Schaden tragen. b) *Seligsohn, JW. **13** 72. Für den durch die Einwirkung entstandenen Schaden haftet dem Eigentümer der Sache lediglich der unmittelbare Täter (der einwirkende „Andere"). Dieser wird zumeist gemäß §§ 670 (675) oder 683 BGB. gegen den Gefährdeten den Anspruch auf Befreiung von der Schadensersatzpflicht erworben haben. Diesen Anspruch macht — nötigenfalls nach Pfändung und Überweisung zur Einziehung — der geschädigte Eigentümer gegen den Gefährdeten geltend (JW. **12** 857); er geht regelmäßig auf Zahlung der Schadenssumme an den Eigentümer unmittelbar. c) *Weck, Luftrecht 258 ff., ist der Ansicht, daß das geltende Recht für die Regelung nicht ausreicht, daß aber die Fortbildung nicht durch ein Sondergesetz, sondern durch Entwickelung der allgemeinen Lehren des Schadensersatzrechts zu bewirken sei. Ihm scheinen die Verhältnisse der Luftfahrt noch zu wenig geklärt, als daß man schon jetzt mit Gesetzen vorgehen könnte. Es fehle auch noch eine Statistik der Schadensfälle. Eine Eigenart des Luftrechts sei die Ausdehnung der Möglichkeit des Schadens. Während die Eisenbahn an Schienen gebunden ist, der Kraftwagen schon ein weiteres Gebiet der Schädigung umfaßt, könne das Luftfahrzeug überall schädigen. Damit sei aber noch nichts über die Wahrscheinlichkeit der Schädigung gesagt. Von großer Bedeutung aber sei der Gedanke, die Gefahr in irgend einer Form durch Versiche-

rung auf einen möglichst leistungsfähigen Kreis zu übertragen, wobei zugleich zu berücksichtigen sei, daß die Rechtsverfolgung von Ansprüchen gegen Luftfahrer meistens unter Schwierigkeiten des Beweises leide, die fortfallen würden, wenn der Geschädigte gegenüber einer Versicherungsgesellschaft oder -genossenschaft nur nachzuweisen hätte, daß der Schade durch ein Luftfahrzeug verursacht sei. **d)** *Alex Meyer, Schadensersatzrecht der Luftfahrt 72 ff., 18 ff. Ersatzpflichtiger nach § 904 ist nur der handelnde Nothelfer, nicht aber der Gerettete oder beide gemeinsam. Handelt der Nothelfer als Organ einer juristischen Person, so wird diese durch sein Handeln gemäß § 31 BGB. verpflichtet. Außerdem haftet aber der Nothelfer nach außen neben ihr. Im Innenverhältnisse haftet die juristische Person allein.

§ 905. I. Luftrecht (vgl. zunächst JDR. **11** und oben zu § 904). 1. *Runkel, Außervertragliche Haftung des Luftschiffers 20 ff.. a) Natur des Rechtes am Luftraume. Das Recht des Grundeigentümers an dem Raume oberhalb seines Grundstücks ist kein Eigentum, obwohl es ebenso wie dieses den Grundeigentümer ermächtigt, den Luftraum frei zu benutzen und andere von einer Mitbenutzung dieses bis zu einem gewissen Grade auszuschließen. Die Meinung derer, die das Recht des § 905 als Eigentum auffassen, scheitert daran, daß der Raum körperlos ist, der Begriff „Eigentum" aber einen körperlichen Gegenstand voraussetzt. Verfasser kommt zu dem Ergebnisse, daß das Recht des § 905 ein Tatbegriff von Herrschaftsbefugnissen ist, die sich aus dem Eigentum am Grundstücke von selbst ergeben. b) Umfang des Rechtes am Luftraume. Der § 905 Satz 2 gestattet lediglich horizontale Einwirkungen auf ein Grundstück, sofern diese wegen der Höhe, von der aus sie erfolgen, das Interesse des Grundeigentümers nicht mehr berühren. Die Frage, ob der freie Flug des Luftschiffers durch § 905 Satz 2 privatrechtlich gewährleistet wird, ist dahin zu beantworten, daß die bloße Möglichkeit einer vertikalen Einwirkung auf das Grundstück, wie sie in der Gefahr des Absturzes u. a. liegt, hinreicht, das Interesse des Grundeigentümers an der Ausschließung der Luftschiffahrt zu rechtfertigen. § 905 Satz 2 findet auf die Luftschiffahrt keine Anwendung. Gleichwohl steht dem Grundeigentümer eine Unterlassungsklage nach § 1004 dem Luftschiffer gegenüber nur in den seltenen Ausnahmefällen zu, in denen es sich um einen dauernden oder doch einen mit solcher Gesinnung vorgenommenen vorübergehenden Eingriff in seine Rechte handelt, der eine Wiederholung befürchten läßt. Ebensowenig kann aus der bloßen Tatsache, daß der Luftschiffer durch seinen Flug dem Einspruchsrechte des Grundeigentümers zuwiderhandelt, eine Haftung auf Schadensersatz hergeleitet werden. Für Schädigungen des Grundeigentümers wie jedes anderen ist der Luftschiffer nach geltendem Rechte nur im Rahmen der §§ 823 ff. verantwortlich (aM. insbesondere Kipp, JW. **08** 643). Das dem Grundeigentümer nach § 905 der Luftschiffahrt gegenüber zustehende Einspruchsrecht ist zu beseitigen, andererseits die Haftung des Luftschiffers gegenüber allen am Luftschiffahrtsbetriebe nicht beteiligten Personen, nicht bloß zugunsten des Grundeigentümers in ähnlicher Weise zu regeln, wie sie das Automobilgesetz zu Lasten des Automobilhalters eingeführt hat.

2. *Alex Meyer, Das Schadensersatzrecht der Luftfahrt 84 ff. Eine vom Verschulden unabhängige Haftpflicht des Luftfahrers läßt sich aus § 905 nicht herleiten. Stellt man sich zunächst auf den von Kipp, JW. **08** 644, JDR. **7** 1, vertretenen Standpunkt, daß jede Einwirkung in Höhe oder Tiefe den Interessen des Grundeigentümers widerspricht, sofern der Einwirkende nicht für etwaige Beschädigungen des Grundeigentümers schlechthin aufkommt, so würde aus § 905 nur ein Untersagungsrecht der Einwirkung, nie aber ein Schadensersatzrecht folgen. Der Satz, daß jede Einwirkung den Interessen der Grundeigentümer widerspricht, bei welchem der Einwirkende nicht für alle etwaigen Schäden aufkommt, ist aber überhaupt nicht anzuerkennen. Er wäre nur richtig, wenn die Einwirkungen stets Beschädigungen mit

Sicherheit zur Folge hätten; dies ist aber gerade bei der Luftfahrt fast nie der Fall. Auch der vom RG. ausgesprochene Rechtsgedanke, daß, wo immer einem beeinträchtigten Eigentümer das so wesentliche Recht, Eingriffe in seine Rechte abzuwehren, entzogen sei, ihm notwendig hierfür anderweitig Ersatz gegeben werden müsse, ist für die Luftfahrt nicht verwendbar; denn das Überfliegen als solches in angemessener Höhe stellt überhaupt keinen Eingriff in das Recht des Grundeigentümers am Luftraume dar. Vielmehr liegt ein solcher nur in den Ausnahmefällen vor, in denen das Überfliegen den Interessen des Grundstückseigentümers widerspricht. Inwieweit dies der Fall ist, ist Tatfrage.

3. *Weck, Deutsches Luftrecht 4 ff., versucht eine Darstellung des gesamten Luftrechts, d. h. aller Rechtssätze, die menschliches Verhalten in und an der Luft regeln. Sache ist die Luft nur dann, wenn bestimmte Teile begrenzt und beherrschbar gemacht worden sind. Im übrigen ist weder die Luft noch der Luftraum Sache, also auch nicht Gegenstand von Eigentum. Dagegen gibt es verschiedene dingliche Rechte an Luft und Luftraum, die auszugestalten sein werden, und zwar zum Teil auch ohne Verbindung mit dem Grundeigentume, so vor allem Rechte auf Bebauung, Aufenthalt, Ausnutzung der Luft als Triebkraft, Zu- und Ableitung von Licht, Schall, Gasen, Elektrizität und anderen Gegenständen (103—130). Als das allgemeinste und wichtigste Recht an der Luft wird das Recht der Atmung bezeichnet und eingehend dargestellt (37—100). Bei der Besprechung der Rechtsbeziehungen zwischen Grundeigentum und Luftfahrt geht Verf. davon aus, daß nicht Eigentum, sondern nur verschiedene Sonderrechte am Luftraum in Frage kommen und daß der Streit vorwiegend nach Gesichtspunkten der Gesamtwirtschaft des Volkes zu schlichten ist.

4. Brückner, R. **13** 701 ff., befürwortet aus allgemeinen Rechts- und Billigkeitsgründen die im Wege der Gesetzgebung herbeizuführende Erstreckung der Haftpflicht des Halters eines Luftfahrzeugs auch auf Schaden, der ohne sein Verschulden durch die mit dem Luftflugbetriebe zusammenhängenden Gefahren, wie u. a. durch Mängel des Fahrzeugs oder durch Versagen seiner Vorrichtungen, an Grundstücken, beweglichen Sachen oder Personen herbeigeführt ist.

5. *Schroeder, Vorschlag zu einem Luftfluggrundgesetze (s. auch oben Ziff. 12 zu § 823). Eine Beeinträchtigung des Eigentums soll nicht vorliegen, wenn der Luftflug über ein Gebäude und die zu demselben gehörigen Höfe und Gärten in einer Höhe von 300 Metern und über offenes Land — Wiesen, Äcker, Felder, Wälder — in einer Höhe von 100 Metern hinweggeht. Nach § 49 soll, wenn das Luftflugunternehmen so geartet ist, daß seine Durchführung im öffentlichen und allgemeinen Interesse liegt, das Eigentum des Nachbarn — z. B. bei den Zugängen zu den Hallenplätzen — im Wege der Enteignung dahin beschränkt werden können, daß er den regelmäßigen Luftflugverkehr über sein Grundstück in einer bestimmten Höhe dulden muß. §§ 52 und 53 regeln die Fälle, in denen der Eigentümer nicht berechtigt sein soll, den Niedergang eines Flugzeugs auf sein Grundstück zu verbieten.

II. 1. *Melsbach, JW. **13** 909. Der Begriff des Grundeigentums scheidet sich nicht von dem sonstigen Eigentumsbegriffe. Das Grundeigentum ist also zunächst identisch mit der Sache, an der es besteht. Damit entfällt jede Erstreckung auf Räume außerhalb des Grundstücks, insbesondere den Luftraum, weil sie eben außerhalb desselben und weil ein Eigentum nur an körperlichen Gegenständen möglich. Grundstück ist im übrigen nicht ein bis zum Erdmittelpunkte reichender Erdausschnitt. Aber nicht deshalb, weil etwa das Eigentümerinteresse sich so weit nicht erstreckt, sondern deshalb, weil der Begriff der „Sache“ im Rechtssinn untrennbar ist von dem der tatsächlichen Gewalt. Soweit also der Grundeigentümer keine tatsächliche Gewalt über die Erdtiefe haben kann oder noch nicht hatte, gehört sie nicht zum Grundstück und zum Eigentume daran. Der Schutz gegen eine in dem Raume über der Erdober-

fläche oder in der Erdtiefe erfolgende Betätigung ist erforderlich und gegeben, sofern diese Betätigung eine Einwirkung auf das Grundstück bedeutet. § 905 bedeutet einen durch irrige Annahmen der herrschenden Meinung über das Wesen des Grundstücks begründeten, nicht beabsichtigten Widerspruch mit dem als allgemein gültig gewollten Eigentumsbegriffe des BGB. und muß deshalb unbeachtlich sein.

2. **RG.** 11. 6. 13, GruchotsBeitr. **58** 201 ff. Das im Rechte des Grundstückseigentümers enthaltene Recht, andere von jeder Einwirkung auf den Erdkörper unter der Oberfläche seines Grundstücks auszuschließen, besteht nur mit der ihm durch den § 905 Satz 2 gesetzten Schranke, und bei dieser kommt es nicht auf den Zweck an, der mit der Einwirkung verfolgt wird, oder auf das Interesse, das der Einwirkende an der Einwirkung hat. Wenn auch j e d e s des Schutzes würdige Interesse des Eigentümers an der Ausschließung der Einwirkung genügt und der Eigentümer ein Interesse an der Ausschließung auch solcher Einwirkungen haben kann, die ihm erst in der Zukunft bei der Ausnutzung seines Eigentums hinderlich werden könnten (vgl. RGRKomm. Anm. 4 zu § 905), so ist doch ausgeschlossen die Berücksichtigung eines Interesses an dem Bestehen des Ausschließungs r e ch t s oder am Nichtbestehen der diesem im § 905 Satz 2 gesetzten Schranke (204).

§ 906. 1. **RG. 81** 225, DJZ. **13** 409, JW. **13** 374 ff. Die nachbarrechtlichen Vorschriften des § 906 sind auf den Fall mehrerer auf demselben Grundstücke befindlicher Anlagen unanwendbar. (Es handelte sich um die Beschädigung der Rohre einer Gasanstalt durch von einer Kleinbahn abirrende elektrische Ströme).

2. O r t s ü b l i ch k e i t (JDR. **10** 2). a) HansGZ. **13** Beibl. 161 (Hamburg). Durch den Betrieb einer höheren Töchterschule verursachter Lärm berechtigt selbst in Hamburger Villenblocks nicht zu Maßnahmen aus § 906. b) SchlHolstAnz. **13** 220 (Kiel) verurteilt wegen Staubzuführung aus einem Getreidesilo, weil in der kleinen stillen Landschaft derartige Einwirkungen durch gewerbliche Anlagen selbst in der Hafengegend nicht ortsüblich sind. c) SchlHolstAnz. **13** 339 ff. (Kiel). Die Ortsüblichkeit kann auch dann angenommen werden, wenn ein ähnlicher Betrieb zwar nicht in derselben Stadt, wohl aber allgemein in anderen Städten auf ähnlichen Grundstücken üblich ist (**RG. 70** 154). d) **RG.** 5. 3. 13, GruchotsBeitr. **57** 1001 ff. Es widerspricht nicht der Rechtsprechung des RG., wenn bei Betrieben, die unmittelbar an der Wand des Nachbargebäudes eingerichtet werden, die Ortsüblichkeit auch dann verneint wird, wenn diese Betriebe sonst als ortsüblich anzusehen wären. e) Über Störung durch einen im Nachbarhause befindlichen Benzinmotor OLG. **26** 125 (München).

3. **RG.** 16. 10. 12, GruchotsBeitr. **57** 695. Der § 906 hat lediglich Einwirkungen durch sog. Imponderabilien, wie Gase, Dämpfe, Gerüche und Geräusche im Auge, er bezieht sich dagegen nicht auch auf Einwirkungen durch Zuführung von Wasser als flüssigen Körpers. Daher nicht anwendbar auf die Zuleitung von Abwässern aus Klosettanlagen.

4. **RG.** 12. 4. 13, JW. **13** 738. Der Vollstreckungsgegenklage auf Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem Urteil auf Beseitigung von den Nachbarn störenden Geräuschen kann nur stattgegeben werden, wenn der Kläger nachweist, daß in d a u e r n d e r Weise Vorkehrungen getroffen sind, um unzulässige Einwirkungen auf das Nachbargrundstück ständig zu beseitigen.

§ 907. B e g r i f f d e r A n l a g e (s. zunächst JDR. 8). ElsLothJZ. **13** 408 (Colmar). Dorfgraben als Anlage im Sinne des § 907 anzusehen.

§ 909. **RG.** 8. 11. 13, WarnE. **7** 35 ff. § 909 ist anwendbar bei einem Zusammensinken des Bodens infolge Vertiefung des Nachbargrundstücks in Verbindung mit dem Auspumpen des Grundwassers. Größere Vertiefungen mögen häufig auch gewisse Veränderungen im Grundwasserstande zur Folge haben, gleichwohl gehört die Frage nach der Zulässigkeit der Vertiefungen nicht und

mindestens nicht in erster Linie dem Gebiete des Wasserrechts an. In dem Erlasse von wasserrechtlichen Vorschriften hat die Landesgesetzgebung nach Art. 65 EGBGB. freie Hand, aber dem § 909 hat der Gesetzgeber des BGB., wie nach dem Wortlaute und dem Zwecke der Vorschrift angenommen werden muß, allgemeine und uneingeschränkte Geltung beilegen wollen. Vgl. auch schon SchlHolst. Anz. **13** 273 ff. (Kiel).

§ 912. 1. *Delbrück, Überbau, ABürgR. **39** 406. Das „Recht", einen Überbau stehen zu lassen, ist weder eine Grunddienstbarkeit, noch überhaupt ein Recht, sondern nur eine Befugnis, die sich aus dem ein für allemal fest bestimmten Inhalte des Eigentums ergibt (418). — Vgl. oben Ziff. 1 zu §§ 903 ff. Ausgehend hiervon wird nachgewiesen, daß für den Überbau auf eigenen Boden eine analoge Anwendung des § 912 zwar zulässig (426), aber nicht notwendig ist, da diese Vorschrift unmittelbar Anwendung findet (429). Die Voraussetzungen der Duldungspflicht sind rein tatsächlicher Natur, was sich z. B. auch aus dem Worte „sofort" im § 912 ergibt. Der in dieser Bestimmung liegende Interessenschutz ist zwar an sich nicht nötig, wenn die Grundstücke in einer Hand sind, aber nach einer Trennung ist die Lage die gleiche, wie wenn die Grundstücke schon im Augenblicke des Überbaues in verschiedenen Händen gewesen wären. Der Windscheidsche Gedanke, hier eine stillschweigende Servitutbestellung in dem Rechtsgeschäfte zu sehen, das der Trennung zugrunde liegt, ist aus theoretischen wie praktischen Gründen nicht haltbar (430).

2. Brandgiebelrecht (JDR. 8 Ziff. 2 und 3, **9** Ziff. 1 zu § 921, **10** Ziff. 4, **11** Ziff. 1). a) RheinA. **110** 145—154 (Düsseldorf) hält an seiner schon früher vertretenen Auffassung fest, daß die halbscheidig errichtete Mauer ihrer Zweckbestimmung gemäß zunächst wesentlicher Bestandteil des ersterbauten Hauses werde und daher gemäß § 94 Abs. 2 in das Alleineigentum des Erbauers falle. Bei einheitlicher Betrachtung der §§ 93 ff. enthält auch § 94 Abs. 1 kein abstraktes und absolut maßgebendes Prinzip; er kann vielmehr durch die auf demselben Grundgedanken beruhenden Spezialvorschriften der §§ 93, 94 Abs. 2, 95 sehr wohl Ausnahmen erleiden. Der römische abstrakte Satz: superficies solo cedit ist durch diese Vorschriften im Sinne der Verkehrsanforderungen abgeändert und fortgebildet worden. Die Zweckbestimmung muß sich aber auch im Augenblicke des Anbaues äußern, da sie eben dahin geht, im Falle des Anbaues die Mauer beiden benachbarten Häusern dienstbar zu machen. Die einseitige Zweckbestimmung, die die Mauer zum wesentlichen Bestandteile des ersten Hauses machte, hört im Augenblicke der Anbaues auf. Das angelehnte Haus bedarf nach der Verkehrsauffassung und der Technik keiner ganzen ihm allein zugehörigen Mauer; es wird in seinem Wesen und Sein nicht verändert, wenn es die Mauer mit dem Nachbarn teilen, die eine Hälfte an den Nachbar abgeben muß. Die übergebaute Mauerhälfte kann daher im Augenblicke des Anbaues Gegenstand besonderer Rechte werden und auch sie bleibt in ihrem Wesen und Sein unberührt, indem sie gleichzeitig ein notwendiger baulicher Bestandteil des zweiten Hauses und damit im Rechtssinne wesentlicher Bestandteil dieses Hauses wird. Sie geht damit in das Eigentum des anbauenden Nachbarn über und erfüllt so die von vornherein gegebene Zweckbestimmung. Vgl. hierzu auch RheinA. aaO. 306 ff. **b**) RheinA. **110** 216 (Cöln). Die Eigentumsverschiebung durch Anbau an eine Giebelmauer und daher der Anspruch auf Ersatz der halben Mauerkosten, tritt weder mit dem Augenblick ein, da mit dem Anbau begonnen wird, noch auch nach und nach mit dem jeweiligen Fortgange des Anbaues, sondern erst in dem Zeitpunkte, wo der Rohbau fertiggestellt ist. Derjenige, dem der Ersatzanspruch auf die halben Mauerkosten abgetreten worden ist, hat nur dann diesen Anspruch, wenn der Rohbau des Nachbargebäudes während der Eigentumszeit seines Zedenten vollendet worden ist. c) RheinA. **110** 210 (Cöln). Eine vor 1900 errichtete Scheidemauer verblieb auch nach Inkrafttreten des BGB. Alleineigentum des Erbauers,

aber mit der dinglichen Berechtigung des Nachbars und seiner Rechtsnachfolger belastet, sie gegen Erstattung ihres halben Wertes durch Anbauen in Mitbenutzung zu nehmen. Eine bei Errichtung einer solchen Mauer zwischen dem Erbauer und dem Nachbar getroffene Vereinbarung, daß letzterer sie unentgeltlich in Benutzung nehmen dürfe, war zulässig und auch ohne besondere Vertragsform gültig. **d)** Die französisch-rechtliche Judikatur über das Recht der Giebelmauern wird von Vossen, RheinZ. **5** 541—545 wiedergegeben. Hinsichtlich der badischen Rechtsprechung vgl. Fromherz aaO. 546—559.

3. R. **13** Nr. 1290—1292 (Stuttgart). Für die Höhe der Überbaurente ist die Zeit der Grenzüberschreitung, nicht die der Urteilsfällung maßgebend. — Ein Verandabau ist ein Gebäude und daher, wenn über die Grenze gebaut, nicht zu entfernen; anders liegt es bei einem Schuppen, der unbeschadet des Zusammenhanges seiner einzelnen Teile auf einen anderen Platz gebracht werden kann. — Nicht der Anspruch auf Überbaurente überhaupt, wohl aber die Ansprüche auf die einzelnen fälligen Renten unterliegen der vierjährigen Verjährung nach § 197, und zwar ohne Rücksicht darauf, wann der einzelne Anspruch nach Art und Höhe festgestellt wird.

4. **RG.** 1. 10. 13, **83** 142 ff., JW. **14** 38. Wenn der bauende Eigentümer des einen Grundstücks das angrenzende mitbebaute Grundstück im Eigenbesitze hat und der Eigentümer auch dieses Grundstücks zu sein glaubt, so steht dies der Annahme eines Überbaues nicht entgegen. Der Grundstückseigentümer, der über die Grenzen seines Grundstücks hinausbaut, wird sich in der Regel für den Eigentümer der angrenzenden, zum Baue gezogenen Flächen oder doch zur Bebauung der Fläche für berechtigt halten, und es wird gerade in solchen Fällen verneint werden können, daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit im Sinne des § 912 zur Last fällt. Das Gesetz macht seine Anwendung auch nicht davon abhängig, daß der Überbau sich nur auf einen Teil des Nachbargrundstücks erstreckt (vgl. auch **RG. 52** 17, **74** 88).

5. FrankfRundsch. **47** 184 ff. (Frankfurt). Die bloße Überschreitung der Wichgrenze durch Errichtung eines Gebäudes stellt keinen Überbau im Sinne des § 912 dar. Unter „Grenze" versteht § 912 lediglich die Eigentumsgrenze und keineswegs auch sogenannte Baugrenzen, deren Begriff dem BGB. unbekannt ist und nicht einmal eine feststehende Bedeutung hat. Auch eine analoge Anwendung des § 912 auf Fälle, in denen nach Landesrecht bei Errichtung von Gebäuden eine bestimmte Entfernung von der Nachbarsgrenze einzuhalten ist, ist entgegen der Ansicht einiger Schriftsteller (vgl. Wolff, Bau auf fremden Boden 98 ff.; Oberneck, Grundbuchrecht I 529; Dernburg, Sachenrecht § 83 II d) nach dem Charakter der Vorschrift für ausgeschlossen zu erachten, zumal sich der Inhalt solcher Eigentumsbeschränkungen lediglich nach dem einschlägigen Landesrechte bemißt.

6. **RG.** 1. 10. 13, **83** 142 ff., DJZ. **13** 1386. Wird gemäß § 912 über die Grenze gebaut, so bleibt der Bauende entgegen der Regel der §§ 946, 93, 94 Abs. 1 Eigentümer des mit dem fremden Grundstücke verbundenen Gebäudeteils und der hinübergebaute Gebäudeteil ist nicht Bestandteil des überbauten Nachbargrundstücks (148).

§ 917. 1. *Zeiler, SeuffBl. **13** 97 ff. Der Aufsatz behandelt den Fall, daß ein Grundstück zwar eine Verbindung mit dem öffentlichen Wege hat, der öffentliche Weg aber in regelmäßiger Wiederkehr zeitweise unbrauchbar ist und daher für die ordnungsmäßige Benutzung des Grundstücks nicht genügt. Das Bestehen der Notweglast wird für diesen Fall bejaht.

2. *Silberschmidt, RheinZ. **5** 380. Die Vorschrift des § 917 Abs. 2 kommt nicht mehr in Frage, wenn schon nach dem früheren Rechte 30 Jahre lang eine Vergütung nicht beansprucht wurde. Nicht der einzelne Anspruch verjährt, sondern mit der Begründung des Notwegrechts entsteht an sich die Verpflichtung zur Entschädigung.

3. a) Franke, R. **13** 400. Der Notweg erstreckt sich nicht auf unterirdische Anlagen, denn das Gesetz spricht im § 917 Abs. 2 von den Nachbarn, „über deren Grundstück der Notweg führt", und im § 918 Abs. 2 nochmals von dem Teile, über welchen die Verbindung bisher stattgefunden hat. (Im Ergebnis ebenso OLG. Colmar DJZ. **09** 440 und BayObLG. R. **06** Nr. 1630 sowie RGRKomm. zu § 917.) **b)** Hiergegen Langlotz, R. **13** 511. Bei der Auslegung des § 917 sei zu berücksichtigen, daß das Rechtsinstitut des Notwegs mehr als andere aus wirtschaftlichen Bedürfnissen heraus entstanden ist.

§ 920. *Zeiler, BayRpflZ. **13** 347 behandelt die Frage der Substanziierung einer Klage und der rechtlichen Natur des Anspruchs nach § 920, sowie das Verhältnis dieses Anspruchs zur Eigentumsklage und zur Eigentumstörungsklage. Der Kläger braucht eine Regelung nach § 920 nicht ausdrücklich zu verlangen, der Richter hat die Vorschrift anzuwenden auch ohne solchen Antrag.

§ 921. 1. Wein, BayRpflZ. **13** 454 ff.: Eine Kommunmauer ist eine Mauer, die in ihrer Längstrichtung auf der gemeinsamen Grenze zweier verschiedenen Eigentümern gehörigen Nachbargrundstücke steht. Die Kommunmauer gehört nach wie vor dem Anbau jedem Nachbar insoweit, als sie auf seinem Boden steht. Nicht etwa ist sie, wenn nur das eine Grundstück bebaut ist, allein wesentlicher Bestandteil des Hauses.

2. *Eckstein, GruchotsBeitr. **57** 646. Die gesetzliche Vermutung ist durch bloße Gegenvermutung zu entkräften (vgl. zu § 292 ZPO.).

§ 922. ElsLothJZ. **13** 356 (Colmar). Der Geltendmachung des Rechtes des Eigentümers eines Grundstücks, von dem aus die Erhöhung einer gemeinschaftlichen Mauer erfolgt ist, die Benutzung des Aufbaues dem Nachbarn zu verbieten, steht die Einrede der Arglist entgegen, wenn der erstere die — nicht offenbar unzulängliche — Ersatzleistung des Nachbars für die Baukosten des Aufbaues zurückweist, ohne sich über die Höhe seiner Mehrforderung zu erklären.

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

§ 925. I. Form der Auflassung. 1. KGJ. **44** 233 (KG.). Wird das Grundbuch bei demselben Amtsgerichte geführt, das als Nachlaß- oder Teilungsgericht zur Ausstellung des Überweisungszeugnisses betreffs eines bei der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft oder Gütergemeinschaft einem Beteiligten zugewiesenen Grundstücks zuständig ist, so kann die Auflassung vor dem Nachlaß- oder Teilungsrichter auch dann wirksam erfolgen, wenn dieser nicht der zuständige Grundbuchrichter ist und nicht in dessen Vertretung zu handeln beabsichtigt.

2. KGJ. **43** 295 (Hamm). Die Bestimmung im § 65 Abs. 1 PrLandgemeindeO. für die Provinz Westfalen, daß Urkunden, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, von dem Amtmann und dem Gemeindevorsteher vollzogen werden müssen, ist gemäß ihrem Wortlaut auf schriftliche Verpflichtungserklärungen zu beschränken. Zur Entgegennahme der Auflassung namens der Landgemeinde bedarf der Gemeindevorsteher der Mitwirkung des Amtsmanns auch dann nicht, wenn durch die Auflassung der Formmangel des zugrunde liegenden Kaufvertrags geheilt wird. Der Gemeindevorsteher muß sich aber durch die Vorlegung des seine Ermächtigung zu dem Grundstückserwerb ergebenden Beschlusses der Gemeindeversammlung legitimieren.

3. ElsLothJZ. **13** 109 (Colmar). Allerdings vertritt das BayObLG. in stehender Rechtsprechung (BayObLG. **3** 439, **4** 957, 542, RJA. **4** 132, OLG. **10** 71) gegenüber dem abweichenden Standpunkte des KG. (RJA. **2** 250, OLG. **5** 415) die Meinung, daß in Fällen, in denen die Genehmigungserklärung von dem Genehmigenden zu dem Zwecke in notarieller Urkunde abgegeben wurde, damit der Notar sie dem Grund-

buchamte vorlege und dieses die genehmigte Auflassung eintrage, es des Nachweises dafür, daß die Genehmigungserklärung entsprechend § 182 BGB. dem anderen Teile gegenüber erfolgt sei, überhaupt nicht bedürfe und daß vielmehr das Grundbuchamt die Eigentumsveränderung auch ohne diesen Nachweis einzutragen habe. Dieser Ansicht ist aber nicht beizutreten. Denn sie verkennt, wie vom KG. mit Recht hervorgehoben wird, die Bedeutung des § 20 GBO., der den Nachweis einer wirklichen Einigung des bisherigen und des neuen Eigentums bezüglich des Eigentumswechsels verlangt, weshalb, wenn ein Nichtberechtigter die Einigung erklärt hat, in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen werden muß, daß der Berechtigte dessen Erklärung nachträglich in rechtsverbindlicher Form, d. h. durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile, genehmigt hat.

4. Josef, BadRspr. **13** 214. Dem § 925 BGB. und dem Art. 143 EGBGB. liegt die Erwägung zugrunde, daß nur das Grundbuchamt und die landesgesetzlich berufenen Amtsstellen in ihrer Eigenschaft als Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Entgegennahme der Auflassung geeignet sind. Eine ausdehnende Auslegung dieser Zuständigkeitsbestimmung auf andere Amtsstellen, insbesondere auf das Prozeßgericht, ist also nach der Absicht des Gesetzes unzulässig; folglich wird auch in den Rechtsgebieten, in denen die Notare oder andere Amtsstellen zur Entgegennahme der Auflassung zuständig sind, diese nicht ersetzt durch die Beurkundung im prozeßgerichtlichen Vergleiche. Dies gilt für Baden um so mehr, als hier der Gesetzgeber die Zuständigkeit zur Entgegennahme der Auflassung nicht jedem deutschen Notare, sondern nur den badischen Notaren beilegt, weil diese regelmäßig zugleich Vorsteher des Grundbuchamts und mit Leichtigkeit in der Lage sind, den Inhalt des Grundbuchs festzustellen, sonach für die Entgegennahme der Auflassung eine ähnliche Sicherheit gewähren, wie sie die Auflassung vor dem Grundbuchamte bietet. Wird ein Rechtsgeschäft, das nach dem bürgerlichen Rechte einer besonderen Form bedarf, in der prozessualischen Form des Vergleichs vorgenommen, so hat die Beurkundung nach den Vorschriften der ZPO. zu erfolgen, und es wird hierdurch die sonst gesetzlich erforderliche Form ersetzt. **b**) Die Entsch. des OLG. Dresden JDR. **10** zu § 925 Ziff. II 1 b auch SächsOLG. **33** 66 und KGJ. **43** 301.

II. Auflassung durch Vertreter. ZBlFG. **13** 309 (KG.). Das KG. hat bereits ausgesprochen, daß eine in Gütergemeinschaft lebende Frau auch ohne Zustimmung des Mannes durch Entgegennahme der Auflassung ein Grundstück für die Gütergemeinschaft erwerben könne, und zwar auch dann, wenn die Auflassung zur Erfüllung eines rechtswirksamen Kaufvertrags bestimmt ist (KGJ. **30** A 207, **31** A 297). Aus dieser Auffassung, bei der stehen zu bleiben ist, folgt ohne weiteres, daß die gütergemeinschaftliche Frau die Auflassung auch durch einen Bevollmächtigten entgegennehmen kann. Denn hat die Frau selbst das Erwerbsrecht, so kann sie es gemäß § 164 BGB. auch durch einen Vertreter ausüben.

III. Inhalt der Auflassung. 1. OLG. **26** 35, KGJ. **43** 200, RJA. **12** 164 (KG.). Nach § 925 Abs. 2 ist eine Auflassung unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung (Zeitbestimmung) erfolgt. Allerdings hat das RG. (**RG. 54** 378, 383) ausgeführt: „Daher enthält die Erklärung des Berechtigten, daß er die Rechtsänderung wolle, auch die Erklärung, daß er mit der Eintragung einverstanden sei, daß er sie bewillige, und die Erklärung des anderen Teiles, daß er mit dem Eintritte der Rechtsänderung einverstanden sei, enthält ebenso selbstverständlich die Erklärung, daß er die Rechtsänderung, also die Eintragung wolle, sie beantrage; daraus ergibt sich ohne weiteres, daß eine den Formvorschriften des § 29 GBO. entsprechende Einigung in allen Fällen zur Herbeiführung der Eintragung ausreiche; die Einigung enthält begrifflich die Eintragungsbewilligung und den -antrag in sich." Von diesem Stand-

punkt aus wäre anzunehmen, daß der Eintragungsantrag, losgelöst von der Einigung, einer besonderen Gestaltung und rechtlichen Beurteilung unzugänglich ist, daß Mängel und Vorbehalte des Eintragungsantrags, auch wenn die Einigung äußerlich neben der Bewilligung und dem Antrage gesondert erklärt wird, die Auflassung, mit der er eine notwendige Einheit bildet, mitergreifen und daraus würde für den vorliegenden Fall weiter folgen, daß die dem Eintragungsantrage beigefügte Zeitbestimmung die Auflassung nach § 925 Abs. 2 unwirksam gemacht hätte. Es erhellt indessen nicht, daß das RG. die mitgeteilten Ausführungen als Rechtsgrundsatz hat aussprechen wollen. Sie finden sich nur beiläufig in der Begründung des auch vom KG. befolgten Rechtsgrundsatzes, daß zur Auflassung die Erklärung des Veräußerers, daß er die Eintragung des Erwerbers als Eigentümers bewillige, in Verbindung mit der Erklärung des Erwerbers, daß er diese Eintragung beantrage, genüge und es daneben noch einer besonderen formalen Einigungserklärung nicht bedürfe. Jedenfalls beruht der Beschluß des RG. nicht auf jenen nur gelegentlichen, eine andere Frage betreffenden Ausführungen, so daß es keiner Vorlegung an das RG. gemäß § 28 FGG. bedarf. An dem bereits am 19. Januar 1905 (OLG. **11** 159) eingenommenen abweichenden Standpunkt ist nach erneuter Prüfung festzuhalten. Nach § 19 GBO. erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Hiervon macht § 20 eine Ausnahme für die Auflassung eines Grundstücks und die Bestellung (Übertragung) eines Erbbaurechts. In diesen Fällen genügt nicht der Antrag, sondern muß dem Grundbuchrichter die materiell-rechtliche Grundlage der Eintragung, die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles nachgewiesen werden. Daß diese Einigung in der Eintragungsbewilligung des Veräußerers in Verbindung mit dem Eintragungsantrage des Erwerbers zu finden ist, hat das RG. aaO. rechtsgrundsätzlich ausgesprochen. Damit ist aber nicht gleichzeitig für den Fall der Auflassung der § 13 GBO. außer Kraft gesetzt, wonach grundsätzlich das Grundbuchamt nur auf Antrag tätig wird. Die Fälle, in denen Abweichendes gelten soll (Tätigkeit von Amts wegen oder auf Grund des Ersuchens einer Behörde), sind im Gesetz ausdrücklich festgestellt, und darunter findet sich nicht die Auflassung. Auch wenn dem Grundbuchamte die materiellrechtliche Unterlage für die Eintragung eines neuen Erwerbers vorliegt, darf es diese Eintragung nicht von Amts wegen bewirken, sondern es ist gebunden an den Antrag des Berechtigten. Da nun für die Auflassung zwar die Eintragungsbewilligung in Verbindung mit dem Eintragungsantrage genügt, andererseits aber für sie auch jede andere Erklärung ausreicht, aus der der Übereignungswille der Beteiligten deutlich erkennbar ist, so sind die Beteiligten in der Lage, die Einigung zu erklären, sich aber den prozessualen Antrag, durch den das Grundbuchamt zur Eintragung erst befugt wird, noch vorzubehalten. Hieraus folgt weiter, daß der Antrag auf Eintragung des Erwerbers rechtlich unabhängig sein kann von der Auflassung, sofern er nämlich im Einzelfalle nicht Bestandteil der Einigungserklärung ist.

2. OLG. **26** 33 (BayObLG.). Bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke genügt nicht der Nachweis des Willens der Einigung, das Gesetz verlangt in den §§ 873, 925, daß die Einigung erklärt wird, stillschweigende Einigung genügt nicht (Mot. III 173). Die Form und die Notwendigkeit der Erklärung erschien dem Gesetzgeber besonders geeignet, den Beteiligten den Eigentumswechsel als unmittelbare Folge ihrer Erklärungen zum Bewußtsein zu bringen (D. 131). Damit die Beobachtung der Form gesichert bleibt, darf die Eintragung in das Grundbuch nur auf Grund der erklärten Einigung erfolgen (§ 20 GBO.; D. i. Hahn Mat. V 159). Die nach § 873 erforderliche Erklärung muß klar und deutlich sein und jeden Zweifel ausschließen (Mot. z. BGB. aaO.; Güthe, GBO. 447 § 20), ohne daß hierbei der Gebrauch bestimmter Worte vor-

geschrieben wäre (Predari, GBO. § 20 Nr. 3; BayObLG. **3** 35). Der Veräußerer bewilligt die Eintragung, der Erwerber beantragt sie und nimmt hiermit die bewilligte Eintragung an (**RG. 54** 378, BayObLG. **7** 391).

3. ElsLothJZ. **13** 619 (Colmar). In Übereinstimmung mit Entsch. des KG. (KGJ. **38** A 245) und des BayObLG. (BayObLG. **7** 499, **3** 1053 und **10** 43) haben die Vorinstanzen aus § 28 in Verb. mit § 2 Abs. 2 und § 96 GBO. gefolgert, daß im Falle der Veräußerung eines Teiles von einem Grundstücke das Teilstück bereits in der Auflassungserklärung mit derjenigen Bezeichnung versehen werden muß, unter der es als selbständiges Grundstück in dem amtlichen Verzeichnisse der Grundstücke zu führen und zur Herbeiführung der Rechtsänderung in das Grundbuch einzutragen ist. Dieser Rechtsauffassung ist beizutreten.

4. ElsLothJZ. **13** 274, OLG. **26** 35 (Colmar). Richtig ist allerdings, daß zu einer gültigen Auflassungserklärung auf seiten des Veräußerers nicht das Bewußtsein, Eigentümer zu sein, erforderlich ist, daß vielmehr seine Erklärung genügt, das ihm an dem Grundstücke zustehende Eigentumsrecht zu übertragen. Andererseits kommt es aber nicht darauf an, welches der Wille des Veräußerers war, sondern welche Willenserklärung er abgegeben hat.

5. R. **13** Nr. 2877 (BayObLG.). Als Einigung genügt bei freiwilligen Versteigerungen die Erklärung der Versteigerer, sie seien mit dem Eigentumsübergang auf Grund des Zuschlags einverstanden, wenn die Benennung der wirklichen Steigerer (Auftraggeber) noch im gleichen Termin in Anwesenheit der Versteigerer erfolgt.

6. ElsLothNotZ. **13** 226 (LG. Zabern). Die in einem notariellen Kaufvertrag enthaltene Angabe, daß die Käufer eines Grundstücks in ehelicher Gütergemeinschaft verheiratet sind, und die ihr entsprechende Auflassung genügen zur Eintragung in das Eigentumsbuch. Eine nähere Bezeichnung der Art der Gütergemeinschaft kann der Grundbuchrichter nicht verlangen.

7. BadRspr. **13** 174 (Karlsruhe). Ist eine Gesellschaft m. b. H. in der Gründung begriffen, so haben die Auflassungen nur an die Gründungsgesellschaft zu geschehen. Darüber darf bei der Auflassung keine Unklarheit bestehen.

8. HessRspr. **14** 23 (LG. Darmstadt). Das Urteil, das den Beklagten zur käuflichen Überlassung eines Grundstücks an den Kläger verurteilt, ersetzt die Einwilligungserklärung des Verurteilten vor dem Grundbuchamt; es muß nicht alle einzelnen Erklärungen enthalten, die Bestandteile der Eintragungsbewilligung sein könnten.

9. OLG. **26** 38 (OLG. München). Eigentumsübergang bei unrichtiger Plannummerbezeichnung.

10. BayRpflZ. **13** 445 (BayObLG.). Wie ist die Auflassungserklärung zu fassen, wenn bei der freiwilligen Versteigerung eines Grundstücks der Ansteigerer erklärt, das Grundstück nicht für sich, sondern für einen anderen erworben zu haben, der anwesend ist und zustimmt und wenn in den Versteigerungsbedingungen eine solche Erklärung zugelassen ist?

IV. Notwendigkeit der Auflassung. 1. **RG. 80** 123. Das Strombett, wie der Strom überhaupt, bildet nicht privatrechtliches Eigentum des Staates und unterliegt darum nicht den privatrechtlichen Vorschriften über die Eigentumsübertragung an Grundstücken. Es handelt sich dabei vielmehr um ein Verhältnis öffentlichen Rechtes, und die Überlassung des genannten Strombettteils an die Klägerin bildete einen öffentlich-rechtlichen Akt der Staatsverwaltung, durch den, dem festgestellten Willen gemäß, das Eigentum ohne die sonst (§ 925 BGB.) erforderliche Auflassung rechtswirksam übertragen wurde. In den Händen der Klägerin wurde das überlassene Stück Privateigentum.

2. a) PosMSchr. **13** 925 (KG.). Soll ein Grundstück aus dem Bruchteilseigentum in das Eigentum einer offenen Handelsgesellschaft übergeführt werden, so bedarf es hierzu der Auflassung und Eintragung. An dieser vom **RG. 56** 96, **57** 433, **65** 233 vertretenen und von der herrschenden Meinung (Planck [3] Anm. 9; Staudinger [7/8] Anm. II 2 f.; RGRKomm. Anm. 2 zu § 925 BGB.; Güthe § 20 Anm. 16; Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen 70 ff.) als richtig anerkannten Auffassung ist festzuhalten (vgl. auch KGJ. **24** A 10). **b)** OLG. **26** 34 Anm. (PrOVG.). Die Auflassung ist erforderlich, wenn Bruchteilseigentümer das Grundstück an eine aus ihnen bestehende offene Handelsgesellschaft auflassen.

3. OLG. **26** 34 Anm., PrOVG. **55** 125 (OVG.). Mit dem Eintritt eines Gesellschafters in eine bereits bestehende offene Handelsgesellschaft und mit dem Ausscheiden findet keine freiwillige Veräußerung der Gesellschaftsgrundstücke statt.

4. BayObLG. **14** 192. Die offene Handelsgesellschaft ist als ein von der Person der einzelnen Gesellschafter verschiedenes Rechtssubjekt aufzufassen. Wenn bei einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft der eine Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet und der andere das Geschäft der Gesellschaft mit den Aktiven und Passiven ohne Liquidation übernimmt, so geht damit ein Eigentumswechsel vor sich, d. h. der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen geht ohne besonderen Übertragungsakt auf den das Geschäft übernehmenden Gesellschafter über.

5. OLG. **26** 34 Anm., PrVerwBl. **34** 29 (OVG.). Die Auflassung ist erforderlich, wenn die offene Handelsgesellschaft, deren Teilhaber Brüder sind, ein Grundstück an die Söhne der Teilhaber aufläßt, obwohl an sich die Veräußerung vom Vater an den Sohn steuerfrei ist. Anders, wenn z. B. die Teilhaber die Eltern oder Großvater und Vater die Erwerber gewesen wären.

6. OLG. **26** 33 Anm., PrOVG. **58** 10 (OVG.). Bei Übergang von Einzel- oder Bruchteilseigentum in Eigentum zur gesamten Hand und umgekehrt liegt eine Veräußerung und zwar des ganzen Grundstücks vor, wenn also bei Aufhebung der Gütergemeinschaft und Einführung der Gütertrennung ein Grundstück der Ehefrau überwiesen wird, die es schon vor der Eheschließung besessen hatte. Denn das Gemeinschaftsrecht zur gesamten Hand ist von dem Individualrechte derart verschieden, daß dieses in ihm untergeht und, wenn es wieder erstehen soll, aus ihm neu geschaffen werden muß.

7. OLG. **26** 34 Anm., PrOVG. **34** 42 (OVG.). Nach Aufhebung einer Stiftung tritt Liquidation ein; die Grundstücke der Stiftung müssen an den, dem sie zufallen sollen, aufgelassen werden.

8. OLG. **26** 34 Anm., PrOVG. **31** 630 (OVG.). Wird eine Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Aktiengesellschaft umgewandelt, so bewirkt das keinen Eigentumsübergang an den Gesellschaftsgrundstücken.

9. BadNotZ. **13** 40 (LG. Heidelberg). Geht eine Aktiengesellschaft ohne Liquidation durch Fusion in einer anderen Aktiengesellschaft auf, so geschieht die Eintragung der übernehmenden Aktiengesellschaft im Grundbuche durch Berichtigung des Grundbuchs. Eine Auflassung ist nicht erforderlich.

10. HessRspr. **14** 22 (LG. Darmstadt). Zur Eintragung von Bruchteilseigentum für noch in ungeteilter Erbengemeinschaft stehende Erben ist Auflassung erforderlich.

11. ElsLothJZ. **13** 593 (Colmar). Wenn in einem altrechtlichen Ehevertrage

dem überlebenden Ehegatten das Recht eingeräumt ist, gemäß Art. 1515 code civil ein gütergemeinschaftliches Grundstück vorwegzunehmen, so erwirbt der überlebende Ehegatte unmittelbar durch Ausübung dieses Rechtes und ohne daß es noch einer Auflassung bedürfte, Alleineigentum an dem Grundstücke, sofern die Gütergemeinschaft vor 1900 aufgelöst wurde.

12. Roth, BayNotZ. **13** 368. Grundstückserwerb durch Erbengemeinschaften, insbesondere im vormaligen Gebiete des Mainzer Landrechts.

V. Wirksamkeit der Auflassung. 1. OLG. **26** 178, KGJ. **44** 213 (KG.). Auf dem Boden des allgemeinen bürgerlichen Rechtes kommt es darauf an, ob durch die beabsichtigte gegenseitige Auflassung winziger Bruchteile nach der Willensmeinung der Beteiligten wahres Miteigentum oder bloßes Bucheigentum ohne andere materielle Rechtsfolgen als die der Bildung eines (gemeinsamen) Eigenjagdbezirkes begründet werden soll. Dabei ist die sich aus der Begründung von Miteigentum hinsichtlich der Verwaltung und Benutzung für das Innenverhältnis und hinsichtlich der Verfügung über die gemeinschaftlichen Grundstücke nach außen ergebende Rechtslage in Betracht zu ziehen. Verwaltung und Benutzung können von den Miteigentümern allerdings nach deren Belieben und demgemäß auch so geregelt werden, daß sie einem Miteigentümer allein zustehen sollen; gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers wirkt die getroffene Bestimmung aber nur dann, wenn sie als Belastung des Anteils in das Grundbuch eingetragen ist (§§ 746, 1010). In dem hier vorgelegten Tauschvertrag ist weder Verwaltung noch Benutzung irgendwie geregelt. Anderseits ist es klar, daß die gesetzlichen Regeln (§§ 743—745) im Verhältnisse von Miteigentümern zu $^{999}/_{1000}$ und $^{1}/_{1000}$ Bruchteilen nicht gelten sollen. Schon diese Umstände hat das LG. ohne Rechtsirrtum zu der Feststellung verwerten können, daß die Begründung von Miteigentum überhaupt nicht gewollt sei. Entscheidend ist der folgende Gesichtspunkt. Auch die Übertragung von Miteigentum zu einem ganz geringen Bruchteile hat, selbst wenn die Verwaltung und Benutzung für den bisherigen Alleineigentümer vorbehalten wird, eine einschneidende Änderung der bisherigen Rechtslage zur Folge; insbesondere können über den Grundbesitz im ganzen oder einen realen Teil davon nur die Miteigentümer gemeinschaftlich verfügen. Diese müssen also bei der Veräußerung auch der kleinsten Parzelle oder der Bestellung einer das Besitztum im ganzen oder zu einem realen Teile belastenden Hypothek zusammenwirken (§ 747 Satz 2). Anderseits kann jeder Miteigentümer über seinen ideellen Anteil, z. B. durch Veräußerung usw. verfügen (§ 747 Satz 1); eine Ausschließung oder Einschränkung dieser Befugnis würde nach § 137 keine dingliche Wirkung haben. Ebenso kann jeder Gläubiger eines Miteigentümers in den Anteil seines Schuldners vollstrecken (§ 864 Abs. 2 ZPO.) und, wenn er aus einem nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitel den Anteil gepfändet hat, nach § 751 Satz 2 BGB. ohne Rücksicht auf eine etwaige entgegenstehende Vereinbarung der Teilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, die dann nach den §§ 752, 753 BGB. durch Teilung in Natur oder durch Verkauf des gemeinschaftlichen Grundstücks durchzuführen ist. Entsprechendes ist für den Konkurs im § 16 Abs. 2 KO. vorgeschrieben. Daß sich die Beschwerdeführer diesen mit der Übertragung von Anteilen notwendig verbundenen Einschränkungen ihrer bisherigen Alleinherrschaft nicht ernstlich unterwerfen, vielmehr nur den Anschein von Miteigentum an einem zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes ausreichenden Gutskomplexe herbeiführen wollen, hat das LG. auf Grund einer rechtlich nicht zu beanstandenden Würdigung bei ihm gerichtsbekannter Vorgänge und des positiven und negativen Inhalts des Tauschvertrags festgestellt. S. IDR. **11** zu § 925 Ziff. VI 1.

2. OLG. **26** 178, KGJ. **44** 213 (KG.). Gegen die Anwendbarkeit des § 117 auf die Auflassung ist eingewendet worden: Die maßgebende

Willenserklärung sei bei ihr gegenüber einer Behörde abzugeben, die nicht nur Formperson, sondern auch sachlich beteiligt sei; die Parteierklärungen seien insoweit empfangsbedürftig. Dann sei aber kein Fall des Einverständnisses der Erklärenden und des Empfängers der Erklärung über die Scheinnatur des Geschäfts, sondern der Fall des geheimen Vorbehalts gegeben, den beide Erklärenden der Behörde gegenüber machen; ein solcher Vorbehalt beeinträchtige nach § 116 nicht die Gültigkeit des Geschäfts (Sintenis, BuschsZ. **30** 394; Matthias, Lehrb. 110). Diese Beweisführung verkennt das in den §§ 873, 925 BGB., § 20 GBO. ausgesprochene Wesen der Auflassung als eines Vertrags unter den Beteiligten. Die zur Auflassung erforderlichen Erklärungen werden zwar vor dem Grundbuchamt (oder der sonstigen auf Grund des Vorbehalts im Art. 143 EG. landesrechtlich für zuständig erklärten Stelle), aber nicht gegenüber dem Grundbuchamte, sondern von jeder der beiden Parteien gegenüber der anderen abgegeben. Aus der Vertragsnatur der Auflassung folgt, daß sämtliche Vorschriften des 3. Abschnitts (§§ 104—185) über Rechtsgeschäfte anwendbar sind, soweit sich nicht aus den besonderen Normen über die Auflassung oder das allgemeine Rechtsinstitut der dinglichen Einigung (§ 873) etwas Abweichendes ergibt. Eine Sonderbestimmung, wie sie im I. Entw. § 832 dahin aufgestellt war: „Eine Eintragung, welche auf Grund eines zum Scheine vorgenommenen Rechtsgeschäfts erfolgt, ist wirksam, unbeschadet des Rechtes der Parteien, im Verhältnisse zueinander die Nichtigkeit des Scheingeschäfts geltend zu machen", fehlt im geltenden Rechte. Sie ist von der II. Komm. (Prot. III 67) als unter Umständen unbillig, unter Umständen unzweckmäßig beseitigt worden. Die uneingeschränkte Anwendbarkeit des § 117 auf die Auflassung ist demgemäß gemeine Meinung. S. JDR. **10** zu § 925 Ziff. VI 1.

3. a) S. JDR. **10** zu § 925 Ziff. VI 2, **11** zu § 925 Ziff. VI 2. ElsLothJZ. **13** 254 (Colmar). Es fragt sich, ob die Nichtigkeit des Schuldverhältnisses auch die des dinglichen Erfüllungsgeschäfts zur Folge hat. Notwendig ist es nicht, und die herrschende Meinung geht sogar dahin, daß der dingliche Vertrag wegen seines abstrakten, von dem ihm zugrunde liegenden Schuldverhältnisse losgelösten Inhalts an der Nichtigkeit des letzteren in der Regel nicht teilnimmt. Richtigerweise kommt es aber darauf an, ob die Umstände, wegen deren das Schuldverhältnis gegen die guten Sitten verstößt, auch den dinglichen Vertrag umfassen. Ist die Eigentumsübertragung als solche nicht sittenwidrig, wie z. B. bei dem in der Rechtsprechung des RG. häufigsten Fall des Bordellkaufs, wo das Unsittliche nicht im Erwerbe des Eigentums am Hause, sondern in dem darin betriebenen Gewerbe liegt, da bleibt der dingliche Vertrag trotz der Nichtigkeit des Grundgeschäfts formell gültig. In solchen Fällen gibt es nur das persönliche Rückforderungsrecht aus dem Gesichtspunkte der ungrechtfertigten Bereicherung, und dieses Rückforderungsrecht ist nach § 817 BGB. ausgeschlossen, wenn ebenso wie die Beklagten beim Empfange, so auch der Kläger bei der Leistung des verschenkten Hauses sich eines Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig gemacht haben (**RG. 63** 183, **68** 103, **71** 433, **75** 68). Anders dagegen dann, wenn gerade die Eigentumsübertragung selber das Unsittliche, das Gesetzwidrige ist. **b)** Haymann, DJZ. **13** 1114. Zur Frage nach der Gültigkeit der Bordellveräußerung und Bordellbelastung.

4. **RG.** JW. **13** 1037. Eine über den übereinstimmenden Parteiwillen hinausgehende Auflassung hat insoweit keine Wirkung.

5. KGJ. **44** 221 (KG.). Das rechtskräftige Urteil auf Auflassung an einen Dritten wirkt nicht für den Dritten. Das rechtskräftige Urteil auf Auflassung gibt dem Gläubiger nicht das Recht, von dem Gericht eine Ausfertigung des auf die Klage des Schuldners gegen den Bucheigentümer ergangenen

und auf Auflassung an ihn, den Gläubiger, lautenden rechtskräftigen Urteils zu verlangen und durch Vorlegung dieses Urteils gegenüber dem Grundbuchamt, unter gleichzeitiger Erklärung der Einigung, diese mit dem Bucheigentümer zum Abschlusse zu bringen.

6. OLG. **26** 97 (Rostock). Klage auf Rücknahme oder Nichtigkeitserklärung einer Auflassung.

VI. Genehmigung der Auflassung. 1. Meikel, R. **13** 629. Was den Erwerb von Grundstücken durch Versicherungsanstalten anbetrifft, so hat der Grundbuchrichter lediglich zu prüfen, ob der Wert des Grundstücks mehr als 5000 M. ausmacht (§ 1357 RVO.). Bejaht er die Frage, so muß ihm die Genehmigung sowohl des Reichs- bzw. Landesversicherungsamts als auch der Gemeinde, bzw. obersten Verwaltungsbehörde nachgewiesen werden. Darum, ob durch den Erwerb eines Grundstücks die genehmigungsfreie Hälfte bzw. das genehmigungsfreie Viertel des Anstaltsvermögens überschritten wird (§ 1356 RVO.), hat sich der Grundbuchbeamte nicht zu kümmern, mag der Wert des Grundstücks mehr oder weniger als 5000 M. betragen. AM. Grünbaum, R. **11** 561.

2. SächsOLG. **34** 292 (Dresden). Zur Auflassung eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks an einen Minderjährigen ist vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nur erforderlich, wenn er für die Hypothekenforderungen persönlich haften soll.

3. SeuffBl. **13** 505, SeuffA. **68** 455 (BayObLG.). Die in Fahrnisgemeinschaft lebende Ehefrau kann nicht ohne Zustimmung des Mannes ein Grundstück derart erwerben, daß sie ihre und ihres Mannes Eintragung und die Eintragung einer Hypothek beantragt.

VII. Die Vorschrift des § 925 Abs. 2 1. KGJ. **44** 191 (KG.). Die Genehmigung der Generalkommission zur Abveräußerung von Teilen eines Renteguts kann nach materiellem Rechte bedingt erteilt werden. Im Grundbuchverfahren ist eine solche Genehmigung wie überhaupt jede behördliche Genehmigung nur dann verwertbar, wenn sie unbedingt erklärt ist. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze bildet nur der Fall, daß die Genehmigung von der Vornahme anderer von dem gleichen Grundbuchamte vorzunehmenden Eintragungen abhängig gemacht wird. Der § 925 Abs. 2 BGB. ist dann nicht anwendbar, wenn die zur Auflassung erforderliche behördliche Genehmigung unter einer Bedingung erteilt wird, vorausgesetzt, daß die Auflassung selbst unbedingt erteilt ist.

2. ElsLothNotZ. **13** 328 (LG. Straßburg). Wenn das Vormundschaftsgericht dem Vormunde die Genehmigung erteilt hat, Grundstücke seines Mündels unter festbestimmten Bedingungen versteigern zu lassen, und namens seines Mündels die Auflassung zu erklären, so ist nicht anzunehmen, daß die Genehmigung zur Auflassung bedingt erteilt worden ist. Ob die für den Abschluß des obligatorischen Vertrags bestimmten Bedingungen innegehalten wurden, hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen.

VIII. Der schuldrechtliche Vertrag. OLG. **26** 37 (BayObLG.) Der schuldrechtliche Vertrag, der der ins Grundbuch einzutragenden Rechtsänderung zugrunde liegt, ist, von einigen bestimmten Ausnahmen abgesehen, der Prüfung des Grundbuchrichters entzogen (BayObLG. **9** 524). Die Prüfung hat nur den Eintragungsantrag und die Bewilligung nebst deren Unterlagen und im Falle der Auflassung auch diese zum Gegenstande. Rechtsirrig ist die Ansicht des Grundbuchrichters, daß die Auflassung durch den Rücktritt vom Kaufvertrag in ihrer Wirksamkeit mit betroffen wird und daß zur Wiederherstellung des durch den Rücktritt aufgehobenen Rechtszustandes

eine neue Auflassung erforderlich ist. Der Rücktritt beseitigt nur den schuldrechtlichen Vertrag und das durch ihn geschlossene Schuldverhältnis. Die auf Grund des schuldrechtlichen Vertrags erfolgten Leistungen werden durch den Rücktritt nicht mit dinglicher Wirkung hinfällig, sondern können nur nach Maßgabe der §§ 346 ff. rückgängig gemacht werden.

IX. **RG. 81** 64. Der noch nicht eingetragene Eigenbesitzer eines gekauften und ihm bereits aufgelassenen Grundstücks ist nicht berechtigt, die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. zu erheben, wenn nach Übergabe und Auflassung, aber noch vor der Eigentumsberichtigung für einen anderen im Wege der Zwangsvollstreckung eine Sicherungshypothek auf dem Grundstück eingetragen worden ist.

§ 927. **RG.** WarnE. **13** 127. Das im Aufgebotsverfahren nach § 927 BGB. von dem Antragsteller erwirkte Ausschlußurteil stellt nicht dessen Eigentum mit rückwirkender Kraft fest, sondern es vernichtet, soweit es nicht Vorbehalte enthält, die Rechte der bisherigen Eigentümer; das Grundstück wird herrenlos. Auf Grund des Ausschlußurteils erlangt der, der es erwirkt hat, das Eigentum an dem Grundstück; er wird durch die auf seinen Antrag erfolgende Eintragung Eigentümer (§ 927 Abs. 2 BGB.). Es handelt sich mithin — worüber kein Streit herrscht (vgl. **RG. 76** 357) — um einen ursprünglichen Eigentumserwerb, der von dem Zeitpunkte seiner Vollendung, d. i. der Eintragung an, nicht aber für die Vergangenheit wirkt.

§ 928. 1. **RG. 82** 73. Das gesetzliche mit dinglicher Wirkung ausgestattete ausschließliche Aneignungsrecht des § 928 Abs. 2 ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen übertragbar und kann sich durch Eintragung des neuen Erwerbers in das Grundbuch in Grundstückseigentum verwandeln. Dieser Eigentumserwerb ist kein vom Grundeigentume des verzichtenden Eigentümers abgeleiteter, sondern ein selbständiger, unmittelbar auf Grund des Gesetzes sich vollziehender.

2. Mertens, R. **13** 201. Das Weichbildrecht, ein vergessenes Privileg der Städte auf herrenlose Grundstücke im Stadtbezirke.

3. **RG.** PosMSchr. **13** 147. Der Ersteher, der auf das Eigentum verzichtet hat (§ 928 BGB.), haftet nicht für den bei erneuter Versteigerung sich ergebenden Ausfall einer Eigentümergrundschuld.

4. **RG. 80** 19. Überwiegende Gründe sprechen dafür, daß die Kronlandsverordnung vom 15. Juni 1896, die ihrerseits auf § 3 Nr. 2 SchutzgebG. vom 19. März 1888 fußt, dem Reiche noch kein Privateigentum an dem herrenlosen, sog. Kronlande, sondern nur ein ausschließliches Aneignungsrecht, ein Regal, gegeben hat.

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

Literatur: Sonnenschein, Sicherungsübereignung (Greifsw. Diss.) 1913. — Stepp, Gläubigernot, JW. **13** 65—69. — Zeiler, Der Verfügungsnießbrauch als Grundlage der Sicherungsübereignung von Warenlagern, DNotV. **13** 176—188.

§ 929. May, DJZ. **13** 162 f. Durch Begebung eines Konnossements-Teilscheins kann Eigentum nicht übertragen werden. Der Käufer erlangt durch den Erwerb des Konnossements-Teilscheins keine andere rechtliche Stellung als die, die ihm bereits auf Grund des Kaufvertrags zukommt; der Teilschein stellt nur sein obligatorisches Recht schriftlich fest.

§ 930. I. Die Lehre von der Sicherungsübereignung (s. zunächst JDR. **10** u. **11** I). 1. Sicherungsübereignungen im allgemeinen.

a) *Sonnenschein, Sicherungsübereignung 114 ff. Da das Verhältnis

des Vorbehaltseigentümers zum Vorbehaltskäufer ein Besitzverhältnis gemäß § 868 darstellt, so kann durch die Vereinbarung eines solchen „Sicherungsverhältnisses" auch die Eigentumsübertragung ersetzt werden. Bei der Sicherungsübereignung genügt daher diese Vereinbarung; da sie den einzigen, wahren Inhalt der Besitzmittelung bedeutet, sind die üblichen Vereinbarungen: Miete, Verwahrung, Leihe, Kommission, Nießbrauch simuliert, enthalten aber dissimuliert die Sicherungsvereinbarung. Deren Inhalt ist: „Fiduziar erhält Eigentum nur zur Sicherung; Fiduziant behält daher Gebrauch und Nutzungen des Sicherungsobjekts, darf jedoch den Sicherungszweck nicht gefährden und muß im Sicherungsfalle den unmittelbaren Besitz herausgeben"; bei Warenlagern kommt das Recht der Veräußerung und die Pflicht zur Übereignung der Surrogate hinzu. — Die Unterscheidung in konkrete und abstrakte Besitzkonstitute könnte bedeuten, daß das Konstitut ausdrücklich sein muß; das verlangt das Gesetz aber nicht. Daß es ernstlich sein muß, ist selbstverständlich, daß gültig, wird nicht mehr gefordert. Was unterscheidet daher das konkrete Konstitut vom abstrakten? In der Praxis ist bei der bloßen Vereinbarung: „Käufer soll Eigentümer sein, Verkäufer aber den Besitz vorab noch behalten", wenn die Vereinbarung ernsthaft ist, stillschweigend Leihe vereinbart, also ein konkretes Konstitut. — Die Unterscheidung hat daher nur die Ausdrücklichkeit zur Folge, oft auf Kosten der Ernstlichkeit. Sie ist daher aufzugeben, da sie nicht auf dem Gesetze beruht und formelhafte, überflüssige Erklärungen bewirkt. Der sog. „nachträgliche" Eigentumsvorbehalt ist Sicherungsübereignung; die Sicherungsvereinbarung ist das „konkrete" Konstitut; daher ist das Geschäft gültig; trotz des nichtjuristischen Ausdrucks. — Der Sicherungs k a u f ist eine Form der Sicherungsübereignung. Durch einen Kauf kann nicht gesichert werden, da frühere obligatorische Beziehungen nicht durch spätere gesichert werden können. Nicht der Kauf, sondern sein Vollzug, die Übereignung sichert. Der Kauf könnte höchstens novatorischen Absichten dienen, aber gerade solche liegen wegen des Unterganges früherer Sicherungen nicht vor. — Ist daher der Kauf meist leicht als simuliert festzustellen, so enthält er doch dissimuliert eine gültige Sicherungsabrede, auf Grund deren eine gültige Sicherungsübereignung erfolgt.

b) *Z e i l e r, DNotZ. **13** 176 ff. Der Aufsatz verteidigt gegenüber einem Angriffe von H ö n i g e r die schon früher (DNotZ. **12** 65 ff., JDR. **11** 1 2 c) dargelegte Auffassung des bei der Sicherungsübereignung bestehenden Rechtsverhältnisses als eines Verfügungsnießbrauchs und weist nach, daß diese Auffassung nicht nur möglich ist, sondern daß sie in vielen Fällen der Sicherungsübereignungen zutrifft, auch ohne daß sich die Beteiligten der Möglichkeit eines solchen Rechtsgebildes bewußt sind und trotzdem sie daher ihr Rechtsverhältnis unter einem — tatsächlich nicht zutreffenden — rechtlichen Gesichtspunkt ordnen wollen.

c) S t e p p, JW. **13** 65 ff. empfiehlt gegen die illegitimen, wirtschaftlich nicht ernst gemeinten Sicherungsübereignungen auf das Entschiedenste Front zu machen. Das RG. müsse mit seinen eigenen Waffen bekämpft werden, nämlich mit dem Grundsatze: Dem fiduziarischen Rechtsgeschäfte kann kein weiterer Spielraum gegeben werden als dem wirtschaftlich ernst gemeinten.

d) R. **13** Nr. 1293 (Stuttgart). Zulässigkeit der Sicherungsübereignung an einem nicht ausgeschiedenen Teile eines Gesamtquantums, 5000 l Wein vom Lagerfaß Nr. 7. Zur Besitzübertragung genügt die Anweisung des bisherigen Eigentümers an den Verwahrer, 5000 l zur Verfügung des neuen Eigentümers zu halten.

2. Ü b e r e i g n u n g v o n W a r e n l a g e r n i m b e s o n d e r e n (JDR. **11**). **a)** *M e l s b a c h, JW. **13** 404, 759, 1006. D i e S i c h e r u n g s ü b e r e i g n u n g v o n W a r e n l a g e r n nach § 930 ist möglich. Die Befugnis des Übereignenden, über die veräußerte Sache frei und in eigenem Interesse zu verfügen, bedeutet nicht eine Negation des Herausgabeanspruchs, der dem Erwerber nach § 868 BGB. zustehen muß. Als mittelbares Besitzverhältnis kann allerdings

nicht, wie dies häufig geschieht, ein Kommissionsverhältnis im Sinne von §§ 383 ff. HGB. vereinbart werden, da bei der Sicherungsübereignung regelmäßig kein Handeln für fremde Rechnung und fremdes Interesse gegeben ist und es nicht in der Absicht der Parteien liegt, sich den entscheidenden Bestimmungen des Kommissionsrechts zu unterwerfen. Ausscheiden muß ferner Miete und Leihe, weil ihrem Begriffe die Hingabe einer verbrauchbaren Sache dann widerspricht, wenn sie nicht in einer den Verbrauch ausschließenden Weise geschieht. Möglich ist dagegen die Vereinbarung eines Verwahrungs- oder Dienstvertrags. Denkbar ist auch ein Innominatkontrakt, durch den ein konkretes, bestimmtes, obligatorisches oder dingliches Rechtsverhältnis vereinbart wird, das ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des Übereignenden begründet. Insbesondere ein Vertrag, laut dessen der Veräußerer für den Erwerber besitzt und veräußert und den Erlös, event. nach Abzug einer Quote zur Deckung von Unkosten, persönlichen Bedürfnissen usw. als Amortisation seiner Schuld an den Erwerber abführt. Die entsprechende Übereignung der Ersatzstücke ist möglich entweder gemäß § 181 BGB. unter äußerlicher Kenntlichmachung des Handelns des früheren Eigentümers oder durch Mitteilung der Anschaffung der Stücke oder ihre Einbringung in das räumlich gesonderte Warenlager in Verbindung mit der bereits durch den ursprünglichen Vertrag getroffenen dinglichen Einigung.

b) **RG.** 28. 9. 12, GruchotsBeitr. **57** 434 über die Sicherungsübereignung eines Warenlagers durch Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses.

c) WürttJ. **25** 294 ff. (Stuttgart) über Sicherungsübereignung an einem nicht ausgeschiedenen Teil eines Gesamtquantums Wein.

II. 1. *Schmidt, Wirksamkeit des nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehalts. Vereinbaren die Parteien nachträglich einen Eigentumsvorbehalt zugunsten des Verkäufers bis Zahlung des Kaufpreises erfolgt ist, so hat dieser Vorbehalt nicht dieselbe Bedeutung, wie wenn er vor Übergabe der Kaufsache vereinbart worden wäre. Da der Verkäufer nicht mehr Eigentümer ist, kann er sich auch kein Eigentum vorbehalten, wohl aber wird man in einer solchen Abmachung sachgemäß den Ausdruck des übereinstimmenden Parteiwillens dahin finden, daß fortan bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises der Verkäufer wieder Eigentümer sein und der Käufer für ihn besitzen solle. Diese letzte Abrede, daß der Käufer fortan nicht mehr Eigenbesitzer sein solle, ist aber noch kein Rechtsverhältnis der im § 868 erforderten Art. Es fehlt somit eines der Erfordernisse, welche der § 930 für die Gültigkeit einer Eigentumsübertragung mittels constitutum possessorium aufstellt. Es liegt lediglich der bloße Übereignungswille der Parteien vor, und es mangelt am dinglichen Vollzugsakte. Das constitutum possessorium ist ein abstraktes geblieben. Es ist, wie **RG. 54** 398 zutreffend bemerkt, lediglich eine Änderung „in der Willenslage der Parteien" eingetreten. Ein Eigentumsübergang auf den Verkäufer hat also nicht stattgefunden.

2. a) SchlHolstAnz. **13** 267 (Kiel) behandelt die Frage der Eigentumsübertragung an Tieren durch eine Vereinbarung, daß der nach außen hin als Käufer Auftretende für den anderen erwerben und die Sache mit einer Marke (Anfangsbuchstaben des Erwerbers) versehen solle. b) **RG.** 21. 5. 12, LeipzZ. **13** 231. Eigentumserwerb an Ziegeln.

3. SächsOLG. **34** 216. Die Erklärung des Mannes, daß er die Sachen, die er an seine Frau veräußert hat, nur noch kraft ehemännlichen Verwaltungsrechts im Besitze habe, enthält keine wirksame Vereinbarung im Sinne von § 930.

4. a) **RG.** JW. **13** 492, R. **13** Nr. 955. Zu einer Vereinbarung im Sinne des § 930 ist nicht notwendig die Anwendung von Ausdrücken, die nach üblichem Sprachgebrauche gerade und unmittelbar das gewollte Rechtsverhältnis ergeben und ersehen lassen, sondern es genügt, wenn das gewollte, den Besitz des Erwerbers vermittelnde Verhältnis nur überhaupt erkennbar gemacht ist. Dabei wird nicht selten

Raum und Anlaß zur Auslegung der Willensäußerungen unter Beachtung der §§ 133, 157 BGB. geboten sein. **b)** HansGZ. **13** Beibl. 177 ff. (Hamburg). Es genügt nicht, daß bei fehlender Übergabe in den Vertrag irgendein beabsichtigtes Rechtsverhältnis hineingeschrieben wird, sondern es muß ein bestimmtes Rechtsverhältnis wirklich vereinbart sein.

§ 931. **RG.** JDR. **11** Ziff. 3 jetzt auch GruchotsBeitr. **47** 434 ff. (439).

§ 932. 1. OLG. **26** 65 (KG.). Die ständige tatsächliche Übung hat hinsichtlich der Nummer einer Kraftdroschke ein dauerndes tatsächliches Verhältnis geschaffen, welches dem Eigentümer eines mit einer Nummer versehenen Wagens eine wirtschaftlich verwertbare Macht gibt, die wie ein Vermögensrecht wirkt und Gegenstand von Rechtsgeschäften besonders auch des Kaufes sein kann (vgl. JDR. **11** Ziff. II 3 zu § 433). Dieses tatsächliche Verhältnis ist aber keine „Sache" im Sinne des § 932 und kommt nach dem Inhalte der polizeilichen Übung nur dem Eigentümer einer numerierten Droschke zu.

2. PosMSchr. **12** 154 (Posen). § 932 findet bei der Verpfändung von auf den Namen lautenden Aktien keine Anwendung (§§ 1207, 1293).

3. Abs. 2. **RG.** 17. 6. 13 SeuffBl. **13** 574. Dadurch, daß die grobfahrlässige Unkenntnis bestehender Rechte der wirklichen Kenntnis gleichgestellt ist, wird dem Erwerber eine gewisse Nachforschungspflicht auferlegt. Er darf daher, wenn Anlaß zu weiteren Nachforschungen vorliegt, einen solchen Anlaß nicht unberücksichtigt lassen (vgl. auch JW. **07** 672).

4. Der § 932 ist auf den Erwerb von Kuxen nicht anwendbar. Vgl. darüber *Rath oben Ziff. 1 § 126.

II. Ersitzung.

§ 937. 1. *Dickel, Rechtsfälle Heft 1, Erläuterungen 242 ff. Bei der Ersitzung von Grunddienstbarkeiten unter der Herrschaft des älteren Rechtes wird in der Rechtsprechung bisweilen der Satz übersehen, tantum proscriptum quantum possessum.

2. v. Brünneck, Recht der Jagdausübung, GruchotsBeitr. **57** 383 erörtert die Frage, ob an Wilderergut durch Ersitzung Eigentum erworben werden kann. Wenn man mit Planck Note 3 b zu § 958 BGB. die Frage bejahen wolle, so sei dies nur möglich, wenn man das Aneignungsrecht, von dem im § 958 Abs. 2 die Rede ist, nicht als ein persönliches, sondern als ein absolutes Recht ansehe, welches sich deshalb mit dem Eigentum oder mit anderen dinglichen Rechten vergleichen lasse (385).

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

§ 948. R. **13** Nr. 1294, LeipzZ. **14** 92 (Colmar). Durch die Vermischung von zwei Weinsorten entsteht grundsätzlich an dem Mischweine Miteigentum der bisherigen Eigentümer der Weine. Nur dann, wenn, was nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen, eine der Weinsorten als die „Hauptsache" anzusehen ist, erwirbt deren Eigentümer das Alleineigentum an dem Mischweine.

V. Aneignung.

Literatur: v. Brünneck, Das Recht der Jagdausübung in seiner Eigenschaft und Bedeutung wie in seinem Verhältnisse zum Jagdrechte nach der PrJagdO. v. 15. Juli 1907, GruchotsBeitr. **57** 365—386. — Ebner, Besitz und Eigentum an jagdbarem Wilde, GruchotsBeitr. **57** 343—365.

§ 958. 1. Ebner, GruchotsBeitr. **57** 364. Der Wilderer erwirbt kein Eigentum, weder für sich noch für den Jagdberechtigten. Das Wild bleibt herrenlos. Erst dann wird Eigentum erworben, wenn das Stück Wild an einen gutgläubigen

Dritten gelangt. Der § 932, aus dem allgemein dieser Satz hergeleitet wird, ist freilich nicht anwendbar, da hier nur von der Übertragung bereits vorhandenen Eigentums die Rede ist, an dem Wilde aber noch kein Eigentum besteht. Das Wild ist jedoch Gegenstand des Verkehrs geworden, man wird deshalb den § 932 entsprechend anwenden können. Erlangt der Dritte erst nach der Übergabe Kenntnis von der Herkunft des Wildes, so verliert er dadurch nicht das einmal erworbene Eigentum. Veräußert er das Wild weiter, so erlangt der neue Erwerber auch dann Eigentum, wenn er weiß, daß es sich um Wildererbeute handelt (365).

2. v. Brünneck, Recht der Jagdausübung, GruchotsBeitr. **57** 373 ff. Die entsprechende Anwendung des § 956 auf das Verhältnis des Jagdpächters zum Jagdverpächter führt dahin, mit dem Überlassen der Jagd zur Ausübung die Rechtsfolge zu verbinden, daß die Gestattung, sich Wild durch Besitzergreifung anzueignen, zu welcher der Verpächter dem Pächter vertragsmäßig verpflichtet ist, unwiderruflich wird. Nicht weniger aber ist anzunehmen, daß, nachdem die Jagdausübung dem Pächter eingeräumt ist, und solange dieser die Jagd ausübt und demzufolge in dem Besitz eines Bestandteils des Grundstücks sich befindet, dem Grundeigentümer nicht zwar das Jagdrecht selbst, wohl aber die Möglichkeit genommen ist, von diesem ohne Willen des Pächters mit der Wirkung Gebrauch zu machen, daß er durch Besitznahme und Aneignung Eigentum an Wild erwirbt. Es tritt auf diese Weise für ihn ein Ruhen seines Aneignungsrechts ein, während hinwieder für den Pächter die Ausübung der Jagd die Wirkungen hervorruft, welche sonst nur mit dem Bestehen eines ausschließlichen Aneignungsrechts verknüpft sind (373). Der unbefugte Eingriff in das Aneignungsrecht ruft für den Grundeigentümer, dem das Jagdrecht zusteht, und ebenso für den, welcher die Jagd mit den Wirkungen auszuüben vermag, die aus dem Aneignungsrecht entspringen, vollbegründete Ansprüche hervor, welche als solche ihm nicht durch willkürliche Handlung des Wilderers genommen werden können, um auf einen anderen Jagd- oder Jagdausübungsberechtigten überzugehen, der von jenem Eingriffe gar nicht berührt und dessen Rechte dadurch gar nicht verletzt wurden. Wie das vom unbefugten Jagen überhaupt gilt, so gilt das namentlich dann, wenn solches den Erfolg gehabt hat, daß der Wilderer mit Verletzung eines fremden Aneignungsrechts sich eines oder mehrerer jagdbarer Tiere bemächtigt (382).

§ 960. 1. Über den Begriff Tiergarten und **RG.** (Straff.) **42** 75 ff. (vgl. JDR. **8**) handelt eingehend Ebner, GruchotsBeitr. **57** 347 ff. Es fragt sich, ob unter Tiergarten ein möglichst kleines Gehege zu verstehen ist, in dem über jedes einzelne Stück der Besitzer in jedem Augenblicke verfügen kann, oder ob dies nicht nötig ist, vielmehr auch ein ganz großes Gehege dann Tiergarten ist, wenn durch die Umzäunung das Wild am Austreten verhindert wird. Verf. gelangt zu dem Ergebnisse, daß in großen Gehegen von einem Besitz an dem einzelnen Tiere, von der Möglichkeit einer Verfügung über dasselbe nicht die Rede sein kann. Dazu kommt noch, daß Tierparks nicht zu dem Zwecke angelegt werden, damit der Besitzer die Möglichkeit der Verfügung über die einzelnen Tiere hat. Zwar ist der Besitzwille für den Erwerb des Besitzes kein wesentliches Erfordernis. Hier handelt es sich aber um die Auslegung eines vom Gesetze gebrauchten Ausdrucks, und es wird für zulässig erachtet werden müssen, bei der Prüfung auch den Zweck der Einrichtung in Betracht zu ziehen. Durch die Einrichtung soll das Austreten des Wildes verhindert werden, damit einmal möglichst viel Wild zum Abschusse vorhanden ist und damit ferner in möglichst umfassenden Maße eine Hege des Wildes durch Abschießen kranker oder sonst zur Erzielung eines guten Wildstandes ungeeigneter Stücke, sowie durch Füttern und Tränken, durch Blutauffrischung vorgenommen werden kann. Durch derartige Maßnahmen, insbesondere die Umzäunung werden zwar der Abschuß und die Hege wesentlich erleichtert, aber Besitz stellt diese Möglichkeit des Einwirkens

nicht dar (352). Verf. versteht unter Tiergärten solche Gehege, in denen das Wild gefangen ist (näheres s. 354).

2. Ebner, GruchotsBeitr. **57** 352 ff. Der § 960 Abs. 1 Satz 2 hat nicht den Zweck, die Rechtsvermutung auszuschließen, welche außerhalb eines Gartens aus der Freiheit wilder Tiere für die Negative des Eigentums sich ergibt (so Rotering, ZJagdR. **1** 140, 157, 173). Der Satz 2 nennt lediglich eine bestimmte Art des Gefangenseins, wilde Tiere können auch in anderen Behältnissen ihrer Freiheit beraubt sein; es soll im Satz 2 nicht gesagt werden, daß nur in Tiergärten wilde Tiere nicht herrenlos sind, und damit auch nicht, daß alle außerhalb der Tiergärten befindlichen Tiere herrenlos sind. Abs. 1 Satz 2 stellt eine Ausnahme von der allgemeinen Regel dar, und diese kann nur dahin gehen, daß die wilden Tiere in Tiergärten und die Fische in Teichen ohne Aneignung, ohne Besitzergreifung sich im Eigentume befinden.

3. *Delius, GesuR. **14** 265 u. 299, die wichtigsten Vorschriften des Fischereirechtes, insbesondere des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874.

VI. Fund.

Literatur: Hartmann, Zweifelsfragen aus dem Fundrechte, R. **13** 391—396.

§ 966. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 622. Da der Finder für die Verwahrung der Sache zu sorgen hat, so hat er gegebenenfalls auch die Pflicht, die Sache zu versichern: nämlich dann, wenn im Unterlassen der Versicherungsnahme eine grobe Fahrlässigkeit zu erblicken wäre.

§ 967. Hartmann, R. **13** 391 ff. Das Besitzverhältnis zwischen Polizeibehörde und Finder stellt sich nicht als ein Verhältnis gemäß § 868 dar (Strauß, Fundrecht 49). Tritt die Polizeibehörde auf dem Gebiete des Fundrechts in Wirksamkeit, so handelt sie ausschließlich in der Ausübung der öffentlichen Gewalt.

§ 978. Hartmann, R. **13** 395. Unter einer Verkehrsanstalt kann nur eine Anstalt verstanden werden, die dem Verkehr im engeren Sinne, d. h. der räumlichen Fortbewegung von Personen und Gütern dient. So wenig wie der Betrieb eines Theaters oder einer Bank ein Verkehrsgewerbe im Sinne des § 105 GewO. ist, so wenig ist ein Theater oder eine Bank eine Verkehrsanstalt (ebenso RGRKomm. 922).

§§ 979, 980. Hartmann, R. **13** 395. Die §§ 979, 980 sind nicht ein Bestandteil des Privatrechts (Strauß, Fundrecht 65), sondern sind ebenso wie die reichsgesetzlichen Vorschriften über die Rechte und Pflichten der Polizeibehörden, öffentlich-rechtlicher Natur.

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentume.

§ 985. PosMSchr. **12** 153 ff. (Posen). Die Umwandlung des Eigentumsherausgabeanspruchs in einen Schadensersatzanspruch ist zulässig, wenn der Besitzverlust auf seiten des Beklagten zwar schon vor der Klagerhebung eingetreten, aber erst nach dieser zur Kenntnis des Klägers gelangt ist.

§ 989. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 623. Die Schadensersatzpflicht besteht auch dann, wenn der Besitzer ordnungsmäßiger Wirtschaft widersprechend die Sache nicht versichert hatte, so daß dem Eigentümer die Ersatzforderung gegen den Versicherer entgeht. Dies ergibt die ratio legis.

§ 994. **RG.** 5. 2. 13, GruchotsBeitr. **57** 997 ff. Der Besitzer kann vom Eigentümer den Ersatz der auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen auch dann verlangen, wenn sie auf einem Vertrage mit einem Dritten beruhen, der gegenüber dem Eigentümer zu diesen Verwendungen verpflichtet ist.

§ 997. SeuffA. **68** 452 (Braunschweig). Die Ausschlußfrist des § 1002 findet auf das Wegnahmerecht aus § 997 keine Anwendung. Gegen die Erstreckung des

§ 1002 auf den § 997 spricht auch die Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften. Der Auffassung von Staudinger (6) Note 7 zu § 997, daß eine entsprechende Anwendung angemessen sei, kann gleichfalls nicht beigetreten werden. Denn das Abtrennungsrecht ist sowohl in seinen Voraussetzungen wie in bezug auf das, was damit erstrebt wird, völlig von dem Anspruch auf Ersatz wegen Verwendungen verschieden.

§ 1004. 1. Luftschiffahrt. a) *Alex Meyer, Schadensersatzrecht der Luftfahrt 89 ff. (s. oben zu §§ 904 und 905 I). Aus § 1004 läßt sich eine vom Verschulden unabhängige Haftpflicht der Luftfahrer für Beschädigungen, welche durch den Betrieb der Luftfahrt entstanden sind, nicht herleiten. Der von Linckelmann (JW. **09** 8) gezogene Schluß, daß in den Fällen, in denen die Beeinträchtigung durch einen etwa angerichteten Schaden hervorgerufen sei, die Beseitigung in der Wiederherstellung der beschädigten Sache bestehen müsse, ist irrig. Eine Beeinträchtigung, die beseitigt werden kann, ist im Sinne des § 1004 nur dann vorhanden, wenn die Beeinträchtigung eine fortdauernde ist, welche immer aufs neue dem Ausschließungsrechte des Eigentümers widerspricht, nicht aber schon dann, wenn die Beeinträchtigungshandlung vorübergegangen ist und nur noch ihre Wirkungen fortdauern (übereinstimmend Zitelmann, Luftschiffahrtsrecht 36). b) *Runkel, Die außervertragliche Haftung des Luftschiffers 43. Gegenüber dem Luftschiffer steht dem Grundeigentümer eine Klage aus § 1004 in der Regel nicht zu (vgl. oben Ziff. I 1 zu § 905).

2. RheinA. **110** 170 ff. (Cöln). Der Abs. 2 des § 1004 bezieht auch den Fall mit ein, daß die Eigentumsbeschränkung in landespolizeilichen oder sonstigen aus Rücksichten des Gemeinwohls oder des öffentlichen Interesses getroffenen Anordnungen liegt. Die Klage aus § 1004 gegenüber einer öffentlichen Anlage ist dann nicht unzulässig, wenn sie sich nicht gegen den Bestand der Anlage, sondern gegen einen Eingriff in das Privateigentum richtet, der erst die mittelbare Folge der Anlage ist. — „Störung" im Sinne des § 1004 ist nicht notwendig ein „Handeln", sondern auch ein das Eigentum beeinträchtigender „Zustand", der auf den maßgeblichen Willen einer Person zurückzuführen ist und mit diesem Willen fortbesteht.

3. **RG.** 3. 10. 12, GruchotsBeitr. **57** 440 ff. handelt eingehend über die Voraussetzungen einer Klage auf Unterlassung ehrenkränkender Behauptungen.

Fünfter Titel. Miteigentum.

§ 1008 ff. Stillschweig, JW. **14** 7—13 (vgl. auch Ziff. 6 zu § 1132), erörtert den Fall, daß die verschieden belasteten Grundstücksanteile nachträglich zum Alleineigentume vereinigt werden; das Fortbestehen des ideellen Grundstücks ist für diesen Fall zu fingieren.

§ 1009. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 89. Im Wege der Umwandlung kann die unzulässige Bestellung eines Nießbrauchs an einem Geschäftsanteil als Überlassung der Ansprüche auf Gewinnteile und Überschuß über die Einlage aufrecht erhalten werden.

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht.

§ 1012. I. Das Wesen des Erbbaurechts. 1. HansGZ. **13** Beibl. 245 (Hamburg). Das Wesen des Erbbaurechts setzt ähnlich wie bei der römisch- oder gemeinrechtlichen superficies, insofern eine gewisse Dauer seines Bestandes voraus, als das Erlöschen nicht ganz in das jederzeit geltend zu machende Belieben des einen Teiles gestellt sein darf. Das ist aber der Fall, wenn das fragliche Land dem Berechtigten nur „während des Bestehens der Bahn" bewilligt und die Dauer des Bahnbetriebs ganz von dem Ermessen des Berechtigten abhängig ist. . . . Es handelt sich alsdann nur um eine obligatorische Verbindlichkeit

dahin, daß der Eigentümer sich verpflichtete, das fragliche Land zur Anlage und zum Betriebe der Bahn zur Verfügung zu stellen und während der Dauer ihres Bestehens zur Verfügung zu halten, sowie bei einem etwaigen vertragsmäßigen Wechsel im Eigentume des Grundstücks seinem Rechtsnachfolger die Verpflichtung aufzuerlegen, die gleiche Verbindlichkeit nicht nur selbst zu übernehmen, sondern auch seinen etwaigen weiteren Rechtsnachfolgern zu übermitteln.

2. R. **13** Nr. 1974 (BayObLG.). Ein Recht auf ein Stauwehr in einem fremden Flusse kann kein Erbbaurecht sein, wenn es mit der Mühle untrennbar verbunden ist. Denn das Erbbaurecht kann nach dem BGB. kein subjektiv dingliches Recht, d. h. es kann nicht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sein. Die freie Veräußerlichkeit und Vererblichkeit gehört zum Wesen des Erbbaurechts.

3. BayObLG. **14** 254. Ob ein vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenes Recht als Erbbaurecht im Sinne des BGB. anzusehen ist, ist nur nach dem Rechte des BGB. zu beurteilen.

4. Schuster, JW. **13** 625. Das englische Erbbaurecht in seiner juristischen und wirtschaftlichen Bedeutung.

II. Bestellung des Erbbaurechts. SchlHolstAnz. **13** 18 (Kiel). Es bedarf zur Begründung eines Erbbaurechts nicht der ausdrücklichen Bezeichnung der Belastung als eines Erbbaurechts.

III. Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechts. Schwickerath, JW. **13** 667. Zur Frage der Baugeldbeschaffung beim Erbbaurechte.

IV. Andere selbständige Gerechtigkeiten. 1. KGJ. **43** 128 (KG.). Eine gemäß dem preußischen Publikandum vom 29. April 1772 als Realgewerbeberechtigung verliehene, mit Zwangs- und Bannrecht ausgestattete Abdeckereigerechtigkeit ist trotz der seit 1810 unterbliebenen Erneuerung des Privilegs, wenn sie nicht dem Fiskus, einer Gemeinde oder einer Korporation von Gewerbetreibenden zugestanden hat oder abgelöst worden ist, bestehen geblieben. Stehen unter der Herrschaft des PrALR. als subjektiv-dinglich begründete, den durch das EGBGB. der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebieten angehörige Gerechtigkeiten durch ihren materiellen Inhalt nicht mit dem berechtigten Grundstück in notwendigem Zusammenhange, so können sie grundsätzlich durch Verfügung des Eigentümers des berechtigten Grundstücks auf einen anderen, sei dies der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks oder eine als solche bezeichnete Person, übertragen werden und letzterenfalls die Eigenschaft selbständiger, grundstücksgleicher, eintragungsfähiger Rechte erlangen. Die Verselbständigung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Gerechtigkeit auf einem Privilegium beruht und in der Verleihungsurkunde die Verstattung des Berechtigten zu einer solchen Umwandlung nicht zum Ausdrucke gebracht ist.

2. HansGZ. **13** Beibl. 32 (Hamburg). Der gemeinrechtliche Superfiziar hat die Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers. Dazu gehört zwar die Instandhaltung bestehender Anlagen, nicht aber die Herstellung neuer Anlagen.

3. a) Elvers, MecklZ. **31** 207. Fragen bei der Begründung von Erbpachtrechten. b) Burmeister, MecklZ. **31** 403. Beiträge zum Grundbuchrechte der mecklenburgischen Erbpachtgrundstücke.

4. Block, SchlHolstAnz. **13** 257. Die schleswigschen Deichstaven-Gerechtigkeiten.

5. BayObLG. **13** 540. Für das Bestehen und den Inhalt eines Gewerberechts ist die Eintragung im Hypothekenbuch und im Grundbuch ohne rechtliche Bedeutung.

6. **RG.** R. **13** 39. Die nach § 74 II. 15 ALR. zulässigerweise begründete, den Fischfang des Staates für einen Teil des Stromes nach § 170 I. 9 ALR.

ausschließende Fischereigerechtigkeit hat einen der Grundgerechtigkeit ähnlichen Charakter; sie stellt sich als eine dingliche Belastung des Stromes oder des in ihr genannten Stromteils als eines räumlichen Ganzen dar (**RG.** VII. 1. 10. 12, 164/12, R. **12** 707; vgl. auch **RG. 53** 98 ff.), also als eine dingliche Belastung an dem durch die Stromufer begrenzten, der Sammlung und dem Ablaufe des Stromwassers dienenden Abschnitte der Erdoberfläche. Dieser Abschnitt ist Veränderungen unterworfen, und zwar sowohl solchen, die infolge von Naturereignissen eintreten, als auch solchen, die die Uferbesitzer durch Veränderung der Ufer nach § 62 II. 15 ALR. mit Genehmigung der Staatsgewalt oder diese selbst auf Grund der ihr durch §§ 52 ff. aaO. oder später durch das Gesetz vom 20. August 1883 eingeräumten Befugnisse hervorrufen. Die auf dem Strome als Ganzen lastende Fischereigerechtigkeit erfährt demnach eine Erweiterung in dem von ihr belasteten Raume, wenn der Strom als Ganzes durch Veränderung seiner Ufer eine Erweiterung erfährt und die den Strom bildende Wasserfläche der Zurückziehung der Ufer folgt; und sie erleidet in räumlicher Beziehung eine Einschränkung, wenn diese Wasserfläche selbst durch Uferänderungen und Uferbauten beschränkt wird.

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. I. Inhalt der Grunddienstbarkeit. 1. **RG.** Gruchots Beitr. **57** 188. Das Berufungsgericht stellt fest, daß dem Grundstücke der Beklagten für das auf ihm betriebene Gewerbe der Zuckersiederei eine besondere und für die Dauer bestimmte bleibende Einrichtung gegeben worden ist; in solchen Fällen gewährt aber, wie von dem RG. bereits wiederholt ausgesprochen worden ist, ein dem Gewerbebetriebe dienendes Recht auch dem Grundstücke selbst einen bleibenden Vorteil und kann als Grunddienstbarkeit für das Grundstück erworben werden (vgl. **RG. 30** 207 und JW. **05** 393 Nr. 12). Ob das Grundstück der Beklagten nach seiner Beschaffenheit und nach der auf ihm vorhandenen Einrichtung auch zu einem anderen als dem bisher dort betriebenen Gewerbe verwendet werden kann, ist ohne Bedeutung; es genügt, daß das Grundstück eine für den Betrieb des letztgenannten Gewerbes geeignet bleibende Einrichtung erhalten hat.

2. OLG. **26** 81 (Celle). Als Grunddienstbarkeit kann das Recht des Klägers regelmäßig kein positives Tun zum Gegenstande haben. Daraus folgt aber nicht, daß Beklagter nicht zum Kappen der Bäume verpflichtet sei. Denn wird durch das Zuhochwachsen der Bäume der Mühle der Wind beeinträchtigt, so wird dadurch eben das Recht des Klägers verletzt und dieser darf dann nach § 1027 die Rechte aus § 1004 ausüben.

3. KG., JDR. **10** zu § 1018 Nr. 11a auch OLG. **26** 83, KGJ. **41** 228.

II. Erlöschen der Grunddienstbarkeit. KGJ. **44** 356 (Bay. ObLG.). Eine Grunddienstbarkeit kann mit der Maßgabe bestellt werden, daß sie erlöschen soll, sobald das Grundstück, zu dessen Gunsten sie bestellt wird, in das Eigentum einer anderen Person als eines Abkömmlinges des gegenwärtigen Eigentümers gelangt.

III. Einzelne Fälle. 1. BayObLG. **13** 727, ZBlFG. **13** 700, BayNotZ. **13** 24, BayRpflZ. **13** 93 (BayObLG.). Zwar nicht die Verpflichtung zur Errichtung, aber die Verpflichtung zur Duldung und zur Unterhaltung eines das herrschende Grundstück vom dienenden Grundstück abschließenden Zaunes kann den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden.

2. OLG. **26** 82 (Colmar). Die Verpflichtung zur Herstellung der Umfriedigung kann, da sie auf Herstellung eines ganz neuen Werkes,

also auf eine selbständige positive Leistung gerichtet ist, nicht zum Gegenstand einer Grunddienstbarkeit gemacht werden.

3. ElsLothNotZ. **13** 198, ElsLothJZ. **13** 437 (Colmar). Eine Grunddienstbarkeit, daß die Eigentümer des belasteten Grundstücks niemandem ein Wegerecht einräumen dürfen, gibt es nicht.

4. **RG.** HansGZ. **12** Beibl. 305. Grunddienstbarkeit zur Erhaltung des Villencharakters einer Stadtgegend.

5. Schmitt, BayNotZ. **14** 334. Die Gemeinderechte im Grundbuche.

6. **RG.** PrVerwBl. **13** 78. Die Ersitzung eines selbständigen Wegerechts an einem öffentlichen Wege erfordert den Nachweis, daß der Weg in der Meinung eines zustehenden Rechtes benutzt sei. Die Ersitzung wird dadurch noch nicht ausgeschlossen, daß ein bestimmter Wegezug nicht vorhanden war.

7. **RG.** R. **13** Nr. 3018. Aus dem Anliegerechte können Entschädigungsansprüche gegen die Gemeinde bei einer Straßenveränderung nur dann hergeleitet werden, wenn das geschädigte Grundstück an einer zum Anbaue bestimmten Ortsstraße gelegen ist. Für Ansiedelungen an Landstraßen besteht ein solcher Anspruch nicht.

§ 1019. I. Erweiterung des Bedürfnisses des berechtigten Grundstücks. 1. **RG.** WarnE. **13** 188, GruchotsBeitr. **57** 1159. Nach dem BGB. wird sich im Zweifelsfalle die Dienstbarkeit den erweiterten Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks anzupassen haben, soweit es sich nicht etwa um eine von Anfang an nicht voraussehbare Änderung der Benutzungsart handelt (s. Staudinger III § 1019 Note 3a; RGRKomm. § 1019 Nr. 1; WarnE. **08** Nr. 479). Das gleiche gilt aber auch bereits für das Allgemeine Landrecht (s. Dernburg, Pr. Privatrecht I § 294). . . . Die Grundgerechtigkeit muß stets dem Grundstücke zum Vorteile gereichen, ein dem Besitzer allein, unabhängig von seiner Eigenschaft als Eigentümer des herrschenden Grundstücks vorteilhaftes Nutzungsrecht kann nie Gegenstand einer Grundgerechtigkeit sein (**RG.** 8 212, Koch, ALR. § 12 I. 22 Anm. 16). Wenn auch nach preußischem Rechte Grundgerechtigkeiten zugunsten eines auf dem herrschenden Grundstücke betriebenen Gewerbes dann zugelassen worden sind, wenn diesem Grundstücke für dieses Gewerbe eine bleibende Einrichtung gegeben worden ist (**RG. 30** 207), was übrigens auch für das Recht des BGB gilt (Gruchots Beitr. **50** 106, s. oben zu § 1018 Nr. I 1), so findet dies doch naturgemäß seine Grenze in dem Nutzen oder der Annehmlichkeit, die das Nutzungsrecht dem auf dem herrschenden Grundstücke betriebenen Gewerbe, d. i. hier der Zuckerfabrik, gewährt.

2. R. **13** Nr. 1744 (Stuttgart). Wieweit der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Benutzung des Grundstücks aus Anlaß erweiterten Bedürfnisses dulden muß, entscheidet sich nach dem erkennbaren, aus dem Inhalte der Vereinbarung und aus den Verhältnissen zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung zu ermittelnden Willen der Vertragsschließenden. Bei Einführung eines wirtschaftlichen Betriebs ganz anderer Art als des bisher betriebenen auf dem herrschenden Grundstücke, z. B. des Überganges vom landwirtschaftlichen zum Fabrikbetrieb, ist allerdings nicht anzunehmen, daß die Erstreckung des Dienstbarkeitsrechts auch auf eine dadurch herbeigeführte Vergrößerung des Bedürfnisses des herrschenden Grundstücks beabsichtigt war. Anders liegt die Sache aber, wenn nur eine Bedürfnisvergrößerung infolge Überganges von einem Gewerbebetriebe zu einem anderen Gewerbebetrieb ohne Änderung der auf dem Grundstücke bestehenden baulichen Einrichtungen in Frage steht.

II. Wettbewerbsverbote als Grunddienstbarkeiten. 1. *Elkeles, PosMSchr. **13** 82 ff. Ein Wettbewerbsverbot kann nur dann Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, wenn es jedem Benutzer

nicht nur dem Eigentümer, des herrschenden Grundstücks einen Vorteil bringt. Der Vorteil hat regelmäßig eine objektive Grundlage in der Beschaffenheit und Zweckbestimmung des herrschenden Grundstücks; dagegen ist die in Literatur und Rechtsprechung vielfach vertretene Ansicht, daß der Vorteil durch eine dauernde Einrichtung auf dem herrschenden Grundstücke vermittelt werden müsse, dem Gesetze fremd und deshalb zu verwerfen.

2. *Meyer, PosMSchr. 13 50 ff. Eine Grunddienstbarkeit, bestehend in der Unterlassung des Betriebs eines Wettbewerbsgeschäfts auf dem belasteten Grundstück, ist zulässig. Vorbedingung ist, daß durch die Unterlassung einem Gewerbe Vorteil geboten wird, das mittels des Grundstücks des Berechtigten, nicht blos zufällig auf ihm oder gar anderwärts, betrieben wird, so daß der rein persönliche Vorteil des Berechtigten niemals ausreicht. Keine Vorbedingung ist der Bestand einer besonderen Einrichtung zum Betriebe des zu schützenden Gewerbes auf dem Grundstücke des Berechtigten.

§ 1020. **RG.** R. **13** Nr. 1604. Eine Grunddienstbarkeit kann nicht nachträglich zu anderen Zwecken und in anderem Umfang ausgeübt werden, als der beiderseitigen Willensmeinung bei der Bestellung entspricht.

§ 1025. Traub, WürttZ. **13** 39. Beseitigung von Grunddienstbarkeiten, insbesondere von Fahrlasten, aus dem Grundbuche bei Grundstücksabschreibungen.

§ 1026. *Krüger, BayRpflZ. **13** 451 ff. Der Grundsatz, daß bei der Teilung eines Grundstücks die Grunddienstbarkeit nach der Trennung auf allen Teilen („Trennstücken") haften bleibt — Grundsatz der Unteilbarkeit —, erleidet nicht bloß im Falle des § 1026 die dort geregelte Ausnahme. Da, wo eine große Anzahl mehr oder minder gleichgearteter Forstrechte seit alter Zeit auf einem großen Walde lasten, namentlich wo sie nachweisbar oder allen Umständen nach auf hoheitliche Begabungen zurückzuführen sind, ist die Annahme begründet, daß von Anfang an oder im Laufe der Jahrhunderte durch das gegenseitige Verhältnis und Verhalten der Beteiligten die Befugnis des Waldeigentümers gegeben und unbestritten geblieben war, nach Bedarf einzelne, geringere Teile ohne Anhörung der Berechtigten und frei von den Forstrechten zu veräußern — unbeschadet natürlich der nachhaltigen und unveränderten Abgewährung der Forstberechtigungen. Sogenannte „Veräußerungsklausel". — Wenn solche Forstrechte zur Eintragung im Grundbuch angemeldet werden und der mit ihnen gleichmäßig und einheitlich belastete Wald eine über mehrere Grundbuchämter sich erstreckende wirtschaftliche Einheit bildet, empfiehlt es sich, den Eigentümer zu veranlassen, diesen Wald als ein einziges Grundstück in das Grundbuch anzumelden. Das Verfahren regelt sich nach den Landesgesetzen (§§ 3, 4 und 86 GBO., in Bayern Art. 5 AGGBO. und §§ 314 ff. DAfGBA.).

§ 1027. HansGZ. **13** Beibl. 111 (Hamburg). Der Dienstbarkeitsberechtigte kann auf Grund seines dinglichen Rechtes mit der konfessorischen Klage der §§ 1027, 1004 BGB. gegen jeden vorgehen, der die ihm zustehende Dienstbarkeit beeinträchtigt, also auch gegen die Mieter des Eigentümers, die auf Grund ihres mit diesem geschlossenen obligatorischen Vertrags den die Dienstbarkeit verletzenden Blumenhandel betreiben.

Zweiter Titel. Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

Literatur: Rodewald, Das Nießbrauchsrecht an Grundstücken in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Berlin, 1913.

§ 1030. I. Wesen des Nießbrauchs. 1. **RG. 80** 311, JW. **13** 136. Nach § 1030 BGB. ist der Nießbraucher berechtigt, die Nutzungen der Sache zu ziehen. Kraft seines dinglichen Rechtes — nicht etwa durch besondere Verfügung des Eigentümers (vgl. **RG. 68** 10) — tritt der Nießbraucher in die Mietverhältnisse,

die für das seinem Nießbrauch unterworfene Grundstück bestehen und damit in die, wenn auch noch betagten, Mietzinsforderungen selbst als Berechtigter ein. Sie sind aus dem Vermögen des Eigentümers ausgeschieden und in das des Nießbrauchers übergegangen. § 101 befaßt sich nicht mit diesen Fragen, sondern ordnet nur das schuldrechtliche Verhältnis mehrerer aufeinanderfolgender zum Fruchtbezuge Berechtigter untereinander. Keinesfalls kann aus ihm gefolgert werden, daß bei bestehendem Nießbrauche der Eigentümer bis zum Eintritte der Fälligkeit der Mietzinsen noch Forderungsberechtigter für sie ist. Stehen sonach die, wenn auch noch betagten, Mietzinsforderungen dem Nießbraucher bereits kraft eigenen Rechtes zu, so kann er diese seine eigenen Forderungen durch Rechtsgeschäft nicht nochmals erwerben. Zur Übertragung einer Sache, eines Rechtes, einer Forderung ist begrifflich ein Übertragender und ein empfangsfähiger Erwerber notwendig (vgl. §§ 929, 398 BGB.). Ein Übertragungsvertrag, bei dem es an diesen Erfordernissen, insbesondere an einem empfangsfähigen Erwerber, der die Sache oder die Forderung bis dahin noch nicht selbst hatte, fehlt, ist auf einen unmöglichen Erfolg gerichtet und deshalb nichtig (§ 306 BGB.; vgl. auch **RG.** GruchotsBeitr. **48** 880).

2. OLG. **26** 85 (KG.). Ein Nießbrauch dergestalt, daß dem Nießbraucher die Hälfte der Einkünfte aus dem Grundstücke zusteht, widerspricht dem Begriffe des Nießbrauchs; denn danach darf derjenige, zu dessen Gunsten die Sache belastet ist, ihre Nutzungen ziehen. Der Wille und die Absicht des Bestellers muß daher dahin gehen, dem Nießbraucher die Gesamtheit der Nutzungen vorbehaltlich der im § 1030 Abs. 2 vorgesehenen Ausnahme zuzuwenden; der Nießbraucher muß hiernach berechtigt sein, die Sache in Besitz zu nehmen und sie uneingeschränkt zu nutzen, dergestalt, daß der Eigentümer diese Nutzung des Nießbrauchers zu dulden hat. Zulässig ist nur die Eintragung eines Nießbrauchs, der an sich die Erfordernisse des § 1030 BGB. nicht vermissen läßt und nur noch daneben die obligatorische Verpflichtung der Berechtigten ergibt, die Hälfte der Einkünfte dem Eigentümer abzuführen. Ergibt die Fassung des Vermerkes, daß ein Nießbrauch abweichend von § 1030 bestellt worden ist, nach welchem dem Nießbraucher nur die Hälfte der Einkünfte aus dem Grundstücke zustehen soll, so ist ein solcher Vermerk inhaltlich unzulässig, da dingliche Rechte, besonders auch das Nießbrauchsrecht, nicht in anderer rechtlicher Gestaltung, als wie sie das Gesetz vorsieht, in das Grundbuch aufgenommen werden können.

3. Rodewald, aaO. 9. Der Nießbrauch an einem Grundstück erstreckt sich auf alle wesentlichen Bestandteile, da diese nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können und also der auf die Sache gelegte Nießbrauch auch sie ergreift (§ 93 BGB.). Auch die nichtwesentlichen Bestandteile teilen im allgemeinen das rechtliche Schicksal des Grundstücks, zu dem sie gehören. Sie können aber den Gegenstand besonderer Rechte bilden und daher bei der Bestellung eines Nießbrauchs ausgeschlossen werden. Zu diesen nicht wesentlichen Bestandteilen gehören insbesondere auch Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind.

4. Rodewald aaO. 15. Mit der Begründung des Nießbrauchs entsteht zugleich zwischen dem Berechtigten und dem Eigentümer ein besonderes gesetzliches Schuldverhältnis (Mot. III 505).

5. Risch, R. **13** 763, 789. Die Rechtsstellung des Nießbrauchers bei Versicherung der Sache.

II. Eintragung des Nießbrauchs. OLG. **26** 85 Anm. (KG.). Ist ein lebenslänglicher Nießbrauch bewilligt und beantragt, so kann die Eintragung des Rechtes als „Nießbrauch“ schlechthin erfolgen. Ebenso wäre, wenn der Nießbrauch zugunsten von Eheleuten „in Gütergemeinschaft“ bestellt ist,

seine Eintragung nur dann zulässig, wenn der Nießbrauch damit für die Gütergemeinschaft selbst bestellt wäre, nicht aber, wenn die Absicht der Beteiligten dahingeht, daß die Einkünfte des bestellten Nießbrauchs in die Gütergemeinschaft fallen, das Nießbrauchrecht selbst aber auf seiten beider Eheleute eingebrachtes Gut sein soll.

III. Der Nießbrauch als Ersatz der Antichrese. 1. Goldmann, GruchotsBeitr. **57** 617 (633). Der Nießbrauch als Ersatz der Antichrese ist in seiner rechtlichen Zulässigkeit zum mindesten bedenklich, in der Ausgestaltung der einzelnen Rechtsnormen völlig ungeeignet. Daß dieser Rechtszustand ein befriedigender ist, wird man nicht behaupten können. Es muß als unerfreulich bezeichnet werden, daß man zur Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Erfolges nicht einen geraden legalen Weg beschreiten kann, sondern genötigt ist, Umwege, ja sogar Schleichwege aufzusuchen, deren Betreten, wenn nicht geradezu verboten, so doch immerhin bedenklich ist. . . . (634): Für die gesetzliche Regelung der Antichrese müssen die Bestimmungen des BGB., die für das Nutzungspfand an beweglichen Sachen gegeben sind, zum Vorbilde dienen und müssen ferner die Grundsätze, die in der preußisch-rechtlichen Judikatur entwickelt worden sind, berücksichtigt werden. S. JDR. **10** zu § 1030 Ziff. 4.

2. Rodewald aaO. 20. Ist ein Nießbrauchsrecht mit rechtlich zulässigem Inhalt im Grundbuch eingetragen, so kommt es auf den Zweck, zu welchem die Bestellung des Nießbrauchs erfolgt ist, nicht an. In neuerer Zeit hat man die Nießbrauchsbestellung vielfach als Sicherungsmittel benutzt, insbesonder in Verbindung mit einer Hypothekenforderung, um dem Hypothekengläubiger den Bezug seiner Hypothekenzinsen zu sichern und ihn gegen eine Verschlechterung seines Befriedigungsobjekts — des Grundstücks und dessen Früchte — zu schützen. Hierzu ist das Nießbrauchsrecht hervorragend geeignet. Da nach der Bestellung des Nießbrauchs nur noch der Nießbraucher Verfügungen über die Mietzinsen treffen kann und Vorausverfügungen des Eigentümers über sie nur in der in den §§ 573 bis 575 BGB. festgelegten beschränkten Weise wirksam sind, so kann der Eigentümer die Mietzinsen, die ja in erster Linie zur Bezahlung der Hypothekenzinsen dienen sollen, diesem Zwecke nicht mehr entfremden. Auch Zwangsvollstreckungen in die Mietzinsen sind auf Grund eines Schuldtitels gegen den Eigentümer bei dem zum Nießbrauche gestellten Grundstück unwirksam. Diese Mittel zu seiner Befriedigung werden also dem Hypothekengläubiger erhalten. Er kann sich aber weiter auch gegen ein Anwachsen der seiner Hypothek vorgehenden Lasten und damit gegen eine Verschlechterung seiner Stellung als Pfandgläubiger schützen. Wenn der Eigentümer die öffentlichen Lasten und die Zinsen der vorgehenden Hypotheken nicht zahlt, so kommen bei der Zwangsversteigerung die rückständigen Beträge dieser Lasten aus den letzten zwei Jahren an der ihnen bisher gebührenden Vorzugsstelle zur Hebung (§ 10 Ziff. 3 und 4 ZVG.). Da der Nießbraucher selbst aus den Nutzungen diese Lasten zahlt, ist er gegen ein solches Anwachsen der seiner Hypothek vorgehenden Forderungen geschützt. Und schließlich sorgt der Nießbraucher, dem ja die Erhaltung des Grundstücks in seinem ordnungsmäßigen Bestand obliegt und der in den Nutzungen die Mittel in der Hand hat, die notwendigen Ausbesserungen zu bezahlen, für Instandhaltung der Baulichkeiten, Vermietungen der Wohnungen usw., während sonst vielfach, insbesondere wenn der Eigentümer in Vermögensverfall gerät, auch nach diesen Richtungen hin eine erhebliche Verschlechterung des Grundstücks und damit eine Gefährdung der Sicherheit der Hypothek eintritt. . . . Geht die Vereinbarung dahin, daß der Überschuß zur allmählichen Tilgung der Forderung des Nießbrauchers dienen soll (ZBlFG. **08** 250 [Dresden]), so ist die Lage eine ähnliche, wie sie bei der Antichrese war. Das BGB. hat die Antichrese als besonderes dingliches Recht nicht aufgenommen. . . . Bei der Geschlossenheit der dinglichen Rechte des BGB. kann ein antichretisches Recht daher in das Grundbuch nicht als dingliches Recht

eingetragen werden. Es steht aber nichts im Wege, denselben wirtschaftlichen Erfolg, der mit der Antichrese erstrebt würde, auf andere Weise zu erzielen. Dies könnte dadurch geschehen, daß dem Gläubiger lediglich durch obligatorischen Vertrag die Bewirtschaftung des Grundstücks übertragen wird, um sich aus dessen Nutzungen zu befriedigen (Mot. III 631). Man kann aber auch, wie dies hier geschieht, ein anderes zulässiges dingliches Recht begründen und daneben ein obligatorisches Schuldverhältnis vereinbaren, welches den beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg gewährt dabei aber allerdings nichts dem Wesen oder zwingenden Vorschriften des bestellten dinglichen Rechtes Widersprechendes enthalten darf. Daß das Nießbrauchsrecht ebenso wie das Eigentum fiduziarischen Zwecken dienstbar gemacht werden kann, ist wohl als unstreitig zu erachten, und die Zulässigkeit der Bestellung eines Nießbrauchsrechts zu Sicherungszwecken kann jetzt als allgemein anerkannt gelten. Voraussetzung ist bei einer solchen Bestellung aber, daß die Parteien wirklich ein Nießbrauchsrecht haben begründen wollen (OLG. **6** 121 [Celle]). Das eingetragene Recht darf auch nicht mit charakteristischen Merkmalen der Antichrese ausgestattet sein, z. B. nicht die Bestimmung enthalten, daß der Nießbrauch ohne Rücksicht auf die Lebensdauer des Berechtigten, also eventuell noch darüber hinaus, bis zur Tilgung der Forderung schlechthin bestellt werde.

IV. Der Verfügungsnießbrauch. 1. HessRspr. **14** 125. Das BGB. kennt den sog. Dispositionsnießbrauch, d. h. einen erweiterten auch das Recht der Veräußerung in sich schließenden Nießbrauch des alten Rechtes nicht.

2. Zeiler, DNotV. **13** 176. Der Verfügungsnießbrauch als Grundlage der Sicherungsübereignung von Warenlagern.

§ 1036. **RG. 80** 229. Dem Nießbraucher gebühren, wie sich aus den §§ 1036 Abs. 2, 1037 Abs. 1, 1039, 1043 BGB. ergibt, dauernd nur diejenigen Früchte, die er dadurch zieht, daß er die bisherige wirtschaftliche Bestimmung des Gutes aufrechterhält und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfährt. An Früchten, die er auf andere Weise zieht, erwirbt er zwar das Eigentum (§ 1039 Abs. 1 Satz 1 BGB.); sie gehören ihm und er kann darüber verfügen. Aber er ist verpflichtet, den Wert der Früchte dem Eigentümer bei Beendigung des Nießbrauchs zu ersetzen (§ 1039 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

§ 1045. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 615 ff. Da es sich nur um Sachen (oder Rechte) handeln kann, so kommt eine Vermögenswertversicherung, insbesondere gegen Haftpflichtschäden, nicht in Frage (vgl. aber § 151 VVG.). Wohl aber kann eine Versicherung gegen Hagel notwendig werden; hierbei braucht der Nießbraucher nicht für fremde bzw. „für fremde oder eigene" Rechnung zu versichern, es genügt vielmehr die gewöhnliche Versicherung im eigenen Namen und für eigene Rechnung (vgl. §§ 115, 114, 69 VVG.). Über den Grund der Versicherungspflicht sind Motive und Protokolle entgegengesetzter Ansicht. Während dort betont wird, daß die Versicherungspflicht des Nießbrauchers aus seiner „allgemeinen Konservierungspflicht" nicht hergeleitet werden könne, erklären die Protokolle ausdrücklich, daß unter der Erhaltung des jetzigen § 1045 nicht nur die physische, sondern auch die wirtschaftliche Erhaltung des Wertes der Sache zu verstehen sei. Die Folge dieser Differenz ist eine Inkonsequenz im § 1093, der zwar den § 1041, nicht aber § 1045 auf das dingliche Wohnungsrecht Anwendung finden läßt. Diese Regelung war vom Standpunkte der Motive aus folgerichtig, läßt sich aber im Sinne der Protokolle nicht mehr rechtfertigen.

§ 1047. 1. OLG. **26** 93 (KG.). Seiner Natur nach dient das Recht auf Rechnungslegung der Verwirklichung einer dinglichen oder persönlichen Berechtigung; es ist also ein Hilfsrecht, das immer nur zugleich mit einem Hauptanspruch gegeben ist. Aber es ist, selbst wenn ein Hauptanspruch besteht, nur dann gegeben,

wenn das Gesetz diesen mit jenem Hilfsrecht ausgestattet hat; dem geltenden Rechte ist eine allgemeine Pflicht zur Rechnungslegung unbekannt. Da der § 1047 dem Hypothekengläubiger kein Recht auf Zinsenzahlung gegen den Nießbraucher einräumt (vgl. SeuffA. **62** 318), so kann ein Recht auf Rechnungslegung auch mangels eines Hauptanspruchs für den Hypothekar nicht aus § 1047 gefolgert werden. Aber auch auf Grund eines Pfändungsbeschlusses ist er nicht berechtigt, ein derartiges Verlangen an den Nießbraucher zu richten, selbst wenn der Anspruch des Eigentümers „aus dem Nießbrauchsvertrag auf Verwendung der gezogenen Mieten zur Tilgung der Hypothekenzinsen nach dem eingetragenen Rangrechte sowie auf Rechnungslegung gepfändet ist“. Denn ein derartiger Anspruch steht dem Eigentümer gegen den Nießbraucher nicht zu. Der § 1047 verpflichtet diesen nur schlechthin zur Tragung der Hypothekenzinsen. Daß sie aus den eingegegangenen Mieten gezahlt werden müssen, derart, daß bei etwaigem Mietausfalle keine Hypothekenzinsen zu zahlen seien, bestimmt das Gesetz nicht. Der Nießbraucher hat sie vielmehr in solchem Falle aus seinem Vermögen zu erstatten; denn er ist nicht der Vertreter des Eigentümers, sondern handelt aus eigenem Rechte. Er zieht die Nutzungen für seine Rechnung und trägt auch die Lasten für seine eigene Rechnung. Deshalb bedarf es keiner Rechnungslegung zur Verwirklichung des Anspruchs auf Befreiung von der Hypothekenzinspflicht. Die Rechenschaftspflicht kann auch nicht darauf gegründet werden, daß der Nießbraucher zugleich Hypothekengläubiger war. Der § 1214 kann auf das zwischen dem Grundeigentümer und dem Beklagten bestehende Rechtsverhältnis keine unmittelbare Anwendung finden, weil er sich auf das Pfandrecht an beweglichen Sachen bezieht. Seine analoge Anwendung verbietet sich jedoch mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der beiden Rechtsverhältnisse. Während der antichretische Pfandgläubiger die Nutzungen der Pfandsache für fremde Rechnung zieht, zieht der Nießbraucher die des Grundstücks für eigene Rechnung. Weil ersterer für den Verpfänder eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung zu führen hat, indem er den Reinertrag der Nutzungen auf die geschuldete Leistung anrechnen muß, ist ihm vom Gesetze die Pflicht der Rechenschaftsablegung auferlegt. Dieser Grund fällt aber für den Nießbraucher, der zugleich Hypothekengäubiger ist, fort. Für ihn besteht keine solche Anrechnungspflicht.

2. OLG. **26** 91. Der § 1047 enthält nur nachgiebiges Recht und kann daher durch Vereinbarung zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer dahin eingeschränkt werden, daß eine Zinszahlungspflicht für jenen nur insoweit bestehen soll, als seine Einnahmen zur Deckung der Zinsen ausreichen.

3. *Sonnenschein 130 ff. § 1047 regelt nur das Verhältnis von Eigentümer und Nießbraucher wegen der Lastentragungspflicht, ist daher Dispositivvorschrift. Durch die Bestellung eines Nießbrauchs nur zur Sicherung ist diese Vorschrift stillschweigend aufgehoben. S. auch oben Ziff. 1 zu § 117 u. I 1 a zu § 930.

§ 1059. 1. **RG.** WarnE. **13** 510. Wenn die Übertragung der Nießbrauchsausübung (§ 1059 Satz 2 BGB.) nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten in der Weise stattgefunden hat, daß der Erwerber lediglich als Beauftragter des Nießbrauchers die Verwaltung des Hauses führen und die Mieten vereinnahmen sollte, auch lediglich in dieser Eigenschaft und in diesem Sinne die Fruchtbezugsbefugnisse ausgeübt hat, so ist die rechtliche Folge davon, daß, wie das RG. bereits in seinen früherem Urt. vom 8. Juni 1912 ausgesprochen hat, die Vereinbarungen durch die Nießbrauchsbestellung, d. h. den abstrakten Vertrag an dem Grundstück und dessen Nutzungen (§ 1030 BGB.) eingeräumte dingliche Recht unberührt gelassen und ein wirtschaftliches Ausscheiden der Mietforderungen aus ihrem, der Nießbraucherin, Vermögen nicht bewirkt haben.

2. OLG. **26** 95 (KG.). Nach § 1059 kann die Ausübung des Nießbrauchs einem

andern überlassen werden. Die Mot. zu I § 1011, der die Veräußerung und Belastung des Nießbrauchs zuließ, betonen (III 525), daß demjenigen, welchem die Ausübung des Rechtes an einer Sache oder an einem Rechte überlassen ist, deshalb nicht eine dingliche, sondern nur eine obligatorische Rechtsposition zugeschrieben werden könne. Das Gesetz enthält nichts anderes, als der § 110 I. 21 ALR., den die preußische Praxis dahin auslegte, daß der Übertragende im Verhältnisse zum Eigentümer der Nießbrauchsache stets auch Nießbraucher mit allen Rechten und Pflichten bleibe und daß ein unmittelbares obligatorisches Verhältnis durch die Übertragung der Ausübung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber nicht hergestellt werde (vgl. Rehbein, OTr. **3** 767). Wenn **RG. 16** 110 angenommen hat, daß derjenige, dem die Ausübung des Nießbrauchs übertragen ist, dadurch nicht bloß ein obligatorisches Recht gegen den Veräußerer des Nießbrauchs, sondern auch ein Recht erwerbe, den übertragenen Nießbrauch kraft eigenen Rechtes gegen den Eigentümer und Dritte geltend zu machen, so trifft dies allerdings für das gemeine Recht nach der ausdrücklichen Vorschrift der lex 11 § 2 D. 20 I zu. Das BGB. nimmt aber hierzu einen anderen Standpunkt ein (vgl. Windscheid-Kipp 1 zu § 205, Staudinger 2b, Planck 3 zu § 1059) und gibt demjenigen, dem der Nießbrauch übertragen wird, nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Nießbraucher. Auch **RG. 74** 83 hat diese von der Mehrzahl der Schriftsteller vertretene Ansicht gebilligt. Die Ausführung des Urt. (OLG. **18** 152), daß die Übertragung des Nießbrauchs zum mindesten die Übereignung derjenigen Rechte in sich schließe, die dem Nießbraucher hinsichtlich des Fruchterwerbes zustehen und daß sich die Mietforderungen als Früchte darstellen, stützt sich auf **RG. 16** 110, sie läßt sich aber durch die Entstehungsgeschichte und den Wortlaut des § 1059 nicht begründen. Der Fruchterwerb würde auch, wenn derjenige, dem der Nießbrauch übertragen ist, nicht im Besitze der Nießbrauchsache ist, erst mit der Besitzergreifung nach § 956 sich vollziehen.

3. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 73. Im Wege der Umwandlung kann die nichtige Übertragung des Nießbrauchs als Überlassung der Ausübung aufrecht erhalten werden. S. auch **RG.** JW. **10** 801.

II. Nießbrauch an Rechten.

§ 1068. 1. OLG. **26** 86 (Colmar). Nach § 1030 besteht das Wesen des Nießbrauchs darin, daß der Berechtigte die Nutzungen der Sache in ihrer Gesamtheit zieht, wobei einzelne Nutzungen ausgeschlossen werden können. Diese Begriffsbestimmung findet nach § 1068 Abs. 2 auch auf den Nießbrauch an Rechten, besonders an Forderungen, Anwendung.

2. OLG. **26** 87 (KG.). Dem Nießbraucher gebührt die nach dem Verkaufe der Wertpapiere ausgezahlte Dividende für die Zeit vorher.

3. *Löwenstern, Das Vermächtnis des Nießbrauchs an einer Erbschaft 15, 16. Beim Nießbrauch an Rechten findet auch gutgläubiger Erwerb statt, da durch § 1068 Abs. 2 auch die Vorschriften der §§ 932 ff., enthalten im § 1032 Satz 2, für entsprechend anwendbar erklärt sind (entsprechend in dem Sinne, daß an die Stelle des Eigentümers der Berechtigte zu setzen ist); § 1069 steht nicht entgegen, denn er schließt nur die für Rechte nicht passende Bestellungsform des Nießbrauchs an beweglichen Sachen aus und schreibt die für Rechte allein mögliche Art der Bestellungsform vor, ohne jedoch etwas über gutgläubigen Nießbrauchserwerb zu enthalten. AM. ist M. Wolff, Sachenrecht 385 § 120, der gutgläubigen Erwerb des Rechtsnießbrauchs für unzulässig hält.

§ 1081. OLG. **26** 86 (Colmar). Durch den Vertragsabschluß hat der Kläger ohne weiteres den Nießbrauch an den zu seinem bisherigen Vermögen gehörenden Forderungen erlangt (§§ 1069, 398). Dieses Recht erstreckt sich gemäß § 952 Satz 2

auf die über die Forderungen ausgestellten Sparkassenbücher, zu deren Besitz demnach der Kläger gemäß § 1006 auch gegenüber den Beklagten als Eigentümerinnen berechtigt ist. Die §§ 1081 ff., welche den Nießbraucher und den Eigentümer als zum gemeinschaftlichen Besitze berechtigt erklären, beziehen sich nur auf Inhaberpapiere und mit Blankoindossament versehene Orderpapiere. Daß die Sparkassenbücher solche Papiere sind, ist nicht behauptet; es muß daher angenommen werden, daß sie, was die Regel bildet, Legitimationspapiere des § 808 sind. An solchen Urkunden steht dem Nießbraucher das Recht auf Alleinbesitz zu.

III. Nießbrauch an einem Vermögen.

§ 1088. *Löwenstern, Das Vermächtnis des Nießbrauchs an einer Erbschaft 39. Beim Vermächtnisnießbrauche tritt, wenn der Erbe die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß herbeigeführt hat, trotz des entgegenstehenden Gesetzeswortlauts auch für den Nießbraucher Beschränkung der Haftung für Zinsen der Nachlaßverbindlichkeiten ein, da der Zweck der §§ 1086 ff. BGB. ist, die Lage der Nachlaßgläubiger durch die Nießbrauchsbestellung nicht zu verschlechtern, keineswegs aber sie besser zu stellen als sie ohne die Nießbrauchsbestellung gestanden hätten.

§ 1089. *Löwenstern aaO. Das Vermächtnis des Nießbrauchs an einer Erbschaft darf nicht als Vorerbschaft ausgelegt, sondern muß als Vermächtnis eines wirklichen Nießbrauchs behandelt werden, da das Gesetz im § 1089 sich für den Nießbrauch, also gegen die Vorerbschaft, entscheidet, da ferner trotz großer Ähnlichkeiten zwischen Nießbrauch und Vorerbschaft (vgl. z. B. § 2121 mit § 1035, § 2122 mit § 1037 usw.) doch der grundlegende Unterschied besteht, daß der Vorerbe Erbe und als solcher Herr der Erbschaft ist, während der Nießbraucher nur dinglicher Nutzungsberechtigter ist, und aus dem Wortlaute der letztwilligen Verfügung nicht hervorgeht, daß der Erblasser dem Bedachten eine freiere Stellung hat geben wollen, als sie nach dem Gesetze dem Nießbraucher zukommt (vgl. 65, 66). Die „entsprechende" Anwendung der §§ 1086 ff. auf den Nießbrauch an einer Erbschaft ergibt, daß der Erbschaftsnießbraucher nur für Nachlaßschulden haftet, und zwar haftet er hierfür sowohl den Nachlaßgläubigern (§§ 1086, 1088) als auch dem Besteller gegenüber (§ 1087). Im allgemeinen ist die Haftung eine indirekte (§§ 1086, 1087), nur ausnahmsweise im Falle des § 1088 eine direkte; bei der indirekten Haftung haftet der Nießbraucher ferner nur mit dem Nießbrauchsvermögen, bei der direkten auch mit seinem Privatvermögen (33—43). Besonders wichtig für die Lehre vom Vermächtnisse des Erbschaftsnießbrauchs ist die Frage, inwieweit der Erblasser den Nießbraucher von gesetzlichen, beschränkenden Nießbrauchsvorschriften befreien kann. Sie ist in der Literatur bisher nicht erschöpfend behandelt und muß in der Weise gelöst werden, daß der Erblasser von allen den Vorschriften befreien kann, die, geschichtlich aus der cautio usufructuaria entsprungen, obligatorischen und daher dispositiven Charakter tragen, jedoch mit der Einschränkung, daß er es bei diesen Vorschriften nicht kann, soweit sie ausnahmsweise absolute, gegen Dritte gerichtete Wirkungen erzeugen. Die Anwendung dieses Prinzips auf das Gesetz ergibt die Abänderbarkeit folgender Gesetzesstellen: §§ 1034, 1035, 1036 Abs. 2, 1037, 1038, 1039 Abs. 1 Satz 2 u. 3 und Abs. 2, 1041, 1042, 1043, 1044, 1045, 1046, 1047, 1048 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1, 1049, 1050, 1051, 1052, 1057, 1066, Abs. 2 u. 3, 1067 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2, 1067 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 1074 Satz 2, 1078, 1079, 1082, 1083, 1087 u. 1088 Abs. 3 (51—64).

Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090. 1. RJA. **12** 167, KGJ. **44** 358 (Jena). Zur Sicherung einer Forderung kann eine Hypothek zugleich an Grundstücken in Königsberg und in Aachen

bestellt werden. Das Recht aus der Hypothek, daß eine Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist, kann seinem Inhalte nach begrifflich ebensogut in Aachen wie in Königsberg verwirklicht werden. Aber das Recht, über ein ostpreußisches Grundstück zu fahren, kann nicht Belastung eines Grundstücks in der Rheinprovinz sein; es kann nur auf dem Grundstücke lasten, über das der Weg führt. Die Dienstbarkeit setzt gesetzlich voraus, daß der Berechtigte gerade das damit belastete (nicht, daß er ein anderes) Grundstück benutzen kann oder daß auf dem belasteten (nicht, daß auf einem anderen) Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen (§§ 1018, 1090 BGB.). Das Wesen einer Dienstbarkeit besteht in dem Rechte auf eine Nutzung oder Benutzung eines bestimmten Grundstücks oder in dem Rechte, dem Eigentümer gewisse Ausübungen seines Eigentums zu verbieten. Diese Rechte können eben ihrem Inhalte nach nur auf dem Grundstücke selbst lasten, dem gegenüber sie ausgeübt werden sollen (vgl. RGRKomm. zu § 1018 Anm. 5). Daß mit solchen Dienstbarkeiten, wie auch mit anderen Rechten, im Falle ihres Erlöschens durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung der Anspruch auf Werterſatz aus dem Versteigerungserlöse verbunden ist (§ 92 ZVG.), macht sie noch nicht zu Hypotheken oder grundschuldähnlichen Rechten, die dieses etwaigen schließlichen Geldanspruchs halber von vornherein überall auch in der Form der Gesamtbelastung nach der Art der Gesamthypothek gegründet werden könnten. Dieser Ersatzanspruch tritt nur hilfsweise an die Stelle der Dienstbarkeit und besteht nur, soweit die Dienstbarkeit bestehen kann, kann nicht umgekehrt bestimmen, inwieweit Dienstbarkeiten zulässig sein sollen. . . . Nach dem Rechte des BGB. ist hiernach eine Dienstbarkeit an einem Grundstücke nicht mit dem Inhalte zulässig, daß der Berechtigte ein anderes Grundstück in gewisser Weise benutzen darf. Als Gesamtbelastung eine Dienstbarkeit auf zwei Grundstücken einzutragen, wird darum nicht überhaupt ausgeschlossen sein, vorausgesetzt nur, daß eine Ausübung des Rechtes auf beiden stattfinden soll, z. B. ein Weg, ein Wassergraben darf auf der Grenze zweier Grundstücke entlang geführt werden oder ein Auszügler hat das Recht, einen Bodenraum zu benutzen, der sich in zwei zu verschiedenen Grundstücken gehörenden Häusern befindet (Güthe, GBO. [2] I Anm. 6 zu § 49).

2. FrankfRundsch. **46** 211 (Frankfurt a. M.). Begründung einer irregulären Personalservitut im Gebiete der Stadt Frankfurt a. M. vor Inkrafttreten des BGB. auf immerwährende Zeiten. Einfluß des PrG. vom 19. August 1895 betr. das Grundbuchwesen im Frankfurter Stadtgebiete.

3. **RG.** WarnE. **13** 362. Durch die Einräumung des Erbbegräbnisses wird, wie in der Rechtslehre allgemein anerkannt ist, ein Privatrecht und zwar ein dingliches Nutzungsrecht zugunsten der Familie begründet, welcher man nach früherer Auffassung sogar das Eigentum am Erbbegräbnisse zuschrieb (so noch Schulte, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts § 195 I d; vgl. hinsichtlich des nach Art. 133 EGBGB. anwendbaren preußischen Rechtes MBl. f. i. V. **42** 13, OTr. **61** 219, **73** 66, StriethA. **49** 165, **75** 79, **RG.** **8** 200). Die private Natur dieser Berechtigung wird nicht dadurch geändert, daß sie aus öffentlich-rechtlichen Rücksichten und im Interesse der kirchlichen Sitte verschiedenen Beschränkungen unterliegt.

§ 1092. Josef, LeipzZ. **13** 458. Ist dem Berechtigten die beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu Zwecken des gewerblichen Betriebs eingeräumt, so kann er sie bei Veräußerung des gewerblichen Betriebs nicht auf den Erwerber übertragen (§ 1092); die Dienstbarkeit steht dem Erstberechtigten aber zu, solange sein Geschäftsbetrieb besteht, folglich, da die Konkurseröffnung eine Beendigung des Geschäftsbetriebs nicht zur Folge hat, auch seiner Konkursmasse. Daher hat diese gegen die Löschung der Dienstbarkeit die Beschwerde (gegen ZBlFG. **13** 410).

§ 1093. 1. WürttZ. **13** 357 (Stuttgart). Wohnungsrecht und Teilung des Grundstücks.

2. ElsLothJZ. **13** 507 (Colmar). Die Eintragung eines Mitbewohnungs- und Mitbenutzungsrechts an einem Wohnhause zugunsten eines Miteigentümers ist unzulässig.

3. SchlHolstAnz. **13** 2 (Kiel). Ein Leibgedingsvertrag gemäß Art. 15 § 1 PrAGBGB. ist auch bei städtischen Grundstücken möglich.

4. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 617. Eine Versicherungspflicht liegt dem dinglich Wohnungsberechtigten nicht ob (vgl. oben zu § 1045).

Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht.

§ 1098. KGJ. **43** 223 (KG.). Ein Vorkaufsrecht mit der Vorausbestimmung eines festen Vorkaufspreises (ein sogenanntes limitiertes Vorkaufsrecht) kann als ein dingliches Recht nicht bestellt werden. Diese Ansicht ist vom KG. bereits in dem Beschl. vom 3. Oktober 1904, KGJ. 29 A 171 eingehend begründet und bereits vorher von dem OLG. Dresden (OLG. **4** 69) vertreten worden. Ihr hat sich auch die Rechtslehre angeschlossen (v. Staudinger, BGB. [7/8] § 1094 Anm. 2 b α; Planck, BGB. [3] § 1098 Anm. 1; Kretzschmar, SachR. Vorbem. 4 zu § 1094; Wolff, SachR. 411 Anm. 32; Gierke, D. PrivR. II 806 f.; Oberneck, GBR. [4] I 717; Predari, GBO. 444; Turnau-Förster, LiegR. [3] I 635; Güthe, GBO. [2] II 1702).... Die Eintragung eines dinglichen Vorkaufsrechts mit Vereinbarung eines festen Vorkaufspreises ist aber nur hinsichtlich dieser Vereinbarung, nicht im ganzen inhaltlich unzulässig. Dagegen kann die Eintragung unrichtig sein. Dies ist dann der Fall, wenn nicht anzunehmen ist, daß die Eintragung über das Vorkaufsrecht auch ohne die Preisvereinbarung vorgenommen sein würde.

Siebenter Abschnitt. Reallasten.

§ 1105. 1. OLG. **26** 102 (KG.). Die Verpflichtung zur Unterhaltung eines Weges ist, falls damit das Grundstück des Käufers belastet werden soll, eine Reallast (OLG. 8 126 aA.). Denn es handelt sich um wiederkehrende Leistungen; eine regelmäßige Wiederkehr der Leistungen ist nicht erforderlich (OLG. **12** 281). Die Vorinstanzen haben aber mit Recht angenommen, daß die Eintragung einer solchen Reallast durch das AblG. vom 2. März 1850 ausgeschlossen sei. Nach § 91 Abs. 2 das. dürfen mit Ausnahme fester Geldrenten ablösbare Lasten einem Grundstücke von jetzt ab nicht auferlegt werden. Nach § 6 Abs. 1 sind aber ablösbar „alle beständigen Abgaben und Leistungen, welche auf eigentümlich besessenen Grundstücken haften (Reallasten)". Um solche Leistungen handelt es sich hier. Insbesondere sind die Wegeunterhaltungsleistungen beständige, weil ihr Bestand durch keine Zeitbestimmung begrenzt ist.

2. OLG. **26** 101 (KG.). Dem jeweiligen Eigentümer des Ritterguts sind durch die Eintragung drei Pflichten auferlegt, nämlich eine Fähre dauernd zu unterhalten, sie jedermann zur Verfügung zu stellen und sie im Betriebe zu erhalten. Die erste und letzte Pflicht sind unbedenklich auf ein Tun gerichtet. Dies gilt auch von der zweiten Verpflichtung. Sie ist nicht dahin zu verstehen, daß der jedesmalige Rittergutsbesitzer zu einem Dulden verpflichtet sei, und daß für ihn eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit vorliege, die auch nach dem ALR. begründet werden könnte; sondern der Kernpunkt der Verpflichtung der Besitzer liegt darin, alle Übersetzbedürftigen mittels seiner Fährmittel über die Oder zu setzen. Er hat also auch die Pflicht zu einem dauernden Tun übernommen. Durch die Eintragung ist also in allen seinen Teilen die Begründung einer Reallast ausgedrückt. Die Eintragung war von Anfang an inhaltlich unzulässig, da sie den nach Art. 115 EGBGB. aufrecht erhaltenen §§ 6, 91 Abs. 2 AblG. zuwiderläuft.

3. RG. WarnE. **13** 181. Holznutzungsrecht als Reallast.
4. OLG. **26** 102 (Celle). Hofesabfindung als Reallast des gemeinen Rechtes.
5. OLG. **26** 103 (Rostock). Begriff und Inhalt einer gemeinrechtlichen Reallast vor dem Inkrafttreten des BGB.
6. *Becher, SeuffBl. **13** 345 ff., 393 ff. Nach bayerischem Fideikommißrechte können die Ansprüche der Dienstberechtigten aus widerruflichen oder unwiderruflichen Dienstverträgen auf das Fideikommiß selbst nicht als Fideikommißschulden, sondern nur als Reallasten gelegt werden. Nur kraft besonderer Bestimmung in der Stiftungsurkunde, die auch nachträglich getroffen werden kann, oder bei Zustiftungen kann das Fideikommiß mit solchen Ansprüchen als Fideikommißschulden belastet werden. Sonst haftet hierfür nur das Allodialvermögen derjenigen Fideikommißnachfolger, für die aus besonderem Rechtsgrund eine Haftung begründet ist, und das Allodialvermögen ihrer Erben.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Vorbemerkung: Der Rechtsprechung gebührt im Berichtsjahre der Verdienst, eine Zahl von Streitfragen in befriedigender Weise gelöst oder doch wenigstens ihrer Lösung näher gebracht zu haben. So sind zunächst für das Gebiet der Gesamthypothek eine Reihe von wesentlichen Entscheidungen des KG. hervorzuheben. In einem ausführlichen Beschluß ist mit wohl überzeugenden Gründen dargetan, daß zur Sicherung einer Forderung, für die bereits eine Vertragshypothek besteht, eine Zwangshypothek nicht begründet werden darf (§ 1132 Ziff. 1). In einer zweiten Entscheidung ist der Begriff des Gesamtrechts einer näheren Erörterung unterzogen und dargelegt, daß eine Hypothek und eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung der gleichen Hypothek auf einem anderen Grundstücke zur Zusammenfassung mittels eines Gesamtrechts nicht geeignet seien (§ 1132 Ziff. 2). Eine weitere Entscheidung behandelt die Frage der Eintragung eines Pfandrechts an einer Gesamthypothek (§ 1132 Ziff. 3). Und schließlich hat das KG. Gelegenheit genommen, die Unrichtigkeit des bereits in JDR. **11** zu § 1132 Ziff. II 2 a als verfehlt bezeichneten Beschlusses des ersten Ferienzivilsenats nachzuweisen, in dem die Ansicht vertreten war, daß eine Gesamthypothek durch ihre Löschung auf dem einen Grundstück auf den mithaftenden Grundstücken erlösche (§ 1132 Ziff. 5 a; s. auch daselbst Ziff. 5 b). Des weiteren hat das RG. die im Rahmen des § 1182 BGB. streitige Frage über die Rechtsnatur der auf den ersatzberechtigten Eigentümer übergegangenen Hypothek erörtert und dahin beantwortet, daß die Hypothek sich mit der Ersatzforderung verbinde und als Hypothek für die Ersatzforderung bestehe (Bericht zu § 1182); die gleiche Auffassung hat das RG. für die gleichliegenden Fälle des § 1164 BGB. und des § 1174 BGB. ausgesprochen (Bericht zu § 1164). Sodann hat das KG. die lebhaft umstrittene Frage, ob der § 1179 BGB. auch dann Wirksamkeit äußere, wenn die Vereinigung von Hypothek und Eigentum in der Person eines späteren Eigentümers eintritt, in einer sehr eingehenden Entscheidung bejaht (§ 1179 Ziff. II 1). Das BayObLG. hat gegenüber dem Satze des RG. (JDR. **10** zu § 1113 Ziff. IV 1), daß die Bestellung einer ungeteilten Hypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene, nicht in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner unzulässig sei, betont, daß es auf die wirtschaftliche Einheit des Verpflichtungsgrundes ankomme und daß es daher statthaft sei, eine Höchstbetragshypothek zur Sicherung von Forderungen zu bestellen, die dem Gläubiger gegen den Eigentümer und dessen allgemeine Rechtsnachfolger und dem Nachfolger im Eigentume des Grundstücks aus einem Kontokorrentverhältnisse zuständen, in das die Nachfolger einträten (§ 1190 Ziff. 4 a, b, c). Hinsichtlich der Behandlung der nicht valutierten

Grundschuld ist das RG. bei seiner in **RG. 78** 70 vertretenen Ansicht stehen geblieben (§ 1192 Ziff. II 1); auch das KG. hat im Einklange mit dem RG. die Frage verneint, ob die Erklärung des Grundschuldgläubigers, daß er Valuta nicht gewährt habe, als eine rechtsgeschäftliche Verfügung anzusehen sei (§ 1192 Ziff. II 2). — Weniger Förderung verdankt das Hypothekenrecht der Rechtswissenschaft. Eine Ausnahme machen zwei rechtswissenschaftliche Arbeiten. Die eine hat Sternberg zum Verfasser und behandelt die Hypothek für bedingte und künftige Forderungen und besonders die Baugeldhypothek und die Höchstbetragshypothek (s. die Berichte zu § 1113 Ziff. III 1, 2 a, zu § 1138 Ziff. 3, zu § 1190 Ziff. I 2, 5, II 1, III 1). Sodann ist auf das Nußbaumsche Buch „Deutsches Hypothekenwesen" hinzuweisen; dieses Buch zeichnet sich dadurch besonders aus, daß es an die Erörterung der rechtlichen Grundlagen des Hypothekenwesens eine Darstellung der wirtschaftlichen Tatsachen des Hypothekenwesens, der Bodenkreditinstitute und der Hauptprobleme des Hypothekenwesens anschließt.

Literatur: Nußbaum, Deutsches Hypothekenwesen. Ein Lehrbuch. — Mahr, Die Haftung der Forderungen gegen den Gebäudeversicherer für die Hypothek. Leipziger Dissertation. — Raape, Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung. — S. im übrigen die Literaturübersicht vor § 873 BGB.

§ 1113. I. Das Wesen der Hypothek. **RG.** R. **13** Nr. 3254. Mangelnde Valutierung und Vermögenslosigkeit des Schuldners sind, wenn auch nicht für das Wesen, so doch für die Bewertung einer Hypothek von maßgebender Bedeutung.

II. Die Begründung der Hypothek. 1. **RG.** 13. 7. 12, Gruchots Beitr. **57** 160. Die Entstehung der Hypothek hängt von der betreffenden dinglichen Einigung und der Eintragung, falls es sich um eine Briefhypothek handelt, ferner von der Übergabe oder Ersatzübergabe des Hypothekenbriefs, und, wenn darunter das Hypothekenrecht des Gläubigers verstanden wird, vom Bestehen der Forderung ab, für die sie bestellt wird (vgl. §§ 873, 1113, 1117, 1163 BGB.). Die Behauptung, die Hypothek sei nicht zur Entstehung gelangt, heißt demnach, es fehle an einer dieser Voraussetzungen für ihre Entstehung, und in Verbindung mit dem Zusatze, sie stehe F. als Eigentümergrundschuld zu, bezeichnet sie insbesondere das Fehlen der letztbezeichneten Voraussetzung und den im § 1163 (s. auch § 1177) bezeichneten Fall, daß die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, hier also die betreffende Restkaufgeldforderung nicht zur Entstehung gelangt sei.

2. Bourier, BayNotZ. **13** 380. Wenn für eine dem minderjährigen Kinde gegen den Vater zustehende, nicht erst durch Vertrag zwischen beiden zu begründende Forderung, z. B. für eine Forderung des Kindes aus einem dem Vater durch Testament auferlegten Vermächtnisse, Hypothek an einem Grundstücke des Vaters bestellt werden soll, möchte man auf den ersten Blick die Bestellung eines Pflegers für das Kind entbehrlich erachten, weil die Eintragung der Hypothek auf die einseitige Bewilligung und den Antrag des Vaters hin erfolgen muß. Allein es ist zu beachten, daß zur Entstehung der Hypothek deren Eintragung nicht genügt, sondern nach § 873 BGB. außerdem die Einigung von Vater und Kind über die Hypothekenbestellung erforderlich ist und daß diese Eintragung nach der herrschenden Meinung Vertragsnatur hat (sog. dinglicher Vertrag) und demgemäß gegenseitige, wenn auch vielleicht bloß stillschweigende Willenserklärungen beider Teile über die Entstehung des Rechtes erheischt. An der Abgabe der hiernach erforderlichen Erklärung des Kindes ist der Vater als dessen Vertreter nach § 181 BGB. verhindert; eine Einigung zwischen Vater und Kind ist deshalb so lange ausgeschlossen, als nicht zu diesem Zwecke dem minderjährigen Kinde ein Pfleger bestellt ist. Daraus folgt, daß die eingetragene Hypothek, solange

dies nicht geschehen ist, nichtig ist, weil eine wesentliche Voraussetzung ihrer Entstehung noch nicht erfüllt ist.

3. RJA. **12** 247, R. **13** Nr. 2730 (KG.). Ungültig ist eine Hypothekeneintragung, wenn im Grundbuche weder das eingetragene Recht als Hypothek bezeichnet, noch der Schuldgrund angegeben ist.

4. **RG.** R. **13** Nr. 1605. Als Schuldgrund einer Hypothek genügt das Versprechen des Meistbietenden, für eine ausgefallene Hypothek neuerlich Sicherheit zu bestellen.

III. Rechtswirksamkeit der Hypothek. 1. a) **RG.** WarnE. **13** 279, JW. **13** 540. Allerdings hat das RG. wiederholt ausgesprochen, daß dingliche Erfüllungsgeschäfte, wie Eigentumsübertragung, Hypothekenbestellung, wenn das schuldrechtliche Grundgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sei, nicht ebenfalls wegen dieses Verstoßes nichtig seien (**RG. 63** 179, **75** 68, **78** 285, JW. **11** 317 Nr. 2, **12** 853 Nr. 4), daß insbesondere das Rechtsgeschäft der Einigung über eine Hypothekbestellung, auch wenn die Forderung, die gesichert werden sollte, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sei, rechtswirksam sei und ein gültiges hypothekarisches Recht durch die Eintragung auf Grund solcher Einigung mit der Maßgabe zur Entstehung gelange, daß es sich zufolge Nichtbestehens der Forderung gemäß §§ 1163 Abs. 1 Satz 1, 1177 Abs. 1 BGB. in eine Eigentümergrundschuld umwandele (JW. **11** 317 Nr. 2, **12** 853 Nr. 4). Jedoch ist in dem in **RG. 57** 95 veröffentlichten Urt. des VII. Zivilsen. andererseits ausgesprochen, daß die Nichtigkeit eines schuldrechtlichen Vertrags wegen wucherischen Charakters auch das zur Erfüllung des Vertrags eingegangene dingliche Rechtsgeschäft ergreife, weil nach der Bestimmung des § 138 Abs. 2 BGB. neben der wucherischen Entgegennahme des Versprechens auch das Rechtsgeschäft der Gewährung wucherischer Vermögensvorteile mit Nichtigkeit bedroht sei. Dieser Entscheidung ist der erk. Sen. in dem Urt. vom 24. Oktober 1906, V. 49/06 (vgl. auch **RG. 75** 76), beigetreten mit dem Hervorheben, daß § 138 Abs. 2 gegenüber § 138 Abs. 1 BGB. eine Sonderbestimmung für wucherische Erfüllungsgeschäfte nach der bezeichneten Richtung enthalte. Hiervon abzugehen, liegt kein Anlaß vor. Danach ist, wenn ein Darlehnsvertrag wegen Versprechens wucherischer Vermögensvorteile nichtig ist, auch die Einigung über die Bestellung einer Hypothek zur Sicherung der Forderung des Wucherers aus dem Darlehnsvertrage nichtig und somit auch die Hypothekeneintragung. Es kann deshalb die Hypothekeneintragung sich nicht wegen Nichtbestehens der Forderung in eine Eigentümergrundschuld umwandeln. b) **RG.** WarnE. **13** 374. Nach der ständigen Rechtsprechung des RG. ist nicht ein jedes Rechtsgeschäft, das zu dem Unternehmen oder dem Betrieb eines Bordells in Beziehung steht, als gegen die guten Sitten verstoßend zu erachten. Es reicht insbesondere zu einer solchen Annahme für sich allein nicht aus, daß der eine Vertragsteil Kenntnis hat von der Absicht des anderen, den Vertragsgegenstand zu Bordellzwecken zu verwenden, es ist vielmehr zur Annahme eines gegen die guten Sitten verstoßenden Vertrags erforderlich, daß der unsittliche, auf die Förderung der Unzucht gerichtete Zweck, der Betrieb des Bordellgeschäfts, zum Inhalte des Vertrags, zum Gegenstande der Vertragsabreden gemacht worden ist (**RG. 63** 350, **68** 98, **71** 194). c) Heymann, DJZ. **13** 1114. Zur Frage nach der Gültigkeit der Bordellveräußerung und Bordellbelastung. S. JDR. **6** zu § 1113 Ziff. III 1, **7** zu § 1113 Ziff. I 2, **8** zu § 1113 Ziff. II 4, **10** zu § 1113 Ziff. II 1, **11** zu § 1113 Ziff. III.

2. Meikel, BayRpflZ. **13** 285. Rückgewähr einer anfechtbar bestellten Hypothek.

IV. Die Vorschrift des Abs. 2. 1. Sternberg, JheringsJ. **62** 377 (402). Der wichtigste Zusammenhang zwischen Hypothek und Forderung besteht

bei der Regelhypothek darin, daß die Hypothek als solche nur dann bestehen kann, wenn die mit ihr verknüpfte Forderung besteht, und daß das Gläubigerrecht in Ansehung des dinglichen Rechtes durch das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung beeinflußt wird (§§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1). Gilt dies in gleicher Weise auch für die Hypothek, die für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt ist? Diese Frage läßt sich nicht einheitlich für alle Hypotheken beantworten, die unter dem Begriff „Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung" zusammengefaßt sind. Man muß vielmehr die Hypothek für eine künftige und die für eine aufschiebend bedingte Forderung einerseits und die Hypothek für eine auflösend bedingte Forderung andererseits einer gesonderten Betrachtung unterziehen. Die an zweiter Stelle erwähnte Hypothek unterscheidet sich in ihrer Abhängigkeit von der mit ihr verknüpften Forderung in nichts von jeder anderen Hypothek. Sowohl die Vorschrift des Satz 1 Abs. 1 § 1163 als auch die des Satz 2 Abs. 1 § 1163 findet auf sie Anwendung. . . . Sowohl in dem einen wie in dem anderen Falle ihrer Vereinigung mit dem Eigentume verwandelt sich die Hypothek nach § 1177 Abs. 1 in eine Grundschuld, für die jedoch in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend bleiben. Gilt für eine Hypothek, die für eine auflösend bedingte Forderung bestellt ist, demnach nichts Besonderes, so kann diese Hypothek als eine besondere Hypothekenart nicht angesehen werden. . . . Anders steht es mit der Hypothek für eine künftige oder eine aufschiebend bedingte Forderung. Es ergibt sich da ein Gegensatz zwischen der diese Hypothek behandelnden Sondervorschrift des § 1113 Abs. 2 und den allgemein für Hypotheken geltenden Vorschriften der §§ 1163 Abs. 1 Satz 1, 1177 Abs. 1. Dieser Gegensatz ist darin zu finden, daß auf der einen Seite im § 1113 Abs. 2 bestimmt ist, daß auch eine künftige oder eine bedingte Forderung eine genügende Unterlage für eine Hypothek bildet, und auf der anderen Seite in den §§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 ausgesprochen ist, daß eine Hypothek ohne Forderung nicht bestehen kann, daß vielmehr eine abstrakte Belastung eines Grundstücks mit dem Inhalte, daß eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist, nur in Form einer Grundschuld möglich ist. Man hat nun versucht, diesen Gegensatz dadurch zu beseitigen, daß man die Vorschrift der §§ 1163 Abs. 1 Satz 1, 1177 Abs. 1 auch auf die Hypothek für eine künftige oder eine bedingte Forderung angewendet hat. Danach soll eine solche Hypothek während der Schwebezeit nicht als Hypothek dem Gläubiger, sondern als Grundschuld dem Eigentümer zustehen. Diese Auslegung steht aber mit dem Wortlaute des § 1163 Abs. 1 Satz 1 in einem unlösbaren Widerspruche, denn im § 1163 Abs. 1 Satz 1 ist nicht bestimmt, daß die Hypothek dem Eigentümer zustehen solle, solange die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist; es ist vielmehr gesagt, daß die Hypothek dem Eigentümer zustehen soll, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist. Der Gebrauch des Perfektums in dem Satze „ist die Forderung . . . nicht zur Entstehung gelangt", deutet darauf hin, daß das Nichtentstandensein der Forderung als ein abgeschlossener Zustand vorausgesetzt wird. Ein solcher abgeschlossener Zustand liegt aber nicht vor, solange der Schwebezustand dauert, und daher ist die Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 auf die Hypothek für eine künftige oder eine bedingte Forderung während der Schwebezeit ausgeschlossen. . . . (410): Die Regelhypothek setzt eine bestehende Forderung voraus und verwandelt sich in eine Eigentümergrundschuld, sobald es an einer Forderung fehlt. Die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung begnügt sich dagegen mit einer künftigen oder einer bedingten Forderung; und der Umstand, daß es während der Schwebezeit an einer Forderung als Grundlage der Hypothek mangelt, berührt weder die Natur der Belastung als Hypothek, noch das Recht des Gläubigers an der Hypothek. Die Hypothek

für eine künftige oder eine bedingte Forderung nähert sich somit in gewisser Beziehung der Grundschuld, weil ihr in Wirklichkeit doch eine Forderung nicht zugrunde liegt. Mit der Regelhypothek hat sie wiederum gemeinsam, daß die Einreden, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehen, nach § 1137 auch der Eigentümer gegen die hypothekarische Klage geltend machen kann. Aus dieser Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung ergibt sich, daß der Gläubiger einer Hypothek für eine künftige oder eine bedingte Forderung die Rechte aus dieser Hypothek während der Schwebezeit nicht zur Verwirklichung bringen kann. . . . (412): Wenn wir einerseits mit dem RG. darin übereinstimmen, daß dem Gläubiger einer Hypothek für eine künftige oder eine bedingte Forderung während der Schwebezeit ein materielles Hypothekenrecht in dem angegebenen Sinne nicht zusteht, andererseits aber im Gegensatze zum RG. auch dem Eigentümer ein solches materielles Hypothekenrecht während der Schwebezeit nicht zusprechen wollen, so erhebt sich die Frage, wem das materielle Hypothekenrecht während dieser Zeit zusteht. Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß das materielle Hypothekenrecht, wie es das RG. versteht, während der Schwebezeit niemandem zusteht. . . . (422): Aus der Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek ergibt sich, daß während der Schwebezeit der Eigentümer die Umschreibung der Belastung auf seinen Namen nicht verlangen kann. . . . (425): Die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek schließt aber nicht aus, daß unter gewissen Voraussetzungen eine Hypothek für eine künftige oder eine bedingte Forderung von ihrer Entstehung an dem Eigentümer als Grundschuld zusteht. Dies ist dann der Fall, wenn die bedingte Forderung nichtig ist, oder wenn bereits bei Begründung der Hypothek feststeht, daß die künftige Forderung, die der Hypothek zugrunde gelegt worden ist, aus irgendeinem Grunde nicht entstehen kann. In diesem Falle gibt es keine Schwebezeit; das Nichtentstehen der Forderung steht von Anfang an fest, so daß der Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 nichts entgegensteht. . . . (427): Für die Frage, ob wegen Nichtbestehens der Forderung eine Eigentümergrundschuld entsteht, ist neben dem objektiven Momente des Entstehens oder Nichtentstehens der Forderung auch das subjektive Moment von großer Bedeutung, ob die Beteiligten die Forderung, für die sie die Hypothek bestellen, bei Bestellung der Hypothek als gegenwärtig ansehen oder nicht. Diesem subjektiven Momente wird aber eine zu weitgehende Bedeutung beigelegt, wenn man mit Güthe (aaO. 511) die Entstehung einer Gläubigerhypothek auch dann annimmt, wenn die Valutierung nach Bestellung der Hypothek erfolgt, sofern nur die Beteiligten bei Begründung der Hypothek die Forderung als gegenwärtig behandelt haben. Behandeln die Beteiligten eine zur Zeit der Begründung der Hypothek nicht bestehende Forderung bei Bestellung der Hypothek als gegenwärtig, so ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, und somit ein Anwendungsfall des § 1163 Abs. 1 Satz 1 gegeben. Eine Forderung, die nachher entsteht, kann unmöglich mit der Forderung identisch sein, die als eine gegenwärtige Forderung der Hypothek bei ihrer Bestellung zugrunde gelegt worden ist. Entsteht später eine Forderung des eingetragenen Gläubigers, für welche die Belastung haften soll, so bleibt nichts anderes übrig, als in den oben angegebenen Formen eine Umwandlung der Eigentümergrundschuld in eine Gläubigerhypothek herbeizuführen. . . . (431): Gelangt die Forderung zur Entstehung, so führt dies weder in der Natur des dinglichen Rechtes, noch auch in der Person des Gläubigers eine Änderung herbei. Das Recht bleibt seiner Natur nach, was es von seiner Entstehung an war, nämlich eine Hypothek, und steht nach wie vor dem Gläubiger zu. Die Entstehung der Forderung hat lediglich zur Folge, daß die Hemmung in der Geltendmachung der Hypothek wegfällt, daß der hypothekarischen Klage jetzt nicht mehr

die Einrede entgegengehalten werden kann, daß die Forderung noch nicht zur Entstehung gelangt sei. Gleichgültig ist, ob im Zeitpunkte der Entstehung der Forderung das Eigentum an dem mit der Hypothek belasteten Grundstücke noch dem Besteller der Hypothek zusteht oder inzwischen auf einen anderen übergegangen ist. Nehmen wir an, daß die Hypothek bestellt ist für Baugeld, das der Gläubiger dem Eigentümer zu geben versprochen hat. Vor Hingabe des Baugeldes läßt der Eigentümer das Grundstück an einen anderen auf. Der Bestand und die Natur der Hypothek wird durch diese Veränderung in der Person des Grundstückseigentümers in keiner Weise berührt. Zahlt der Gläubiger nach der Auflassung das Baugeld an den ursprünglichen Eigentümer aus, so steht fest, daß die Hypothek dem Gläubiger verbleiben wird. Wird dagegen der Baugeldervertrag nach der Auflassung aufgehoben, so geht die Hypothek mit rückwirkender Kraft auf den Besteller der Hypothek über. . . . (436): Es kommt auf den Willen der Beteiligten an, ob die Hypothek für eine bestimmte künftige Einzelforderung oder nur für das Schlußguthaben des Gläubigers haften soll. . . . (441): Das Gesetz hat dem Erwerbe der Hypothek durch den Eigentümer infolge Unmöglichkeit der Entstehung einer künftigen oder bedingten Forderung ausdrücklich rückwirkende Kraft beigelegt. . . . (442): Güthe verkennt das Wesen einer mit rückwirkender Kraft eintretenden Rechtswirkung, wenn er das Hauptgewicht dabei auf die Beweisfrage legt. . . . Solange die Schwebezeit andauert, ist nur der Gläubiger, nicht der Eigentümer zur Abtretung der Hypothek befugt.

2. a) Sternberg, JheringsJ. **62** 377. (390): Die Baugeldhypothek im technischen Sinne setzt nicht in jedem Falle eine künftige Forderung voraus; sie kann vielmehr auch bestellt werden, wenn das Baugeld zur Zeit der Bestellung der Hypothek nicht nur versprochen, sondern auch bereits gegeben ist. . . . (391): Über die Rechtsnatur des Baugeldvertrags besteht Streit. Während ihn einzelne Schriftsteller als einen Darlehnsvorvertrag im Sinne des § 610 ansehen, bezeichnen andere ihn als einen Hauptvertrag, so daß die Hingabe des Darlehens sich nicht als Vertragsschluß, sondern als Vertragserfüllung darstelle. Die an zweiter Stelle erwähnte Ansicht ist abzulehnen. . . . (397): Kann der Baugeldnehmer — ebenso wie der Baugeldgeber — in der Regel den Anspruch auf Abschluß des Darlehnsvertrags nicht abtreten, so kann er doch den Anspruch auf Auszahlung der einzelnen Geldraten auf einen anderen übertragen. Die Ansicht, daß die Abtretbarkeit des Anspruchs auf Auszahlung der Geldraten abzulehnen sei, weil sie mit der Natur des Baugeldvertrags als eines Darlehnsvertrags in Widerspruch steht, läßt sich nicht halten. . . . (399): Ist aber mit Rücksicht auf den Zweck des Baugeldvertrags nicht wenigstens die Abtretung des Anspruchs auf Auszahlung des Baugeldes an solche Personen verboten, die nicht am Bau beteiligt sind? Auch diese Frage muß verneint werden; denn § 399 verbietet die Abtretung einer Forderung nur dann, wenn die Abtretung durch Vereinbarung der Beteiligten grundsätzlich ausgeschlossen ist. . . . (452): Auch in den Fällen, in denen der Baugeldgeber sein Recht auf Hingabe des Baugeldes, also auf Abschluß des Darlehnsvertrags, abtreten darf, empfiehlt es sich, daß die Hingabe des Baugeldes im Namen des ursprünglichen Gläubigers erfolgt und dieser das Recht auf Rückzahlung des Baugeldes an den neuen Gläubiger abtritt. **b)** OLG. **26** 173 (Dresden). Umfang der Baugelderhypothek.

V. Einzelfragen. 1. KGJ. **44** 301 (KG.). Eine Revenüenhypothek, die auf einem nach dem Kalenberg-Göttinger-Grubenhagen-Hildesheimschen Ritterschaftsrechte begründeten Stammgut eingetragen ist, ist eine Substanzbelastung. Als deren Schuldner ist in Ermangelung entgegenstehender Angaben die Stammgutsfamilie anzusehen. Infolgedessen wird — von besonderen Ausnahme

fällen abgesehen — die Hypothek Stammgutseigentümergrundschuld selbst dann wenn die Tilgung der Hypothekenforderung durch einen Stammgutsbesitzer aus seinem freien Vermögen erfolgt sein sollte. Auch eine gemäß § 1179 BGB. übernommene Löschungsverpflichtung ist eine Stammgutsverpflichtung und geht daher auf jeden Stammgutsbesitzer über.

2. Kretzschmar, SächsRpflA. **13** 411. Zusammentreffen von Hypothek und Nießbrauch.

3. Schmitt, BayNotZ. **14** 417. Die grundbuchmäßige Behandlung der Elterngutshypotheken.

4. Roth, BayNotZ. **14** 286. Hypothekarische Sicherung von Ansprüchen nicht bayerischer Bundesstaaten.

§ 1114. Stillschweig, JW. **14** 8. Ersteht der Miteigentümer eines Grundstücksanteils einen anderen zur Zwangsversteigerung stehenden Anteil und erlegt er im Versteigerungstermine den bar zu zahlenden Kaufpreis nicht, so ist die Sicherungshypothek des § 128 ZVG. trotz der mit dem Zuschlag erfolgten Verschmelzung beider Anteile nur auf den versteigerten Anteil einzutragen (aA. KGJ. **23** A 230, **26** A 157).

§ 1115. I. Der Gläubiger. 1. OLG. **26** 129 (KG.). Die Eintragung einer Hypothek für den Ökonomen August M. bzw. dessen Ehefrau Dorothea zu C. erweist sich ihrem Inhalte nach als unzulässig. Eine Hypothek ist nichtig, wenn sich die Person des Gläubigers aus der Eintragung selbst nicht sicher bestimmen läßt. . . . Es ist nicht ersichtlich, ob die beiden Eheleute im Verhältnis einer Konjunktivberechtigung nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand oder einer Sukzessivberechtigung oder, was dem Wortlaute der Eintragung am ehesten entsprechen würde, aber an sich unzulässig wäre, einer Alternativberechtigung zueinander stehen sollen.

2. a) BayRpflZ. **13** 445, OLG. **27** 242 (BayObLG.). Wenn der Gläubiger gestorben und über seinen Nachlaß der Konkurs eröffnet ist, so sind seine Erben als Gläubiger der Hypothek einzutragen. b) Strucksberg, DJZ. **13** 161. Hypothekeneintragung für einen Verstorbenen.

3. SeuffA. **68** 24 (Rostock). Die Eintragung von Hypotheken auf den Namen des Testamentsvollstreckers ist unzulässig. . . . Es kann dabei keinen Unterschied machen, ob ein Erbfall aus der Zeit vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. vorliegt. Abgesehen davon, daß die Stellung des Testamentsvollstreckers nach altem Rechte im wesentlichen dieselbe war wie nach dem jetzigen, handelt es sich hier — und das ist entscheidend — um eine Frage des Grundbuchrechts, und diese kann nach Anlegung des Grundbuchs nur nach dem jetzigen Rechte beurteilt werden. Fehlsam ist auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf den Willen des Erblassers. Dieser kann die Befugnisse des Testamentsvollstreckers zwar im gewissen Umfang erweitern oder einschränken, er kann aber die Vorschriften des Grundbuchrechts nicht außer Kraft setzen.

4. HansGZ. **13** Beibl. 191 (Hamburg). Bei einer auf Namen einer offenen Handelsgesellschaft stehenden Hypothek im Grundbuche braucht der jeweilige Wechsel der Inhaber der offenen Handelsgesellschaft nicht vermerkt zu werden.

5. OLG. **26** 130, SeuffA. **68** 174 (KG.). Jede Aktiengesellschaft kann, wie sich aus den §§ 195 Abs. 1, 200 Abs. 1, 272 Abs. 2, 277 Abs. 3, 309 HGB. ergibt, nur einen Sitz haben (KGJ. **20** A 39, **RG. 59** 108); auch durch eine Zweigniederlassung wird kein zweiter Sitz begründet (ROHG. **17** 315). Hieraus folgt, daß, von dem Falle der besonderen Firma der Zweigniederlassung abgesehen, bei der Eintragung eines Rechtes für eine Aktiengesellschaft neben deren Firma ihr im Gesellschaftsvertrage bestimmter Sitz anzugeben ist.

II. Der Zinssatz. 1. HessRspr. **13** 328 (LG. Gießen). Da nach § 1115 nur der Zinssatz im Grundbuche selbst ausdrücklich angegeben werden muß, genügt es, wenn sich die zeitlichen Grenzen der Zinspflicht aus der Eintragungsbewilligung unzweideutig und bestimmt erkennen lassen. Dabei ist es nicht nötig, daß der Zinsanfang nach einem bestimmten Kalendertage festgesetzt ist, sondern er kann von jedem anderen Geschehnis abhängen, das zweifelsfrei feststeht oder feststellbar ist. Ist eine solche sichere Feststellung nach der Eintragungsbewilligung nicht möglich, dann ist auch eine Bezugnahme auf sie unzulässig.

2. BreslauAK. **13** 46 (LG. Breslau). Der Lombardzinsfuß der Reichsbank ist als Hypothekenzinsfuß zulässig, wenn ein Mindest- und Höchstsatz angegeben ist.

III. Nebenleistungen. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 154. Die Vereinbarung, daß der Schuldner, wenn das Kapital aus irgendeinem Grunde vor dem 1. April 1918 fällig würde, verpflichtet sein solle, vom Fälligkeitstag ab für jedes angefangene Jahr der vorzeitigen Fälligkeit eine Entschädigung von 5/8 v. H. des Kapitals an die Beklagte zu zahlen, ist zulässig. Die Höhe des Forderungsbetrags ergibt sich bestimmt aus dem Eintragungsvermerke.

2. ElsLothJZ. **13** 106 (Colmar). Daß der Geldbetrag der außer den Zinsen zu entrichtenden Nebenleistungen in der Eintragungsbewilligung und in dem Antrage nicht in einer bestimmten Summe ausgedrückt ist, bildet kein Eintragungshindernis. Im besonderen steht nicht nur der Betrag, sondern auch die Gesamtzahl der teils zur Verzinsung, teils zur Tilgung halbjährlich zu entrichtenden Teilleistungen nach dem Inhalte der Eintragungsbewilligung fest. Aus der Eintragungsbewilligung ergibt sich somit der Geldbetrag, bis zu welchem das Grundstück für Nebenleistungen außer den Zinsen belastet werden soll. Ein weitergehendes Erfordernis ist auch an den Inhalt der Eintragung durch § 1115 BGB. nach der in Rechtslehre und Rechtsprechung herrschenden Auffassung, welcher der erkennende Senat beitritt, nicht gestellt (vgl. besonders RGRKomm. 6 zu § 1115 BGB., Güthe [1911] 208, Oberneck II 104 ff., OLG. **20** 408).

3. KGJ. **43** 230 (KG.). In die dritte Spalte der dritten Abteilung des preußischen Grundbuchformulars ist nur der Geldbetrag der Hauptforderung, nicht auch der Geldbetrag der Nebenleistungen aufzunehmen.

IV. Zahlungsbedingungen. KG. JDR. **11** zu § 1115 Ziff. V 2 auch OLG. **26** 183.

V. Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. 1. Hagemann, DJZ. **13** 352. Im Eintragungsvermerk einer Hypothek darf wegen Strafzinsen auf die Eintragungsbewilligung nicht Bezug genommen werden.... Dagegen empfiehlt es sich, wegen der verschiedenen Möglichkeiten, in denen jedesmal der erhöhte Zinssatz verwirkt wird, im Interesse der Übersichtlichkeit des Grundbuchs auf die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen.

2. S. oben Ziff. II 1.

§ 1117. OLG. **26** 132 (Breslau). Zur Übergabe einer Sache gemäß § 929 genügt die Übertragung des mittelbaren Besitzes, dasselbe muß aber auch von der Übergabe gelten, die der den § 929 ausdrücklich anziehende § 1117 fordert.... Auch durch bedingte Abtretung des Herausgabeanspruchs kann die Übergabe einer Sache mit dinglicher Wirkung für den Fall des Eintritts der Bedingung ersetzt werden. Es liegt kein Grund vor, den § 158, der nach seiner Stellung auch auf dingliche Rechte Anwendung findet, hier auszuschalten. Auch in diesem Falle ist dem § 929 genügt. N. ist mittelbarer Besitzer des Briefes geworden, mit dem Zeitpunkt aber, zu dem er diesen Besitz durch Ersatzübergabe von dem bisherigen mittelbaren Besitzer erworben hat, ist N. nach § 1117 Gläubiger der Hypothek geworden.... Was von der körperlichen Übergabe gilt, muß auch gelten, wenn der Herausgabeanspruch abgetreten

wird; denn der Zessionar hat, wenn dieser Anspruch realisiert wird, dieselbe Möglichkeit über die Sache zu verfügen, wie in jenem Falle, er hat dann ebenfalls den Besitz erlangt. Zwar genügt nach §§ 1154, 1117 nicht der Besitzerwerb allein, dieser muß vielmehr durch Übergabe des Zedenten erfolgen, d. h. es muß der Zessionar den Besitz mit dem Willen des Zedenten, der sich des Besitzes zu seinen Gunsten entschlägt, erwerben. Dieses liegt aber hier nach dem Inhalte der Urkunde auch vor. Der Wille des N. ist dahin gegangen, es solle dem Zessionar der Mitbesitz am Briefe übertragen werden, dieser solle nach Maßgabe des zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses auch berechtigt sein, über ihn für sich zu verfügen. Dieses aber muß genügen; namentlich erfordert § 1117 keine besondere Einigung, daß Eigentum übergehen solle, und andererseits genügt die Übertragung des Mitbesitzes. Es liegt auch kein Grund vor, unter dem Briefe in §§ 1154, 1117 Abs. 1 im Falle der Abtretung eines Teiles einer Hypothek nur den zu bildenden Teilhypothekenbrief zu verstehen. Dieses folgt schon aus dem § 1152, der die Bildung eines Teilbriefs über den abgetretenen Teil nur für zulässig erklärt, nicht aber vorschreibt, also die Eintragung der Teilabtretung auch ohne Bildung eines solchen bei Briefhypotheken zuläßt. Diese Ausführungen widersprechen nicht denen des **RG. 64** Nr. 77, **65** Nr. 17, **69** Nr. 9; denn diese beschäftigen sich mit der Übergabe des Briefes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs überhaupt nicht, sondern behandeln den hiervon ganz verschiedenen Fall des § 1117 Abs. 2, d. h. die Frage, unter welchen Voraussetzungen die dort erwähnte Vereinbarung genügt; sie setzen also voraus, daß weder eine körperliche Übergabe des Briefes (§ 929), noch eine Zusatzübergabe (§§ 930, 931) stattgefunden hat. Auch **RG. 54** Nr. 32 steht nicht entgegen.

§ 1120. 1. OLG. **26** 139 (Dresden). Der § 1120 ist nicht dahin zu verstehen, daß die Haftung alle im Zeitpunkte der Hypothekeneintragung zum Grundstücke noch im Verhältnisse der Zubehörung stehenden Gegenstände ergreift, die vorher irgend einmal Eigentum des Eigentümers gewesen sind, selbst wenn sie ihm nicht mehr gehören. Der Hypothek unterliegen vielmehr nur diejenigen Zubehörstücke, die ihm zur Zeit der Hypothekeneintragung noch gehören und die, die er später hinzu erwirbt.

2. NaumburgAK. **13** 80 (LG. Halle). Auf getrennte, dem Eigentümer nicht gehörige Grundstücksbestandteile erstreckt sich die Hypothek, sofern der Dritte das Eigentum auf Grund eines Rechtes erworben hat, das später als die Hypothek entstanden ist.

§ 1121. OLG. **26** 141 (KG.). Nach § 1121 werden Bestandteile von der Haftung für eine Hypothek nur dann frei, wenn sie veräußert und vom Grundstück entfernt werden, bevor sie zugunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind. Hier sind zwar die Türen usw. vom Grundstücke vor der Beschlagnahme entfernt worden. Diese Beiseiteschaffung durch den Konkursverwalter hatte aber noch keinen Eigentumswechsel zur Folge und war keine Veräußerung; vielmehr ist der erste als Veräußerung in Betracht kommende Besitzwechsel bezüglich dieser Gegenstände erst nach der Einleitung des Versteigerungsverfahrens erfolgt. Deshalb unterlagen auch die streitigen Türen der Beschlagnahme des Grundstücks in diesem Verfahren, wurden von dem Zuschlage mitbetroffen und durch ihn von der ausfallenden Hypothek des Beschwerdeführers frei.

§ 1123. 1. OLG. **26** 408 (Hamburg). Nach § 1123 BGB. erstreckt sich die Hypothek auf die Mieten ohne jede zeitliche Begrenzung, also auch auf alle in Zukunft entstehenden derartigen Forderungen. Erlischt die Hypothek später, so verliert sie in diesem Zeitpunkte jede Wirkung sowohl hinsichtlich des Grundstücks selbst, als aller mit ihm als eins behandelten Werte. Dieses Erlöschen wirkt aber nicht zurück; dadurch wird nicht bewirkt, daß die Hypothek bereits in einem früheren Zeitpunkte bestimmte Werte nicht umfaßt hat. Wenn also auch am 30. Dezember infolge des Zuschlags die Hypotheken erloschen und deshalb von diesem Tage

an die vom Kläger gepfändeten Mietforderungen nicht mehr umfaßten, so wurde dadurch doch nicht mehr bewirkt, daß sie dies auch am 1. September, als der Kläger pfändete, nicht getan haben. Am 1. September erstreckten sich die Hypotheken auch auch auf die Mietforderungen für die Zeit vom 1. April bis 1. Juli. Da aber an jenem Tage durch Einleitung der schon im Juli 1911 erwirkten Zwangsverwaltung nach §§ 148, 21 Abs. 2 ZVG. die Beschlagnahme dieser damals von den Hypotheken umfaßten Mietforderungen erfolgt war, konnten sie nach § 865 Abs. 2 ZPO. nicht mehr gepfändet werden. Die trotzdem vorgenommene Pfändung war nichtig und blieb nichtig. Sind später auch die Mieten von der Umfassung der Hypotheken frei geworden, so konnte daraus nicht nachträglich ein Pfändungspfandrecht aus der von vornherein nichtigen Pfändung entstehen.

2. OLG. **26** 141 (Celle). Wie der Hypothek die Mietzinsforderungen des Eigentümers unterliegen, so haften für sie auch dieselben Forderungen des Nießbrauchers jedenfalls dann, wenn der Nießbrauch hinter der Hypothek zurückzustehen hat, d. h. wenn er der Hypothek im Range nachsteht, einerlei ob der Nießbraucher selbst vermietet hat oder ob er kraft des Nießbrauchs in die vorher vom Eigentümer begründeten Mietverträge eingetreten ist.

3. BreslauAK. **13** 4 (Breslau). Der Hypothekengläubiger kann *während des Konkurses* des Grundstückseigentümers im Wege der Mobiliarpfändung die Miete des belasteten Grundstücks mit Wirksamkeit gegen den Konkursverwalter pfänden.

§ 1124. 1. OLG. **26** 143 (KG.). Der § 1124 hat nicht das Verhältnis der Beschlagnahme eines Hypothekars zu der eines anderen im Auge, gibt vielmehr nur Vorschriften darüber, in welchem Umfange mit Wirkung gegen den Hypothekar zugunsten eines Dritten über die Mieten verfügt werden darf, ohne zu unterscheiden, ob der Dritte ein *persönlicher* Gläubiger des Verfügenden oder, sofern er ein Hypothekar ist, ob sein Recht dem des Hypothekars im Range vorgeht oder nachsteht (vgl. OLG. **18** 169, RGRKomm. § 1124 Anm. 5). Hiernach läßt sich aus dem Gesetz auf keinen Fall der Satz herleiten, daß etwa mit der Beschlagnahme des voreingetragenen Hypothekars die frühere des nacheingetragenen ohne weiteres unwirksam werde. An sich bestehen beide Beschlagnahmen zu Recht und jede von ihnen äußert weiterhin unbeschränkt ihre Wirksamkeit, wenn etwa nachträglich auf die Rechte aus der anderen verzichtet oder diese aus sonstigen Gründen hinfällig wird. Daraus kann aber nicht weiter gefolgert werden, daß das Zusammentreffen beider Beschlagnahmen den Anlaß geben könne, die Mieten gemäß §§ 853, 872 ZPO. zu hinterlegen und ein Verteilungsverfahren einzuleiten. Jene Vorschriften behandeln nur das Recht des *Drittschuldners* zur Hinterlegung des für mehrere Gläubiger gepfändeten Schuldbetrags und die Regelung des Verfahrens für den Fall, daß der hinterlegte Betrag zur Befriedigung der beteiligten Gläubiger nicht hinreicht, während hier zu entscheiden ist, ob und wie weit der eine Pfändungsgläubiger der Pfändung des anderen zu widersprechen berechtigt sei oder nicht. Diese Frage ist lediglich auf Grund des § 1124 zu beantworten; hiernach hat aber die Beklagte durch die auf Grund des dinglichen Schuldtitels bewirkte Pfändung, wie mit der herrschenden Meinung anzunehmen, die Mieten des Grundstücks *mit Beschlag belegt* und dadurch zunächst das Recht erworben, daß über die noch nicht eingezogenen Mieten zu ihren Ungunsten weder durch Rechtsgeschäft noch durch Pfändung verfügt werden darf. Dasselbe Recht steht aber auch dem Gläubiger einer voreingetragenen Hypothek zu, wenn er nachträglich die Beschlagnahme der Mieten durch deren Pfändung auf Grund seines dinglichen Schuldtitels ausgebracht hat, und zwar auch mit Wirkung gegenüber der Pfändung des nachstehenden Hypothekars, da sein Recht bei der Befriedigung aus dem Grundstücke dem Rechte des nacheingetragenen Hypothekars vorgeht. Insoweit ist allerdings die Rangordnung der Hypotheken nach § 879 von

Bedeutung, und insoweit kommt der früheren Beschlagnahme des nacheingetragenen Gläubigers vom Augenblicke der Beschlagnahme des voreingetragenen an nur noch die Bedeutung einer Verfügung über die Mieten im Sinne des § 1124 zu; denn es ist anerkannt, daß den rechtsgeschäftlichen Verfügungen im Sinne dieser Vorschrift die durch Pfändung bewirkten gleichzustellen sind. Zu einer solchen Verfügung war aber dann mit Wirksamkeit gegenüber dem Kläger die Beklagte nur noch hinsichtlich derjenigen Mieten befugt, die für das laufende und folgende Kalendervierteljahr fällig geworden sind, während die weiterreichende Verfügung (Pfändung) gegenüber dem Kläger nach § 1124 Abs. 2 keine Wirksamkeit mehr hat.

2. **RG. 81** 146, JW. **13** 330. Es wird fast übereinstimmend angenommen, daß auch die Pfändung der Miet- und Pachtzinsforderungen durch den Hypothekengläubiger nach §§ 828 ff. ZPO., wenigstens wenn sie auf Grund dinglichen Vollstreckungstitels erfolgt, von gleicher Wirksamkeit wie die Beschlagnahme in der Zwangsverwaltung ist. Dies hat das RG. für die frühere preußische Gesetzgebung allgemein ausgesprochen (vgl. **RG. 23** 56, **29** 242, **31** 318, **42** 88; JW. **95** 78 Nr. 37)... Der erk. Sen. hat sich in **RG. 52** 138, **76** 116 zwar über die Frage nicht endgültig ausgesprochen, aber in **RG. 76** 118 die vorerwähnte Meinung für die herrschende erklärt, und er nimmt keinen Anstand, sich ihr hiermit vollständig und ausdrücklich mit dem Beifügen anzuschließen, daß die in Rede stehende Wirkung nur einer auf Grund dinglichen Vollstreckungstitels vorgenommenen Mietzinspfändung zugesprochen werden kann.

3. **RG. 81** 146, JW. **13** 330. Der erk. Sen. hält an seinem in **RG. 68** 10 abgedruckten Urteile fest, wonach die Nießbrauchsbestellung keine Verfügung über Mietzinsforderungen im Sinne des § 1124 BGB. ist.

4. R. **13** Nr. 956 (Hamburg). Die Zwangsverwaltung eines Grundstücks hindert den Eigentümer nicht, die Mieten des Grundstücks an Dritte abzutreten; die Abtretung ist nur den Hypothekengläubigern gegenüber, nicht aber anderen Personen, namentlich auch nicht dem Ersteher gegenüber unwirksam.

5. *Bendix, JW. **13** 412. Die Abtretung und die Pfändung des Mietzinses vor der Beschlagnahme des Grundstücks ist nicht verbotswidrig. Diesen Charakter haben nur die Verfügungen, die nach Erlaß des Veräußerungsverbots getroffen werden.

6. *Rodewald, ZBlFG. **13** 617. Bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks beginnt die Wirksamkeit von Vorausverfügungen über die Mietzinsen mit dem Zuschlage dann nicht von neuem, wenn zur Zeit des Zuschlags eine Beschlagnahme des Grundstücks zugunsten eines Hypothekengläubigers vorlag. In diesem Falle tritt die Vorausverfügung nach dem Zuschlage nur dann wieder in Wirksamkeit, wenn seit der Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers die zwei Quartale des § 1124 Abs. 2 noch nicht abgelaufen sind, und zwar nur für den fehlenden Rest dieser zwei Quartale. Bestand also insbesondere zur Zeit des Zuschlags eine Zwangsverwaltung zugunsten eines Hypothekengläubigers, so haben Vorausverfügungen über den Mietzins, die vor der Beschlagnahme in der Zwangsverwaltung getroffen sind, nach dem Zuschlage nur noch insoweit Wirksamkeit, als die zwei Quartale, welche dem Vorausberechtigten nach der Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers gebühren, noch nicht abgelaufen sind. Anders **RG. 64** 415 ff. und die herrschende Ansicht.

7. **a) RG.** GruchotsBeitr. **57** 1005. Die Vorschrift, daß der Eigentümer eines Hausgrundstücks mit Wirksamkeit für die Hypothekengläubiger über den Mietzins für zwei Vierteljahre verfügen kann, schließt die Anfechtung einer solchen Verfügung seitens der Hypothekengläubiger auf Grund des Anfechtungsgesetzes nicht aus. **b)** OLG. **26** 145 (KG.). Bei Vorausverfügungen des Grundstückseigentümers steht dem Hypothekengläubiger ein Anfechtungsrecht zu, wenn die Voraus-

setzungen der Anfechtung vorliegen. c) *Mittelstein, R. **13** 219 ff. Verf. wendet sich gegen Lindemann, R. **12** 694 ff., dessen Vorschlag zur Abhilfe für die Gefährdung des Hypothekengläubigers er für nicht gangbar hält. Helfen könne nur eine Änderung des Gesetzes, etwa Beschränkung der Verfügung auf das laufende Vierteljahr und Verbot der Pfändung von Mietzinsen.

8. OLG. **26** 187 (Stettin). Haftung der „Kontingentscheine" für die Hypothek.

§ 1127. 1. **RG.** WarnE. **13** 289, GruchotsBeitr. **57** 1007, R. **13** Nr. 1295. § 1127 BGB. ist auch dann anzuwenden, wenn ein Dritter die Versicherung, obschon in eigenem Namen, für Rechnung des Eigentümers genommen hatte. Ist das Grundstück Eigentum einer Ehefrau, so genügt, daß der Ehemann für Rechnung der Frau die Versicherung genommen hat; unerheblich ist, ob er die Versicherung in eigenem Namen genommen hat.

2. MecklZ. **32** 251 (Rostock). Nach § 1127 BGB. haftet die Forderung gegen die Versicherungsgesellschaft den Hypotheken- und Grundschuldgläubigern, bis der Neubau vollendet wird, und erlischt die Haftung nur, soweit der Wert des Wiederhergestellten die Gläubiger deckte (vgl. **RG. 78** 6).

3. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 618. Der Eigentümer ist gesetzlich verpflichtet, in verkehrsüblicher Weise das Pfandobjekt zu versichern. Dies ist zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber unbestritten aus § 1134 Abs. 2. — Eine Versicherung gegen Mietverlust fällt nicht unter § 1127; denn sie ist eine Vermögensversicherung, während es im § 1127 lautet: „Sind Gegenstände versichert"; vgl. auch § 1123: Ist das Grundstück vermietet . . ."

4. *Gundlach, JW. **13** 411. Die Gebäudeversicherungssumme kann zwar von persönlichen Gläubigern des Versicherungsnehmers gepfändet werden, doch kann der Hypothekengläubiger dieser Pfändung widersprechen gemäß § 771 ZPO., ohne daß er zuvor die Beschlagnahme im Wege der Immobiliarzwangsvollstreckung ausgebracht hat. Andererseits aber geht im Falle der Zwangsversteigerung die Forderung gegen den Versicherer auf den Ersteher über. Der Hypothekengläubiger wird deshalb gut tun, vor Beginn des Zwangsversteigerungsverfahrens zunächst wegen seiner Hypothekenforderung die Versicherungssumme im Mobiliarzwangsvollstreckungswege zu pfänden und dieses Pfändungspfandrecht gemäß § 37 Abs. 4 ZVG. im Bietungstermin anzumelden. Dann erwirbt der Ersteher die Versicherungssumme, belastet mit dem Pfandrechte des Hypothekengläubigers, der sich dann wegen seines Ausfalls im Zwangsversteigerungsverfahren erholen kann.

5. *Mahr, Unter Verwertung von § 69 VVG. ist die „Bestandteilstheorie" anzunehmen, nach der die Forderung gegen den Gebäudeversicherer als Bestandteil des Grundstücks im Sinne von § 96 BGB. für die Hypothek haftet. Sämtliche Streitfragen, die sich an §§ 1127 u. 1128 anknüpfen, sind auf Grund dieser Theorie in einer den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechenden Weise zu lösen.

§ 1128. OLG. **26** 147 (Königsberg). Der Versicherer kann sich mit seiner Anzeige auf die aus dem Grundbuch ersichtlichen Hypotheken(Grundschuld)gläubiger beschränken. Ihm kann offenbar nicht zugemutet werden, nachzuforschen, ob die im Grundbuche verzeichneten Berechtigten auch wirklich noch Gläubiger sind oder ob sie ihr Recht außerhalb des Grundbuchs auf andere übertragen haben. Ein solches Verfahren dürfte praktisch in vielen Fällen nicht ausführbar sein und ist daher vom Gesetzgeber sicher nicht gewollt. Eine Verpflichtung zu Anzeigen an die außerhalb des Grundbuchs stehenden Realberechtigten hat der Versicherer jedenfalls dann nicht, wenn er von diesen keine sichere Kenntnis erlangt hat. . . . Der Schlußsatz des § 1128 bedeutet nicht, daß der Versicherer eine im Grundbuch eingetragene Hypothek, sofern die Eintragung nur vor Auszahlung der Versicherungssumme, wenn auch erst nach Ablauf der Anzeigefrist erfolgt, auch ohne wirkliche Kenntnis als ihm bekannt gelten lassen muß. Eine solche Auslegung würde zu unbilligen

Härten führen und dem Versicherer eine höchst ungünstige Rechtslage geben. Nachträgliche Veränderungen im Grundbuche können vielmehr für ihn jedenfalls dann nicht in Betracht kommen, wenn sie erst nach Erstattung der Anzeige und nach Ablauf der einmonatigen Frist eintreten. Der Versicherer soll nach der gesetzgeberischen Absicht unter allen Umständen mit Wirkung gegen die Hypothekare zahlen können, wenn er an die aus dem Grundbuch ersichtlichen Gläubiger gemäß § 1128 Anzeigen erstattet hat und seit deren Empfang ein Monat ohne Widerspruch der so benachrichtigten Gläubiger verstrichen ist. Die spätere Umschreibung einer bei Erstattung der Anzeigen berücksichtigten Post auf einen anderen Gläubiger kann nicht mehr die Wirkung haben, daß diese Post dem Versicherer von der Eintragung ab als bekannt gilt und von ihm bei der Zahlung zu berücksichtigen ist. Denn sonst müßte der Versicherer auch späterhin und noch unmittelbar vor der Zahlung das Grundbuch einsehen, ohne doch dadurch volle Sicherheit für die Person des Empfangsberechtigten zu erlangen, da zwischen der letzten Einsicht des Grundbuchs und der Zahlung immer noch eine Umschreibung erfolgt sein kann. . . . Bei Geltendmachung des Pfandrechts auf die Versicherungssumme finden nach § 1128 die für verpfändete Forderungen geltenden Vorschriften Anwendung; zu ihnen gehört auch § 1275 und demgemäß auch § 407 (**RG. 52** 143).

§ 1131. OLG. **26** 190 (Dresden) zur Anwendung des § 1131 BGB.

§ 1132. 1. KGJ. **44** 285, OLG. **26** 409, RJA. **12** 269 (KG.). Für die von den Vorinstanzen vertretene Ansicht, daß zur Sicherung derselben Forderung eine Zwangshypothek neben einer bereits bestehenden Vertragshypothek gesetzlich unzulässig ist, haben sich das LG. Leipzig (SächsA. **13** 102) sowie Güthe, GBO. [2] I 206 Anm. 32; Enneccerus usw. SachR. [1/2] 512 Anm. 6; Fischer-Schäfer, ZVG. [2] 119; Oberneck, GBR. [4] II 316, 448 u. R. **02** 308; Achilles-Strecker GBO. 99; Gaupp-Stein, ZPO. [8/9] § 867 Anm. III 6; Petersen, ZPO. § 867 und für den Fall, daß die Vertragshypothek eine Verkehrshypothek ist, Predari, GBO. 627 ausgesprochen. Den entgegengesetzten Standpunkt vertreten das BayObLG. (BayObLG. **3** 482, OLG. **5** 332) sowie RGRKomm., BGB. § 1132 Anm. 3; v. Staudinger, BGB. [7/8] § 1132 Anm. I 5; Turnau-Förster, LiegR. [2] II 654; Müller, WürttZ. **07** 39; Biermann, R. **05** 265 und Schürmer, R. **02** 384. Auch das KG. hat bisher auf dem Boden der zweiten Ansicht gestanden (KGJ. **25** A 294, **27** A 198), wenn es auch schon gelegentlich Zweifel gegen die Richtigkeit dieser Auffassung geäußert hat (KGJ. **35** A 312). Bei nochmaliger Prüfung vermag der Senat aber seine bisherige Ansicht nicht aufrechtzuerhalten. . . . Ist die Vertragshypothek eine Verkehrshypothek, so würde, da die Zwangshypothek stets Sicherungshypothek ist (§ 866 Abs. 1 ZPO.), die Gesamthypothek aus der Verbindung einer Verkehrs- und einer Sicherungshypothek bestehen. Daß eine solche Verbindung unzulässig ist, hat sowohl das RG. (**RG. 70** 245) wie auch das KG. (KGJ. **22** A 164) angenommen. Begründet ist diese Ansicht damit, daß eine solche Verbindung der Einheitlichkeit der Gesamthypothek widersprechen würde. Denn während die Verkehrshypothek in ihrem Rechtsbestande nicht unbedingt von dem Fortbestehen der persönlichen Forderung abhängt und schon die Eintragung die Rechtsvermutung für das Bestehen der persönlichen Forderung begründet (§§ 1138, 1156 BGB.), bestimmt sich bei der Sicherungshypothek das Recht des Gläubigers stets nur nach der Forderung, so daß der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann (§§ 1184, 1185 Abs. 2 BGB.). Daher wäre es möglich, daß die Verkehrshypothek in der Hand eines gutgläubigen Dritten bestehen bleibt, während die Sicherungshypothek mit dem Untergange der Forderung auf den Eigentümer übergeht. Sodann würde ein Widerspruch gegen die Einheitlichkeit des Gesamtrechts dann sich zeigen, wenn die Verkehrshypothek Briefhypothek wäre.

Denn sowohl hinsichtlich des Erwerbes wie auch hinsichtlich der Übertragung bestehen zwischen einem Buchrecht — ein solches ist stets die Zwangshypothek (§ 1185 Abs. 1 BGB.) — und einem Briefrechte wesentliche Unterschiede. Der Erwerb einer Buchhypothek vollendet sich bereits durch Einigung und Eintragung (§ 873 Abs. 1 BGB.), während bei der Briefhypothek noch die Übergabe des Briefes hinzutreten muß (§ 1117 BGB.). Auch die Abtretung erfordert bei der Briefhypothek Einigung und Eintragung (§ 1154 Abs. 3 in Verb. mit § 873 Abs. 1 BGB.), während bei der Briefhypothek die Eintragung nicht erforderlich und selbst bei dem Hinzutreten der Einigung nicht genügend, sondern die Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und die Übergabe des Briefes notwendig ist (§ 1154 Abs. 1 BGB.). Mit Rücksicht hierauf hat das RG. (**RG. 77** 175) es für unzulässig erklärt, eine Gesamthypothek auf dem einen Grundstück als Buchhypothek und auf dem anderen Grundstück als Briefhypothek einzutragen. Alle diese Erwägungen treffen auch dann zu, wenn die Sicherungshypothek nicht eine Vertrags-, sondern eine Zwangshypothek ist. Denn sie gründen sich lediglich auf die Rechtsnatur der Sicherungshypothek im Gegensatze zu der Rechtsnatur der Verkehrshypothek, haben also mit den Grundlagen der Hypothek nichts zu tun. Daraus folgt, daß die Zusammenfassung einer Vertragshypothek mit einer Zwangshypothek zu einem Gesamtrechte dann ausgegeschlossen ist, wenn die Vertragshypothek eine Verkehrshypothek ist. Soll mit einer Zwangshypothek eine Vertragshypothek in Gestalt einer Sicherungshypothek verbunden werden, so ist allerdings das hypothekarische Recht an allen belasteten Grundstücken eine Sicherungshypothek. Aber auch in diesem Falle liegt trotz des äußeren Anscheins ein einheitlich gestaltetes Gesamtrecht nicht vor. Denn die Zwangssicherungshypothek und die Vertragssicherungshypothek sind so verschiedene Rechtsgebilde, daß auch ihre Zusammenfassung zu einer Gesamthypothek unmöglich ist. Für die Vertragssicherungshypothek gelten nämlich, soweit der Erwerb durch den Eigentümer in Frage kommt, die §§ 1163 und 1168 BGB., für die Zwangssicherungshypothek aber außer diesen Vorschriften auch noch der § 868 ZPO. (**RG. 78** 398). Die Voraussetzungen des § 868 ZPO. können aber auch gegeben sein, ohne daß einer der in §§ 1163, 1168 BGB. geregelten Fälle vorliegt. Es kann z. B. die Vollstreckbarkeit des der Zwangshypothek zugrunde liegenden Schuldtitels infolge der nachträglich dem Schuldner nachgelassenen Leistung einer Sicherheit aufgehoben werden. Es besteht daher die Möglichkeit, daß die Zwangshypothek auf den Eigentümer übergeht, während die Vertragshypothek dem Gläubiger verbleibt. Auf diese Weise würde eine Vervielfältigung des Gesamtrechts eintreten können. Eine solche widerspricht aber dem Wesen des Gesamtrechts (**RG. 63** 74, KGJ. **33** A 298, **39** A 249).

2. RJA. **12** 267, KGJ. **44** 250 (KG.). Der § 49 spricht von der nachträglichen Belastung eines Grundstücks mit dem an einem anderen Grundstücke bereits bestehenden Rechte und der § 63 von der Belastung eines Grundstücks mit der auf einem anderen Blatte bereits eingetragenen Hypothek. Beide Vorschriften setzen also voraus, daß das neu einzutragende Recht ebenso geartet ist, wie das bereits eingetragene, und treffen daher dann, wenn auf zwei Grundbuchblättern eine Gesamthypothek eingetragen ist und auf vierzehn weiteren Blättern eine bloße Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung der gleichen Hypothek eingetragen werden soll, jedenfalls nicht unmittelbar zu. Auch eine analoge Anwendung erscheint ausgeschlossen. Die §§ 49, 63 behandeln den Fall des Gesamtrechts. Ein solches kann aber nur aus gleichartigen Rechten bestehen (vgl. § 1132 BGB., **RG. 70** 245, **77** 175, KGJ. **22** A 164). Ein Gesamtrecht, das aus einer Hypothek und einer Vormerkung bestände, ist unmöglich. Daraus folgt, daß auf das Verhältnis einer Hypothek zur Vormerkung die für Gesamtrechte geltenden Vorschriften, also auch die §§ 49, 63 GBO. unanwendbar sind. Es ist daher die Eintragung der Vormerkung weder bei der bereits eingetragenen Hypothek

im Grundbuch erkennbar zu machen, noch auf dem Hypothekenbriefe zu vermerken. Solche Vermerke sind auch aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht erforderlich.

3. **KGJ. 44** 182, **RJA. 12** 254 (KG.). Eine Vervielfältigung eines Gesamtrechts ist unzulässig. Deswegen ist es auch unzulässig, ein Pfandrecht an dem Gesamtrechte nur auf dem einen Grundstück einzutragen (**RG. 63** 74, KGJ. **39** A 248), und das Pfandrecht entsteht, soweit zu seiner Entstehung die Eintragung notwendig ist, wie für das Pfändungspfandrecht an einer Buchhypothek (§ 830 Abs. 1 Satz 3 ZPO.), erst mit der Eintragung auf den Blättern sämtlicher belasteter Grundstücke (**RG.** aaO.; KGJ. aaO.). Hier handelt es sich um ein Pfändungspfandrecht an einer Buchhypothek. Die gepfändete Grundschuld ist zur Zeit der Eintragung des Pfandrechts ein Gesamtrecht gewesen. Trotzdem ist das Pfandrecht nur auf dem einen Grundstücke vermerkt worden. Die Eintragung des Pfandrechts ist also in unzulässiger Weise vorgenommen worden. Es läßt sich nicht verkennen, daß auch bei ordnungsmäßigem Verfahren, namentlich dann, wenn die beiden belasteten Grundstücke in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken liegen, eine Rechtslage entstehen kann, die darin mit dem vorliegenden Rechtszustand übereinstimmt, daß ein Pfandrecht an einer Gesamthypothek eine Zeitlang nur auf dem einen Grundstück eingetragen steht. Denn wenn der Grundbuchrichter des einen Bezirkes das Pfandrecht eingetragen hat, so verstreicht notwendigerweise eine gewisse Zeit, bis die Eintragung auch auf dem Grundstücke des anderen Bezirkes bewirkt werden kann. In einem solchen Falle kann unmöglich die erste Eintragung als unzulässig in dem Sinne angesehen werden, daß sie gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. von Amts wegen zu löschen wäre. Denn alsdann wäre die Eintragung des Pfandrechts in einem solchen Falle überhaupt undurchführbar. Von einer inhaltlichen Unzulässigkeit kann indessen hier keine Rede sein. Denn es handelt sich um ein einheitliches Verfahren, das gerade dazu dient, eine Vervielfältigung des Gesamtrechts zu verhindern. Der einzelne Eintragungsvermerk kommt daher, soweit die Frage der inhaltlichen Zulässigkeit zu beantworten ist, nicht für sich allein, sondern nur in seinem Zusammenwirken mit den anderen Eintragungsvermerken in Betracht, und es ist unstatthaft, diesen Zusammenhang unbeachtet zu lassen und die Einheitlichkeit des Verfahrens durch einen willkürlichen Einschnitt zu zerstören. Mit diesem Falle hat der weitere Fall einige Berührungspunkte, daß der von den Beteiligten gestellte Antrag darauf gerichtet ist, die Veränderung des Gesamtrechts auf den Blättern aller belasteten Grundstücke einzutragen, dieser Antrag aber versehentlich nur hinsichtlich eines Grundstücks erledigt wird. Ob in einem solchen Falle die Eintragung nur als unvollständig anzusehen und daher die spätere Ergänzung durch Eintragung der Veränderung auf den Blättern der anderen Grundstücke zulässig ist — Predari nimmt dies für den entsprechenden Fall an, daß einer Eintragung ein wesentliches Erfordernis wie z. B. die Angabe des Berechtigten, fehlt (§ 54 Anm. 13 GBO.; so auch Du Chesne, RheinZ. **4** 196 ff.) —, bedarf keiner Entscheidung. . . . Für die Fälle aber, in denen weder ein sich auf alle belasteten Grundstücke beziehendes einheitliches Verfahren stattfindet, noch ein alle Grundstücke betreffender Eintragungsantrag vorliegt, ist die eine Vervielfältigung des Gesamtrechts bedeutende Eintragung einer Rechtsveränderung nur auf dem einen Blatte in dem Sinne inhaltlich unzulässig, daß eine Nachholung der fehlenden Eintragungen unstatthaft ist. Dies ergibt sich daraus, daß ein inhaltlich unzulässiger Vermerk ein rechtliches Nichts ist und daher so angesehen werden muß, als wäre er gar nicht in das Grundbuch eingeschrieben. Etwas, was rechtlich nicht vorhanden ist, ist aber einer Ergänzung nicht fähig und kann durch eine Ergänzung nicht rechtliche Wirksamkeit erlangen. Darin zeigt sich gerade der Unterschied zwischen einer unrichtigen und einer inhaltlich unzulässigen Eintragung. Eine unrichtige Eintragung erzeugt ein Recht, wenn auch nur

ein Buchrecht; sie kann daher, insbesondere durch einen sich daran anschließenden gutgläubigen Erwerb zu voller rechtlicher Wirksamkeit gelangen. Eine unzulässige Eintragung erzeugt weder ein wirkliches noch ein Buchrecht. . . . Aus den gleichen Gründen ist auch für solche Fälle wie den vorliegenden die Möglichkeit einer Heilung der inhaltlichen Unzulässigkeit durch spätere Rechtsakte zu verneinen.

4. **a)** OLG. **26** 163 (Dresden). Die Gleichheit der Forderung schließt die mehreren Hypotheken notwendig zu dem einheitlichen Rechte einer Gesamthypothek zusammen. Diese erfordert nicht, daß die Hypothek an allen Grundstücken für die Forderung des Gläubigers im vollen Umfange bestellt sei; vielmehr liegt sie auch dann vor, wenn nur ein Grundstück mit der ganzen Forderung belastet ist, während die Haftung der anderen Grundstücke sich auf Teilbeträge der Forderung beschränkt. Auch in einem Falle dieser Art haften die sämtlichen Grundstücke für die ganze Forderung, d. i. für jeden Teil der Forderung; nur ist die Haftung der bloß mit einem Teile der Forderung belasteten Grundstücke auf den betreffenden Betrag beschränkt. **b)** ElsLothJZ. **38** 43 (Colmar). Aus § 1132 BGB. geht zwar hervor, daß für eine und dieselbe Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken regelmäßig nur in der Weise bestellt werden kann, daß eine Gesamthypothek entsteht (**RG. 70** 248 ff.). Abgesehen aber davon, daß es sich hier um eine mehreren Schuldnern gegenüber bestehende Forderung auf dieselbe Leistung, in Wirklichkeit also um eine Mehrheit von Forderungen handelt, für welche die Hypothek bestellt werden sollte, ist auch unstreitig, daß bei einer Gesamthypothek die Haftung einzelner Grundstücke auf einen Teil der Forderung beschränkt und ebenso die Haftung für Nebenleistungen in verschiedener Weise bei den einzelnen belasteten Grundstücken geregelt sein kann. Unzulässig ist nur, daß für dieselbe Forderung Hypotheken von rechtlich verschiedener Natur an mehreren Grundstücken bestellt werden.

5. **a)** OLG. **27** 204 (KG.). Bei einem Beschlusse vom 28. Juli 1911 (RJA. **11** 246) hat der Ferienzivilsen. des KG. allerdings ausgesprochen, daß mit Rücksicht auf den Grundsatz der Einheitlichkeit der Gesamthypothek die Hypothek auf sämtlichen mitverhafteten Grundstücken gelöscht werden müsse, auch wenn die Löschung nur für ein Grundstück bewilligt und beantragt sei. Allein aus §§ 1132, 1175 Satz 2 ergibt sich, daß der Gläubiger einer Gesamthypothek auf die Hypothek an einem der Grundstücke verzichten kann, ohne daß dadurch der Fortbestand der Hypothek, sei es als Einzelhypothek, wenn nur zwei Grundstücke belastet waren, sei es als Gesamthypothek, wenn noch mehrere Grundstücke in Frage kommen, an den übrigen verhafteten Grundstücken berührt wird. Wird deshalb die Löschung der Gesamthypothek nur für eins der gesamt belasteten Grundstücke bewilligt und beantragt, so darf die Hypothek auch nur auf diesem Grundstücke gelöscht werden. Das Erlöschen der Mitbelastung ist im Grundbuche des mitverhafteten Grundstücks nach § 49 Abs. 2 GBO. von Amts wegen zu vermerken. **b)** Strecker, R. **13** 236. Durch die Aufhebung einer Gesamthypothek auf einem der belasteten Grundstücke wird die Einheitlichkeit des Rechtes aus der Gesamthypothek nicht beeinträchtigt, zumal wenn, wie in dem von dem KG. (RJA. **11** 246) entschiedenen Falle, die Hypothek infolge dieser Aufhebung nur noch an einem Grundstück, also als Einzelhypothek fortbesteht. Und zu welchen bedenklichen Folgen für den Rechtsverkehr die Löschung der Gesamthypothek auf dem einen Grundstücke führen könnte, ist unerfindlich, das Rechtsverhältnis wird im Gegenteile durch diese vereinfacht, wenn auch nicht so durchgreifend wie durch die von dem KG. begünstigte Löschung auf allen Grundstücken. Die Ansicht des KG. ist auch mit den Vorschriften des § 1132 unvereinbar, wie der Gesamthypothekengläubiger nach § 1132 Abs. 1 seine Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke nicht nur teilweise, sondern auch ganz suchen und die anderen belasteten Grundstücke nicht in Anspruch nehmen kann und nach

Abs. 2 daselbst schon vor der Zwangsvollstreckung den Betrag seiner Hypothekenforderung auf die einzelnen Grundstücke verteilen darf, kann er auch schon vor der Zwangsvollstreckung erklären, daß er von seinem Rechte nur hinsichtlich des einen Grundstücks Gebrauch machen und die anderen aus der Mithaft entlassen und demnach sein Recht an diesen aufgeben will. Sie steht ferner im Widerspruche mit der Bestimmung des § 1175 Abs. 1 Satz 2, die einen Verzicht eines Gesamthypothekengläubigers auf die Hypothek an einem der Grundstücke mit der Folge, daß sie an diesem erlischt, ausdrücklich zuläßt. S. dazu R. **13** 510.

6. *Stillschweig, JW. **14** 7 ff. Die Hypothek, die auf einem im Miteigentum nach Bruchteilen stehenden Grundstücke lastet, die sog. Totalhypothek, ist eine Gesamthypothek. Dieser Satz folgt aus der Rechtsnatur des Miteigentums. Es macht keinen Unterschied, ob das Grundstück vor oder nach der Hypothekenbelastung in Miteigentumsanteile zerfällt, und ob die Anteilseigentümer durch gemeinschaftliche Verfügung das ganze gemeinschaftliche Grundstück belasten oder ob die einzelnen Miteigentümer ihre Anteile für dieselbe Hypothek gesondert verpfänden. Diese aus dem Prinzip sich ergebenden Grundsätze werden an der Hand der über die Gesamthypothek gegebenen Vorschriften des BGB. und des ZVG. geprüft und überall als zutreffend befunden; besonders wird nachgewiesen, daß sie mit dem Mechanismus des ZVG. im Einklang stehen. Es wird ferner dargelegt, daß die Versteigerung eines im Miteigentum nach Bruchteilen stehenden Grundstücks nach den über die Versteigerung mehrerer Grundstücke in einem Verfahren gegebenen Vorschriften zu erfolgen hat. Nach denselben Grundsätzen ist, wenigstens bei der Erlösverteilung, zu verfahren, wenn das Grundstück zwar zur Zeit der Beschlagnahme im Alleineigentum steht, von früher her aber in den zum Alleineigentum später verschmolzenen Anteilen verschieden belastet ist.

7. Hagemann, ZBlFG. **14** 214. Zum Antrage des Gläubigers auf Verteilung einer Gesamthypothek.

§ 1134. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 618 ff. Unter den „erforderlichen Vorkehrungen" ist auch die Versicherungsnahme zu verstehen, soweit diese einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entspricht. Die Tatsache, ob bisher, d. h. vor Eintritt der Verpfändung versichert war oder nicht, bleibt belanglos.

§ 1135. 1. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 620. Soweit die Hypothek sich auf Zubehör erstreckt, ist auch dieses in verkehrsüblicher Weise zu versichern.

2. OLG. **26** 150 (Naumburg). Schaden des ausgefallenen Hypothekars infolge Entfernung von Zubehör.

§ 1138. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2088, WarnE. **13** 120. Die Vermutung der §§ 1138, 891 BGB. kommt nur in Betracht, wenn die dingliche Klage erhoben und um diese zu begründen oder zu beseitigen, der Bestand der Forderung in Abrede gestellt, nicht aber, wenn ein rein persönlicher Anspruch erhoben wird.

2. **RG.** R. **13** Nr. 3143. Gegenüber Tilgungsabmachungen außerhalb des Hypothekenbriefs ist der gutgläubige Erwerber der Forderung hinsichtlich der persönlichen Haftung des Schuldners nicht geschützt.

3. *Sternberg, JheringsJ. **62** 385. 1. Aus der Unanwendbarkeit des § 1138 auf die Sicherungshypothek ergibt sich folgendes: 1. Die aus der Eintragung sich ergebende Vermutung beschränkt sich bei der Sicherungshypothek auf das dingliche Recht, erstreckt sich aber nicht auf die Forderung und somit auch nicht auf das (vom Gläubigerrecht in Ansehung der Forderung abhängige) Gläubigerrecht in Ansehung der Hypothek, das vielmehr immer bewiesen werden muß, gleichgültig, ob der ursprüngliche Gläubiger oder ein späterer Erwerber der Sicherungshypothek klagt. 2. Der Erwerber einer Sicherungshypothek, gleichgültig, ob der Erwerb durch Rechtsgeschäft oder kraft Gesetzes erfolgt, wird durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nur

gegen solche Einwendungen geschützt, die sich gegen das Bestehen des dinglichen Rechtes richten, nicht aber gegen Einwendungen aus dem Rechtsverhältnisse des Gläubigers zum persönlichen Schuldner. Demnach wird, da das Gläubigerrecht in Ansehung der Hypothek vom Gläubigerrecht in Ansehung der Forderung abhängig ist, weder dem Zessionar, der die Sicherungshypothek in gutem Glauben erwirbt, das Gläubigerrecht des eingetragenen Zedenten, noch einem Dritten, der in gutem Glauben an einen eingetragenen Nichtberechtigten auf Grund der Sicherungshypothek eine Leistung bewirkt oder ein anderes Rechtsgeschäft mit ihm vornimmt, das Gläubigerrecht des eingetragenen Nichtberechtigten gewährleistet. II. Da nach § 1138 die §§ 891—899 nicht schlechthin für die Forderung gelten, sondern nur insoweit, als die Forderung für die Hypothek von Bedeutung ist, kann sich der persönliche Schuldner niemals auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen. Daraus folgt insbesondere, daß der persönliche Schuldner, wenn er in gutem Glauben an einen eingetragenen Nichtberechtigten zahlt, nicht von seiner Verpflichtung befreit wird und somit auch, wenn er einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer oder einen Rechtsvorgänger des Eigentümers hat, die Hypothek nicht erwirbt.

§ 1141. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 928, WarnE. **13** 281. Wie das RG. schon wiederholt ausgesprochen hat, ist, soweit nicht ausdrücklich etwas anders bestimmt ist, ähnlich wie bei Verwirkung von Vertragsstrafen *Verschulden* des Zahlungspflichtigen nötig, wenn aus der Nichteinhaltung von Nachsichtsfristen für die Zinszahlung die sofortige Fälligkeit oder doch Kündbarkeit des Kapitals gefolgert werden soll (vgl. **RG.** JW. **08** 234, 235. Ein solches Verschulden kann aber, wie das RG. selbst festzustellen befugt ist, dann nicht angenommen werden, wenn die Frage der Berechnung der Nachsichtsfrist rechtlich zweifelhaft ist.

2. SchlHolstAnz. **13** 311 (Kiel). Die Befugnis des Gläubigers, im Falle nicht pünktlicher Zinszahlung das Kapital nach halbjährlicher Kündigung zurückzuverlangen, *geht nicht wieder verloren dadurch*, daß der Gläubiger von diesem Rechte *längere Zeit hindurch keinen Gebrauch macht*. Das Kündigungsrecht des Gläubigers entsteht im Falle eines Gesamtschuldverhältnisses gegen alle Schuldner auch dann, wenn die einzelnen Gesamtschuldner die Zinsen unter sich verteilt haben und nur einer mit der Zahlung seiner Zinsquote in Verzug kommt.

§ 1143. 1. **RG. 80** 317. Nach §§ 1143 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB. geht allerdings, soweit der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt, die Forderung mit der Hypothek auf ihn über. S. und G. wären jedoch *auf Grund der Schuldübernahme* in dem Kaufvertrage gemäß § 415 Abs. 3 BGB. *verpflichtet* gewesen, die Frau F., welche persönliche Schuldnerin geblieben wäre, von der *Verbindlichkeit zur Bezahlung der hinfällig gewordenen Teilbeträge der Hypothekenforderung zu befreien*. Liegt aber dem Eigentümer eine solche Verpflichtung gegenüber dem persönlichen Schuldner ob, so ist *anzunehmen, daß er zur Erfüllung dieser Verpflichtung und, um die Schuld zu tilgen, also für den persönlichen Schuldner die Zahlung leistet*, es sei denn, daß besondere Umstände vorlägen, aus denen zu entnehmen wäre, daß er trotz der ihm gegenüber dem persönlichen Schuldner obliegenden Verpflichtung nur für sich als Eigentümer hat zahlen wollen. Solche besondere Umstände sind im gegebenen Falle nicht ersichtlich. Daher wäre anzunehmen, daß S. und G. für die persönliche Schuldnerin, Frau F., gezahlt hätten. Dann würde § 1143 BGB. *nicht* Anwendung finden, vielmehr wäre gemäß § 362 BGB. die Forderung durch die Zahlung erloschen und daher die Hypothek in Höhe des bezahlten Teiles nach §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 BGB. als Grundschuld auf S. und G. übergegangen.

2. *Stillschweig, JW. 14 7. Die Vorschrift gilt auch für den Fall der Gesamtbelastung eines im Miteigentume nach Bruchteilen stehenden Grundstücks.

§ 1144. OLG. 26 136 (Kiel). Nach §§ 1144, 1145 darf der Gläubiger den Brief so lange zurückbehalten, bis er gänzlich befriedigt ist. Kraft der Hypothek haftet das Grundstück gemäß § 1118 für die Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung. Diese umfaßt alle erforderlichen Maßnahmen, um die Befriedigung aus dem Grundstücke zu erzielen, also auch die Maßregeln nach § 1134.

§ 1147. SächsOLG. 34 217 (Dresden). Der Anspruch des Hypothekengläubigers auf Auszahlung des im Zwangsversteigerungsverfahren auf die Hypothek fallenden Teiles der Entstehungsgelder ist kein neuer Anspruch, sondern kennzeichnet sich als die Verwirklichung der dem Hypothekenrechte von vornherein als wesentlicher Bestandteil innewohnenden Befugnis zur Befriedigung aus dem Grundstücke (**RG. 55** 223, **63** 216, **70** 280, **71** 183, **75** 316). Demzufolge dauern die Rechte und Rechtsbeziehungen, die an der hypothekarischen Forderung und für sie entstanden sind, ohne weiteres für den Anspruch auf Auszahlung des Erlöses fort. Das gilt insbesondere auch von einem in Ansehung der Hypothek bestehenden Veräußerungsverbote. Das Verbot wirkt, nachdem die Hypothek durch den Zuschlag erloschen ist, für den mit dem Anspruch aus der Hypothek wesensgleichen Anspruch auf Auszahlung des Erlöses weiter und verhindert, daß ein Dritter ein Recht an diesem Anspruche durch Pfändung, Abtretung oder Verpfändung mit Wirksamkeit gegen den Gläubiger erlangt, zu dessen Gunsten das Verbot vom Gericht erlassen ist.

§ 1149. *Raape, Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung. Unter das zweite Verbot des § 1149 fällt auch die Verpflichtung des Schuldners, dem Gläubiger demnächst, bei Eintritt der Fälligkeit, Vollmacht zur freihändigen Veräußerung des Pfandgrundstücks zu erteilen (unrichtig Hariel 26 Note 1). S. auch unten Ziff. 1 zu § 1229.

§ 1150. 1. **RG.** R. **13** Nr. 3255, 3256, 3257, JW. **13** 1147. Das Verbot der Geltendmachung zum Nachteile des bisherigen Gläubigers (§ 268 BGB.) bezieht sich nur auf die Teilablösung, nicht auf andere Hypotheken des gleichen Gläubigers auf dem nämlichen Grundstücke.... Nicht unter § 268 Abs. 3 BGB. fällt der dem abgelösten Hypothekengläubiger an einer nachfolgenden Hypothek dadurch entstehende Schaden, daß bei der Ablösung nicht (wie bei der Zahlung durch den Schuldner) für Zins und Kosten die Hypothek erlischt.... Die Ablösung einer von mehreren formell selbständigen Hypotheken wird nicht dadurch zu einer Teilablösung, daß die Forderungen wirtschaftlich eine Einheit bilden.

2. **RG. 82** 133. Das **RG. 76** 197 hat angenommen, daß die Vorschrift des § 268 Abs. 3 BGB. ebenso wie die in dem Reichsgerichtsurteile behandelte des § 774 Satz 2 BGB., wenn sie den Gläubiger gegen Benachteiligung durch den dort vorgeschriebenen Forderungsübergang schützen wolle, damit nur solche Nachteile im Auge habe, die einem etwaigen Restbetrage der bezahlten Forderung, nicht aber Nachteile, die anderen Forderungen desselben Gläubigers entstehen.... Dieser Satz gibt in seiner allgemeinen Fassung zu Bedenken Anlaß.... Es fehlt an einem Anhalte dafür, daß der Gesetzgeber die gemeinrechtliche Ausdehnung des Grundsatzes nemo subrogat contra se habe anerkennen wollen.... Dementsprechend wird in den Kommentaren von Planck § 1143 Anm. 3 d, § 1150 Anm. 4 und von v. Staudinger § 1143 Anm. 4, § 1150 Anm. 3 a (vgl. auch Oertmann § 268 Anm. 7; Biermann § 1143 Anm. 1; Oberneck, GBO. II 240, 241; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I § 1150 Anm. 6, 10) für das Hypo-

thekenrecht die Auffassung vertreten, daß nicht andere Hypotheken desselben Gläubigers, sondern nur dessen etwaige Resthypothek in Frage kommt. Wollte man aber auch im Hypothekenrechte bei Anwendung der §§ 1150, 268 BGB. der weiteren Auffassung des Satzes nemo subrogat contra se Geltung verschaffen, so würde doch der Einwand, daß es sich dabei nur um ein rein persönliches Recht des Gläubigers handeln könnte, Beachtung verdienen. Der dingliche Rechtsübergang wird durch die erwähnten Vorschriften nicht berührt, nur an der Geltendmachung des dinglichen Rechtes und nur dem Gläubiger (zur Zeit der Zahlung) gegenüber wäre der Zahlende verhindert. Überträgt der Gläubiger die nachstehende Hypothek auf eine andere Person, so kann er nicht mehr benachteiligt werden. Ebensowenig aber kann dies der Erwerber der nachstehenden Hypothek, weil ein dingliches, dieser Hypothek anklebendes Recht nicht in Frage kommt.

3. OLG. **26** 191 (KG.). Zwar geht durch Ausübung des in §§ 268, 1150 gegebenen Rechtes die Forderung des Gläubigers mit allen Nebenrechten auf den Zahlenden über, und es müßte demnach regelmäßig auch eine für die Forderung bestehende Gesamthypothek mit übergehen (Staudinger § 1150 Anm. 3 d). Dies kann aber nicht gelten, insoweit die Gesamthypothek auf einem dem betreibenden Gläubiger selbst gehörigen Grundstücke lastet; dem steht der § 268 Abs. 3 Satz 2 entgegen, wonach der Übergang der Forderung nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden kann.

§ 1152. KGJ. **44** 280 (KG.). Ist bei Teilung der Forderung ein Teilhypothekenbrief nicht gebildet, so behält der über die Stammhypothek gebildete Hypothekenbrief auch für die abgetretenen Teile Geltung.

§ 1154. 1. **RG.** WarnE. **13** 482, GruchotsBeitr. **57** 942. Unter „Vertrag" im § 306 und im 2. Abschnitte des 2. Buches überhaupt — anders wie im 3. Titel des 3. Abschnitts des 1. Buches — ist nur ein auf Begründung eines Schuldverhältnisses oder Veränderung seines Inhalts gerichteter Vertrag verstanden, und „Schuldverhältnis" ist nach dem § 241 BGB. ein Verhältnis, kraft dessen der eine Teil (Gläubiger) berechtigt ist, von dem anderen (Schuldner) eine Leistung zu verlangen. Durch einen „dinglichen Übertragungsvertrag", durch eine Abtretung insbesondere aber kann ein solches Verhältnis weder begründet, noch in seinem Inhalte geändert werden. Die Abtretung überträgt nach den §§ 398, 413 eine Forderung, also ein Schuldverhältnis, oder ein anderes Recht von dem bisher Berechtigten auf einen anderen, und die Abtretung einer Forderung ist nach dem § 399 sogar ausgeschlossen, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger den Inhalt des Schuldverhältnisses verändert. Es läßt sich füglich auch nicht sagen, daß ein „dinglicher Übertragungsvertrag", daß namentlich die Abtretung „auf eine Leistung gerichtet" sei; er stellt vielmehr selbst die Leistung dar, auf die der ihm zugrunde liegende schuldrechtliche Vertrag gerichtet ist. Das, worauf er abzielt, ist dagegen keine Leistung, sondern der Übergang des betreffenden Rechtes von dem Übertragenden auf den anderen, also ein Rechtserfolg. Dieser Rechtserfolg setzt selbstverständlich das Bestehen des Rechtes, das übertragen werden soll, voraus; soweit das Recht nicht besteht, ist der Übertragungsvertrag gegenstands- und deshalb wirkungslos. Eine solche Wirkungslosigkeit liegt aber nicht vor, wenn die Forderung, für die die abgetretene Hypothek bestellt war, zur Zeit der Abtretung nicht bestand. Aus diesem Nichtbestehen der Forderung folgt nicht auch das Nichtbestehen der Hypothek; diese bestand nach den §§ 1163, 1177 BGB. vielmehr als Eigentümergrundschuld und war dem Kläger bei der Abtretung das Nichtbestehen der Forderung nicht bekannt, so erwarb er gemäß den §§ 892, 1138 BGB. jedenfalls das dingliche Hypothekenrecht. Der Umstand, daß die Hypothek später bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks ausgefallen und erloschen ist, berührt die Wirksamkeit der Abtretung nicht.

2. KGJ. **44** 174 (KG.). Wirksam erteilt ist die Erklärung der Abtretung einer Hypothek im Falle des Todes des Abtretenden nur dann, wenn sie bei dessen Lebzeiten dem neuen Gläubiger zugegangen ist. Dieser muß daher den Zeitpunkt der Übergabe der Abtretungserklärung nachweisen. Dagegen braucht er den Zeitpunkt der Übergabe des Hypothekenbriefs nicht nachzuweisen.

3. **RG.** BayRpflZ. **13** 275, GruchotsBeitr. **57** 922. Wenn das Grundgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, so würde sich daraus und aus der nach dem § 138 Abs. 1 begründeten Nichtigkeit dieses Geschäfts doch nicht die Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit des abstrakten Abtretungsgeschäfts ergeben.

4. Oberneck, DNotV. **13** 671. Verf. behandelt die Frage: Wie sichert sich der Dritte, der dem Eigentümer die Mittel zur Befriedigung des kündigenden Hypothekars gewährt? Er schlägt im Anschluß an sein Grundbuchrecht vor, bei Bestellung einer Hypothek folgende Klausel miteinzutragen: „Bei Fälligkeit der Forderung ist auf Verlangen des Eigentümers der Gläubiger verpflichtet, die Hypothekenforderung ohne Gewährleistung und auf Kosten des Eigentümers an einen von ihm zu benennenden unbeteiligten Dritten gegen Empfang des von diesem im eigenen Namen zu leistenden Betrags, für welchen das Grundstück haftet, abzutreten." S. dazu DNotV. **13** 693.

5. OLG. **26** 153 (KG.). § 1154 gilt auch für die persönliche Forderung.

§ 1155. R. **13** Nr. 1606 (Hamburg). Hat ein Notar in einem Hypothekenbriefe die Abtretungserklärungen fälschlich angefertigt und beglaubigt, so wird der gutgläubige Erwerber nach § 892 BGB. geschützt. Die beiden gefälschten Abtretungserklärungen sind von dem Notar in amtlicher Eigenschaft beglaubigt und formell in Ordnung, sie sind mit der echten Unterschrift des Notars und mit echtem Notariatssiegel versehen. Das genügt, ihnen den öffentlichen Glauben im Sinne des § 892 BGB. zu gewähren. Anders würde es liegen, wenn der Notar die Abtretungserklärungen in blanco beglaubigt hätte. Eine solche Abtretung schützt den Erwerber nicht nach § 1155.

§ 1157. 1. **RG. 81** 82, JW. **13** 331. Es ist nicht zuzugeben, daß § 1157 nur von einem Eigentümer spricht, der nicht der persönliche Schuldner ist. Richtig ist vielmehr nur, daß § 1157 ebenso wie § 1137 Einreden gewährt gegen die dingliche Klage.

2. OLG. **26** 153 (Hamburg). Einreden und Aufrechnung gegenüber der Hypothekklage.

§ 1158. BreslauAK. **13** 48 (Breslau). Für den Fall des § 1158 BGB. wird die Anwendung des § 405 BGB. nicht dadurch ausgeschlossen, daß er im § 1158 BGB. nicht ausdrücklich erwähnt ist; denn § 405 BGB. enthält lediglich eine Beschränkung der Einwendungen, denen gegenüber sich der neue Gläubiger nach § 1158 BGB. nicht auf die Vorschriften des § 892 BGB. berufen kann.

§ 1159. 1. SächsOLG. **34** 294 (Dresden). Wenn sich nach § 1159 BGB. in Ansehung der Rückstände von Hypothekenzinsen die Übertragung der Forderung sowie das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger nach den für die Übertragung von Forderungen im allgemeinen geltenden Vorschriften bestimmt, so folgt daraus nur, daß zur Verhütung der Belastung des Grundbuchs mit unnötigen Eintragungen die Verlautbarung einer Abtretung abzulehnen ist, deren Gegenstand lediglich rückständige Zinsen bilden (vgl. Güthe, GBO. [2] 588 § 26 Anm. 12). Dieser Gesichtspunkt scheidet aus, wenn die Abtretung der Zinsen in Verbindung mit der Abtretung der Forderung erfolgt und mithin sowieso eine Eintragung in das Grundbuch zu bewirken ist. Werden in einem solchen Falle sämtliche Zinsen, rückständige und

laufende, mitabgetreten, so steht zum mindesten nichts entgegen, dies dahin zusammenzufassen, daß die Abtretung der Forderung „nebst Zinsen" eingetragen wird.

2. *Gundlach, JW. **13** 178. Mit der Abtretung der Hypothekenzinsrückstände geht auch das hypothekarische Pfandrecht über. Ist bei der Abtretung ein Rangvorbehalt zugunsten des Kapitals und der späteren Zinsen erklärt, so wirkt auch dieser Rangvorbehalt, ohne daß er der Eintragung, die gar nicht zulässig wäre, bedarf. Betreibt der Zessionar die Zwangsversteigerung, so kommt das Kapital selbst in das geringste Gebot, genau wie beim Übergange gemäß § 268 BGB. — Der § 12 ZVG. steht dem nicht entgegen.

§ 1163. I. Nichtentstehung der Eigentümerhypothek. 1. SächsOLG. **34** 60, OLG. **26** 158 (Dresden). Nach § 14 Abs. 1 KO. finden während der Dauer des Konkursverfahrens Arrest- und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt. Wie allgemein anerkannt wird, ist eine dem zuwider erfolgte Arrestvollziehung oder Zwangsvollstreckung nichtig. Ging sonach der für die Beschwerdeführerin eingetragenen Arresthypothek jede Wirksamkeit ab, so konnte die Hypothek auch nicht zur Eigentümergrundschuld für den Grundstückseigentümer werden. Denn das Entstehen der Eigentümergrundschuld hat eine gültige Hypothek zur Voraussetzung (**RG. 70** 337, **78** 64). Ob die Unwirksamkeit der Hypothek auf dem Fehlen der Einigung oder einem Eintragungsmangel, oder ob sie auf dem Mangel einer Voraussetzung für die Arrestvollziehung oder die Zwangsvollstreckung beruht, ist dabei ohne Bedeutung. Die zuwider der Vorschrift des § 14 Abs. 1 KO. eingetragene Arresthypothek kann daher nicht zur Eigentümergrundschuld werden (vgl. Güthe, Vorbem. 75 vor § 13 GBO. 228 aE.). Die Vertreter der gegenteiligen Meinung (Jäger, Anm. 22 zu § 14 KO.; Predari, GBO. 356) berufen sich auf die Vorschrift des § 868 ZPO., wonach in den dort bezeichneten Fällen der Eigentümer die gemäß § 866 Abs. 1 ZPO. eingetragene Zwangshypothek erwirbt. Diese Fälle sind indessen sämtlich solche, in denen es nicht an einer Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung und damit für die Eintragung der Hypothek gefehlt hat, sondern die wirksame Hypothekeneintragung durch einen nachfolgenden prozessualen Vorgang in der Weise beeinflußt wird, daß eine sonstige Maßregel der Zwangsvollstreckung nach § 776 Satz 1 ZPO. aufzuheben wäre. An die Stelle des Erlöschens der Hypothek tritt hier entsprechend der für den Fall des Erlöschens der Forderung getroffenen Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer des Grundstücks. Dem lassen sich die Fälle nicht gleichstellen, in denen wegen des Mangels einer Voraussetzung für die Eintragung eine wirksame Hypothek, die zur Eigentümergrundschuld werden könnte, überhaupt nicht zur Entstehung gelangt ist (vgl. RJA. **11** 242 ff.). Eine solche Hypothek macht das Grundbuch unrichtig; durch ihre Löschung wird das Grundbuch richtig, nicht unrichtig.

2. **RG.** WarnE. **13** 462, GruchotsBeitr. **57** 1087. Der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer gemäß dem § 868, wie gemäß dem ihm entsprechenden § 1163 BGB. setzt vor allem auch voraus, daß die Hypothek an sich zu Recht besteht, während es sich hier um eine nichtige Hypothek handelt, die deshalb auch niemals vom Eigentümer erworben werden kann.

3. **RG.** R. **13** Nr. 3141. Ist zur Sicherung einer Geldforderung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine Sicherungshypothek eingetragen, so ist weder eine Gläubigerhypothek noch eine Eigentümerhypothek entstanden. Zur Eintragung einer Sicherungshypothek hätte es vielmehr eines Arrestbefehls bedurft. Ohne diesen fehlt es an einem vollstreckbaren Titel, der die sonst zur Entstehung einer Hypothek erforderliche Einigungserklärung zu ersetzen vermochte (**RG. 61** 428, **78** 408). S. JDR. **11** zu § 1163 Ziff. III 2 a.

4. KGJ. **43** 243 (KG.). Eine Sicherungshypothek, die unter Verletzung der §§ 750, 798 ZPO. eingetragen wird, ist nichtig.... Auch aus § 868 ZPO. ist ein anderes Ergebnis nicht herzuleiten. Denn wenn nach dieser Vorschrift auch in einer Reihe von Fällen der Eigentümer eine Zwangshypothek erwirbt, so gilt dies doch nicht für den Fall, daß die Eintragung einer solchen Hypothek ohne das Vorliegen der zwingenden Erfordernisse der Zwangsvollstreckung erfolgt ist (RJA. **11** 243).

II. Die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek. 1. Der Fall der Nichtentstehung oder des Erlöschens der Forderung. a) Kretzschmar, ZBlFG. **13** 713 (722). Ohne jeden Zweifel gebührt die Zwangs- oder Arresthypothek, wie auch das RG. annimmt, dem Schuldner und nicht dem neuen Eigentümer, wenn die Forderung, für die die Hypothek eingetragen ist, nicht zur Entstehung gelangt. Ebenso verhält es sich, wenn die Forderung zwar entstanden, aber noch vor dem Übergange des Grundstücks auf den neuen Eigentümer erloschen ist. Grundsätzlich gilt es aber auch, wenn die Forderung zu diesem Zeitpunkte noch bestanden hat. Eine Ausnahme hiervon wäre für die Fälle, wo der Erwerber des Grundstücks die persönliche Schuld übernommen hat, dann zu machen, wenn anzunehmen ist, daß die Schuldübernahme durch die Umwandlung der Hypothek zur Grundschuld unberührt bleibt. Die etwaige Ausnahme entfällt und die Hypothek gebührt trotz der Übernahme der persönlichen Schuld durch den Erwerber nicht diesem, sondern dem Schuldner, in den Fällen, wo der Übergang der Hypothek darauf beruht, daß der Schuldner die zur Anwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheit geleistet oder den im Arrestbefehle festgestellten Geldbetrag hinterlegt hat, oder wenn die Zwangsvollstreckung aus dem der Eintragung der Hypothek zugrunde liegenden Schuldtitel auf die Vollstreckungsgegenklage des Schuldners für unzulässig erklärt ist. b) KGJ. **44** 292 (KG.). Auch nach dem Rechte des BGB. erlischt eine Forderung grundsätzlich durch ihre Vereinigung mit der Schuld in einer Person. Das Erlöschen tritt jedoch dann nicht ein, wenn es einem an der Forderung bestehenden dinglichen Rechte nachteilig wäre; zugunsten dieses Rechtes wird die Forderung als fortbestehend behandelt. c) BayObLG. **13** 455 (BayObLG.). Die §§ 1163, 1177 BGB. finden auf die im Zeitpunkte der Anlegung des Grundbuchs eingetragenen, nicht zur Entstehung gelangten oder erloschenen, wenn au nicht gelöschten Hypotheken keine Anwendung.

2. Der Fall der §§ 868, 932 ZPO. S. oben Ziff. I 1—4.

III. Der Erwerber der Eigentümerhypothek. 1. **RG. 80** 317. Die Hypothek fällt dem wahren Eigentümer zu, wenn die Auflassung des Grundstücks demnächst auf Anfechtung des Veräußerers durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt wird.

2. HessRspr. **14** 230 (LG. Gießen). Der einzelne Miteigentümer kann über seinen Anteil an der Eigentümerhypothek selbständig verfügen, so daß dieser Anteil auch der Zwangsvollstreckung zugunsten seiner Gläubiger unterliegt.

IV. Die Pfändung der Eigentümerhypothek. 1. OLG. **26** 199 (Darmstadt). Erhellt die Eigentümergrundschuld auch noch nicht aus dem Grundbuche, so bestand doch ein materiell-rechtlicher Anspruch, der nur von dem Eintritt einer aufschiebenden oder dem Nichteintritt einer auflösenden Bedingung abhängig war — Nichtentstehung einer Forderung des Kreditgebers —, so daß mit dem Eintritt oder Ausfall der Bedingung grundbuchmäßige Wahrung im Wege der Berichtigung für das nichteingetragene Recht nach § 894 begehrt werden konnte (RGRKomm. § 1190 Anm. 1). Dieser Anspruch unterlag nach der herrschenden Ansicht der Pfändung und Überweisung, so daß insoweit ein Hindernis für eine hierauf gegründete entsprechende Eintragung in der Sach- und Rechtslage nicht zu erkennen ist.

2. FrankfRundsch. **47** 125 (KG.). Nach der ständigen Rechtsprechung des KG. bedarf es zur Eintragung der Pfändung einer Eigentümergrundschuld eines in der Form dem § 29 GBO. entsprechenden Nachweises, daß der Eigentümer die Hypothek als Grundschuld erworben hat (KGJ. **22** A 171, **24** A 186, **28** A 133, **29** A 186, **41** A 244), und dieser Nachweis wird durch eine Quittung, die sich nicht auch über die Person des Zahlers verhält, nicht geführt (KGJ. **26** A 149).

3. von Ziegler, MittfAmtsgerAnw. **13** 51. Die Pfändung der Eigentümergrundschuld insbesondere im Zwangsversteigerungsverfahren; die Pfändung des nichtvalutierten Teiles einer Grundschuld.

V. Die künftige Eigentümerhypothek. 1. BayObLG. **14** 320 (BayObLG.). Verfügungen über eine noch nicht zur Entstehung gelangte Eigentümerhypothek sind grundbuchrechtlich nicht zulässig. Auch zur Sicherung einer die künftige Eigentümerhypothek betreffenden Verpflichtung kann, von der Ausnahme des § 1179 BGB. abgesehen, keine Eintragung im Grundbuch erfolgen.

2. SchlHolstAnz. **13** 326 (LG. Kiel). Die Eintragung der Abtretung einer möglicherweise künftig entstehenden Eigentümergrundschuld ist unzulässig.

§ 1164. **RG. 81** 71, JW. **13** 268. Daß in den Fällen der §§ 1164, 1174 BGB. auf den den Gläubiger befriedigenden persönlichen Schuldner die Hypothek in Höhe seines Ersatzanspruchs gegen den Eigentümer weder als Hypothek für die ursprüngliche Forderung noch als Grundschuld übergeht, sondern als Hypothek für die Ersatzforderung, ergibt sich von selbst daraus, daß die ursprüngliche Forderung zufolge Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner gemäß § 362 BGB. erlischt, die Vorschrift des § 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB. mangels Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person nicht Platz greift und die auf den persönlichen Schuldner übergehende Hypothek zur notwendigen Voraussetzung eine Forderung hat, welche nur die Ersatzforderung gegen den Eigentümer sein kann.

§ 1166. OLG. **26** 158 (Dresden). Die Mitteilung, der Eigentümer habe die Hypothekenzinsen nicht bezahlt, der Kläger habe deshalb geklagt und beabsichtige, die Zwangsversteigerung zu betreiben, genügte nach § 1166 nicht. Der Schuldner ist von der Tatsache zu benachrichtigen, daß die Zwangsversteigerung eingeleitet ist. Dafür spricht schon der Wortlaut, vor allem aber der Zweck der Vorschrift.

§ 1168. 1. Walsmann, ABürgR. **39** 14 (52). Ein Verzicht auf die Eigentümerhypothek ist erst möglich, wenn die Hypothek bereits tatsächlich Eigentümerhypothek ist. Vorher kann der Eigentümer einen wirklichen Verzicht nicht rechtsgültig vornehmen. Und ist die Sachlage so, daß die Aufhebung der Eigentümerhypothek zulässig geworden ist, so bedarf es dazu einer grundbuchmäßigen Verlautbarung. Vorher kann sich der Eigentümer nur obligatorisch verpflichten, die Hypothek löschen zu lassen. Das BGB. geht über diesen Standpunkt hinaus. Es füllt die hier gegebene Lücke aus: Verpflichtet sich der Eigentümer einem anderen gegenüber, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Durch diese Vorschrift wird im praktischen Resultate nahezu dieselbe Wirkung erzielt, wie wenn bereits vorher eine Antizipation des Verzichts mit Teilwirkung zugelassen würde. Jene Verpflichtung wird mit dinglicher Kraft ausgestattet. Aber diese Kraft ist nur zu erreichen durch Eintragung. Das allgemeine Prinzip, daß eine Änderung im Bestande der Liegenschaftsrechte nicht ohne Verlautbarung durch Eintragung ins Grundbuch erfolgt, ist mithin auch hier streng gewahrt. . . . (74): Ein Verzicht auf die

Eigentümerhypothek ist nur in der Form der Aufhebung und erst dann zulässig, wenn die Hypothek bereits wirklich Eigentümerhypothek geworden ist. Sobald diesen Voraussetzungen genügt ist, liegt die dingliche Rechtsänderung vor. Eine Eigentümerhypothek, die zur Konkursmasse gezogen werden könnte, existiert dann nicht mehr. Jeder Verzicht in einem früheren Zeitpunkt und jeder Verzicht, der nicht den grundbuchrechtlichen Formen genügt, hat die Wirkung einer Rechtsänderung im Bestande der dinglichen Rechte nicht und ist nicht fähig, die Zugehörigkeit zum Vermögen des Schuldners und damit zur Konkursmasse aufzuheben. Soll das Geschäft nicht schlechthin für nichtig erklärt werden, so kann es lediglich als Verpflichtung zur Löschung aufrecht erhalten werden, wobei jedoch Voraussetzung ist, daß ein Verpflichtungsvertrag nicht mit den zugrunde liegenden Tatsachen in Widerspruch steht. Diese Verpflichtung kann durch Eintragung einer Vormerkung mit dinglicher Kraft ausgestattet werden. Ohne solche Vormerkung aber trägt sie den Charakter der Schuld ohne jede Abweichung, und sie hat wie jedes andere Schuldverhältnis nur relative Wirkung. Der Gläubiger braucht die Verpflichtung nicht anzuerkennen, denn er ist Dritter. Das gilt nicht nur für die Zwangsvollstreckung, sondern folgerichtig auch für den Konkurs.

2. Strecker, R. **13** 154. Der Eigentümer hat sich einem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, eine vorstehende Hypothek zu löschen, wenn und soweit sie zur Eigentümergrundschuld wird, also von der Eigentümergrundschuld ihm gegenüber keinen Gebrauch zu machen. Eine Eintragung in das Grundbuch auf Grund dieser Vereinbarung ist nicht erfolgt. Ein Gläubiger des Eigentümers läßt die Eigentümergrundschuld pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Muß er jene Verpflichtung des Eigentümers gegen sich gelten lassen oder ist sie ihm gegenüber ohne Wirkung? Diese Frage ist von dem VII. Zivilsen. des RG. in einem Urt. vom 22. Juni 1909 (GruchotsBeitr. **54** 159) in dem letzteren Sinne entschieden; der V. Zivilsen. hat dagegen eine solche Verpflichtung des Eigentümers in ständiger Rechtsprechung gegenüber dem Konkursverwalter im Konkurse des Eigentümers und in einem Urt. vom 31. Januar 1906 (V. 315/05, auszugsweise abgedr. im R. **06** 684 ff.) auch gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger für wirksam erklärt. Diese Rechtsprechung des V. Zivilsen. ist weder für den Fall des Konkurses noch für den der Pfändung richtig. . . . Denn eine solche Vereinbarung erzeugt, wenn sie nicht durch die Löschungsvormerkung des § 1179 gesichert ist, lediglich einen persönlichen Anspruch gegen den Eigentümer, der sich verpflichtet hat, und wirkt nicht gegen seinen Gläubiger, der die Eigentümergrundschuld gepfändet hat.

§ 1172. 1. OLG. **26** 161 (KG.). Zahlung durch den einen Eigentümer, der die Schuld übernommen hatte und dann einem Dritten abtritt.

2. Ammann, BadRpr. **13** 156. Pfändung des Anteils eines Eigentümers an einer Gesamteigentümergrundschuld.

§ 1173. 1. **RG. 81** 71, JW. **13** 268. Ein Unterschied, ob der befriedigende Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist, oder ob er nur dinglich für die Gesamthypothek haftete, ist hier nicht gemacht. Daher treffen auch auf die nach § 1173 Abs. 2 BGB. auf den Ersatzberechtigten übergehende Hypothek an dem Grundstücke des ersatzpflichtigen Eigentümers die bei § 1182 (s. den Be icht zu § 1182) erörterten Gründe für die Annahme zu, daß die Hypothek sich mit der Ersatzforderung verbindet und als Hypothek für diese besteht. Allerdings bestimmt der Schlußsatz des Abs. 2 § 1173, daß die auf den Ersatzberechtigten übergehende Hypothek mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek bleibe. Auf Grund dieser Bestimmung wird in der Rechtslehre die Ansicht vertreten, es sei auch die Hypothek an dem Grundstücke des Ersatzberechtigten in Höhe des Ersatzanspruchs Hypothek für die Ersatzforderung, da nach § 1132 BGB. einer Gesamthypothek nur

eine und dieselbe Forderung zugrunde liegen könne. Von anderen wird angenommen, die Hypothek an dem Grundstücke des Ersatzberechtigten sei, wenn dieser nicht persönlicher Schuldner sei, Hypothek für die ursprüngliche Forderung, die gemäß § 1143 Abs. 1 BGB. zufolge Befriedigung des Gläubigers auf den Ersatzberechtigten übergehe, und sie sei, wenn der Ersatzberechtigte zugleich persönlicher Schuldner sei, gemäß §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB. Grundschuld, weil die Forderung zufolge Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner nach § 362 BGB. erlösche; da die Hypothek an dem Grundstücke des ersatzpflichtigen Eigentümers als Hypothek für die Ersatzforderung bestehe, werde die Gleichartigkeit der Hypotheken, welche die Gesamthypothek bildeten, nicht gewahrt und gelte für diesen Fall der kraft Gesetzes eintretenden Gesamthypothek eine Ausnahme von der Regel des § 1132 BGB. Ob das eine oder das andere zutrifft, ist hier nicht zu entscheiden. Keinesfalls ist die weiter vertretene Ansicht zu billigen, daß zufolge jener Bestimmung auch die auf den Ersatzberechtigten in Höhe seines Ersatzanspruchs übergehende Hypothek an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen eine Grundschuld oder eine Hypothek für die ursprüngliche Forderung sei, je nachdem der den Gläubiger befriedigende ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner sei oder nicht. Jene Bestimmung enthält nur eine aus dem Wesen der Gesamthypothek sich ergebende Beschränkung des auf den Ersatzberechtigten übergehenden Rechtes zum Schutze gleich- oder nachstehender Rechte (D. z. § 1156 RTVorl.; § 1173 BGB.). Die rechtliche Natur dieses hypothekarischen Rechtes, die sich nach vorstehenden Darlegungen aus dem Wortlaute des jener Bestimmung vorangehenden Satzes im Abs. 2 des § 1173 und aus dem Zusammenhalte dieser Vorschrift mit den §§ 1164, 1174, 1182 BGB. dahin ergibt, daß das hypothekarische Recht als Hypothek für die Ersatzforderung besteht, wird durch die Bestimmung nicht berührt.

2. **RG.** R. **13** Nr. 3020, 3019. Die Vorschrift ist auch auf Gesamthypotheken entsprechend ausdehnbar, sofern der Eigentümer der belastet gebliebenen Grundstücke auch persönlicher Schuldner ist. Dagegen ist eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift ausgeschlossen, wenn es sich um den Fall des § 1173 Abs. 2 BGB. handelt. . . . Nach § 1132 haftet bei der Gesamthypothek jedes Grundstück für die ganze Forderung, und der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teile suchen. Nicht minder ist der Gläubiger frei in dem Verzicht auf die Hypothek, und § 1175 Satz 2 bestimmt, daß, wenn der Gläubiger einen Verzicht hinsichtlich eines der verhafteten Grundstücke erklärt, dann die Hypothek an diesem Grundstück erlischt. Aus keiner Stelle des Gesetzes ist zu entnehmen, daß der Gläubiger, der auf die Hypothek an einem einzelnen Grundstücke verzichtet, minder frei stehen soll als der Gläubiger, der aus einem ihm mitverhafteten einzelnen Grundstücke seine Befriedigung sucht. Wie hier, so kann auch dort der Gläubiger „nach seinem Belieben" verfahren, ohne Rücksicht auf etwaige Interessen der Eigentümer der Einzelgrundstücke. Der Gläubiger könnte auch Teilverfügungen nicht wohl vornehmen, ohne wegen etwaiger Ersatzansprüche vorher Ermittelungen anzustellen, und selbst dann würde für ihn die Verfügung immer noch mit einer gewissen Gefahr verbunden sein, deren Übernahme ihm der Gesetzgeber ohne beträchtliche Erschwerung des Hypothekenverkehrs nicht ansinnen konnte. Hätte der Gesetzgeber den aus § 1132 sich ergebenden Grundsatz des dem Gläubiger verstatteten Handelns „nach seinem Belieben" einschränken wollen, so hätte er dies im Gesetze zum Ausdrucke gebracht.

3. **RG.** JW. **13** 1149, BayRpflZ. **13** 477. Gibt bei einer Gesamthypothek der Gläubiger sein dingliches Recht an dem Grundstücke des einen Eigentümers auf, so geht er insoweit nicht auch seines dinglichen Rechtes an den von der Verfügung nicht berührten Grundstücken sonstiger Eigentümer verlustig.

4. **RG. 81** 82, JW. **13** 331. Die auf dem zwangsweise versteigerten Grund-

stück eingetragene, zum vollen Betrag in das geringste Gebot aufgenommene, vom Gläubiger an den Ersteher und von diesem an einen Dritten abgetretene Gesamthypothek erlischt **nicht** auf den übrigen dafür haftenden Grundstücken. . . . Denn es kann weder Satz 1 noch Satz 2 des § 1173 Abs. 1 BGB. Anwendung finden, es ist vielmehr nicht daran zu zweifeln, daß die Klägerin eine noch bestehende Hypothekenforderung nach § 1154 und § 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB. gültig erworben hat.

§§ 1173—1176. *Stillschweig, JW. **14** 19. Diese Vorschriften gelten sämtlich auch für den Fall der Gesamtbelastung eines im Miteigentume nach Bruchteilen stehenden Grundstücks.

§ 1176. 1. **RG.** R. **13** Nr. 198. Die Vorschrift hat zur Voraussetzung, daß der Übergang auf den anderen, insbesondere im Falle des § 1163 auf den Eigentümer, einen Teil einer **einheitlichen**, dem Gläubigerrecht einer Person allein unterliegenden Hypothek betrifft, sie ist daher **nicht** anwendbar, wenn nach Eintragung einer Hypothek für eine **Mehrzahl** von Inhaberschuldverschreibungen sich herausstellt, daß hinsichtlich eines Teiles der Schuldverschreibungen ein Forderungsrecht nicht entstanden ist. Die für diese Schuldverschreibungen entstandene Eigentümergrundschuld hat daher mit der für die übrigen Schuldverschreibungen entstandenen Hypothek gleichen Rang.

2. Die Entsch. des OLG. Dresden in JDR. **10** zu § 1176 Ziff. 2 auch SächsOLG. **33** 75 und OLG. **26** 162.

§ 1179. I. **Tragweite des** § 1179. 1. BayNotZ. **13** 389, ZBlFG. **14** 228, BayObLG. **14** 320, BayRpflZ. **13** 359 (BayObLG.). Kann auch von einer ausdehnenden Auslegung des § 1179 BGB. keine Rede sein, so fragt sich andererseits doch, ob nicht durch die im § 1179 zugelassene Sicherung des Löschungsanspruchs die weniger weitgehende **Sicherung des Anspruchs auf Rangeinräumung** mitumfaßt sei. Das RG. (**RG. 72** 277) hat die Frage offen gelassen; einzelne Autoren (Turnau-Förster § 1179 Nr. 9; Achilles-Strecker, GBO. 72; Seckler, Lehre v. d. Vormerkung 45) bejahen sie; die Mehrheit steht auf einem ablehenden Standpunkte (vgl. hierzu insbesondere RGR. Komm. § 1179 Nr. 5). Der Senat glaubt sich der **bejahenden** Auffassung anschließen zu sollen. Wenn einer im Range unmittelbar nachstehenden Hypothek der Rang vor der vorausgehenden Eigentümerhypothek eingeräumt wird, so ist die Wirkung auf diese bei der Löschung und bei der Rangeinräumung allerdings eine verschiedene; allein auf die Löschung der vorausgehenden Eigentümerhypothek haben die eingetragenen Zwischenhypotheken keinen Anspruch, sie sind daher auch nicht geschädigt, wenn statt der Löschung die Rangeinräumung zugunsten einer nacheingetragenen Hypothek erfolgt.

2. Volkmar, KGBl. **13** 59. Wollen die Beteiligten über den Fall der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentume hinaus einen Löschungsanspruch auch für den Fall, daß die Hypothek von einem **anderen** als dem ursprünglichen Gläubiger valutiert wird, dinglich sichern, so muß die Vormerkung **gemäß** §§ 883, 885 **BGB. auf Bewilligung des Hypothekengläubigers selbst bestellt werden.** In eine andere Beleuchtung tritt die Frage bei der Baugeldhypothek. Die Voraussetzung, unter der die Löschungsvormerkung überhaupt wirksam ist, nämlich das Bestehen einer Eigentümerhypothek, ist eben bei Baugeldhypotheken schon bei der Eintragung der Löschungsvormerkung erfüllt, und es kann die alsbaldige Löschung nur deshalb verweigert werden, weil durch den Parteiwillen nachträgliche Valutierung von vornherein zugelassen war. Deshalb kann aber auch die nachträgliche Valutierung die Wirksamkeit der Löschungsvormerkung nur in soweit abwenden, als sie der Parteiabsicht entspricht, insbesondere der bei der Bestellung der Löschungsvormerkung verfolgte Zweck gewahrt bleibt. Dabei wird folgendes zu erwägen sein: Meistens wird die Löschungsvormerkung für einen

Hypothekengläubiger eingetragen, der mit seiner Hypothek dem Baugelde den Vorrang eingeräumt hat. Er tat dies in der Erwartung, daß bei normaler Abwickelung des Baugeldvertrags das Grundstück mindestens um den Betrag der vortretenden Baugeldhypothek im Werte erhöht wird. Die Löschungsvormerkung soll ihn nun dagegen sichern, daß er mit seiner Hypothek auch insoweit zurückstehen muß, als das Baugeld tatsächlich nicht gegeben, eine Wertsteigerung des Grundstücks also nicht eingetreten ist. Auch wenn die Vormerkung für einen anderen Beteiligten eingetragen wird, werden ähnliche Erwägungen zugrunde liegen. Demnach kann die Valutierung einer mit der Löschungsvormerkung belasteten Baugeldhypothek durch einen Zessionar nur in den Fällen zugelassen werden, in denen sie im Rahmen des Baugeldvertrags erfolgt, also dem Interesse des aus der Vormerkung Berechtigten in derselben Weise dient wie die vom ursprünglichen Gläubiger bewirkte Valutierung. Erfolgt dagegen die Valutierung durch den Zessionar außerhalb des Baugeldvertrags, wird insbesondere die Valuta auf irgendeine private Darlehns- oder Provisionsforderung, die der Zessionar gegen den Eigentümer hat oder erwirbt, verrechnet, so greift, auch wenn der Eigentümer mit dieser Art der Valutierung einverstanden ist, die Löschungsvormerkung unbedingt durch.

II. Wirkung der Vormerkung. 1. KGJ. **44** 301 (KG.). Über die Frage, ob der § 1179 BGB. auch dann Wirksamkeit äußert, wenn die Vereinigung von Hypothek und Eigentum in der Person eines späteren Eigentümers eintritt, bestehen vier Ansichten. Siméon, Die löschungspflichtige Eigentümergrundschuld 26 ff., meint, daß der schuldrechtliche Löschungsanspruch nur gegen den gegenwärtigen Eigentümer gehe und der spätere Eigentümer, der die Hypothek erwirbt, zur Löschung unter keinen Umständen verpflichtet sei; der gleichen Meinung ist Pitel (ZBlFG. **7** 642 ff.). Predari (GBO. 306 und GruchotsBeitr. **55** 697), sowie Kretzschmar (ZBlFG. **11** 716), Oberneck (JLBl. **11** 132) und Güthe (GBO. [2] I 211) nehmen eine subjektiv-dingliche Löschungsverpflichtung, also eine Löschungsverpflichtung an, die trotz ihrer schuldrechtlichen Natur gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks gerichtet sei. Die dritte Meinung geht dahin, daß der schuldrechtliche Anspruch zwar nur gegen den gegenwärtigen Eigentümer sich richte, der jeweilige Eigentümer aber auf Grund der Vormerkung, d. h. auf Grund des § 888 Abs. 1 BGB. verpflichtet sei, seine Zustimmung zu der Löschung zu geben (v. Staudinger, BGB. [7/8] § 1179 Anm. 1e; Planck, BGB. [3] § 1179 Anm. 4; RGRKomm., BGB. § 1179 Anm. 4; Goldmann-Lilienthal, BGB. II 591 Anm. 100; Kretzschmar, SachR. § 1179 Anm. 4); auf dem gleichen Standpunkte steht auch der Beschl. des KG. vom 5. Juli 1906. Eine vierte Ansicht endlich vertritt Moß (ZBlFG. **11** 717 ff., 725); er nimmt mit der dritten Ansicht eine schuldrechtliche Verpflichtung nur des gegenwärtigen Eigentümers an, meint aber, daß in betreff der Löschungspflicht das Eigentum des persönlich Verpflichteten als fortdauernd gelten müsse. Gegen die erste Ansicht spricht, daß sie die Vormerkung des § 1179 BGB. praktisch so gut wie wertlos macht. Wie diese Vormerkung auch von der II. Komm. des BGB. und in den späteren Abschnitten der gesetzgeberischen Entwickelung aufgefaßt sein mag, eins ist jedenfalls klar: Die Vormerkung soll dem schuldrechtlichen Anspruch auf Herbeiführung der Löschung der Eigentümerhypothek zum Siege verhelfen. Könnte aber der Eigentümer dadurch, daß er das Eigentum auf einen Dritten überträgt, die Vormerkungswirkung vereiteln, so würde die Vormerkung ihren Zweck nicht erreichen. Gegen die zweite Ansicht spricht, daß der § 1179 im Sachenrechte steht und daß im Rechte der Schuldverhältnisse nirgends eine subjektiv-dingliche Verpflichtung anerkannt ist, eine solche auch dem Wesen des Schuldverhältnisses zuwiderläuft. Die dritte Ansicht vermeidet diese beiden Schwierigkeiten. Sie erkennt die Löschungsverpflichtung als eine subjektiv-persönliche an, verschafft ihr aber kraft der Vormerkung Wirksamkeit gegen die späteren Eigen-

tümer. Diese Wirksamkeit wird auf § 888 BGB. gestützt. . . . Der gegenwärtige Eigentümer besitzt das Eigentum mit der Beschränkung, daß der auf Grund des Eigentums sich vollziehende Erwerb der Eigentümerhypothek nur mit der Verpflichtung zur Löschung dieser Hypothek erfolgt. Diese Beschränkung wird durch die Vormerkung verdinglicht. Eine nach der Eintragung der Vormerkung erfolgende Übertragung des Eigentums auf einen Dritten ist nach § 883 Abs. 2 BGB. insoweit unwirksam, als sie den Löschungsanspruch des Vormerkungsberechtigten vereiteln würde. Eine Vereitelung läge vor, wenn der neue Eigentümer das Eigentum ohne die Beschränkung, die es in der Hand seines Vorgängers hatte, erwerben würde. Daher wird eine Übertragung des Eigentums ohne die Beschränkung durch die Vormerkung unwirksam gemacht. Die Unwirksamkeit besteht aber ebenso wie in dem Falle der Hypothekenvormerkung nicht darin, daß der Dritte das Eigentum nicht erworben hätte, sondern nur darin, daß die Übertragung des unbeschränkten Rechtes zur Verfügung über das Grundstück insoweit unwirksam ist, als dem Verfügungsrechte die Löschungsverpflichtung entgegensteht. Diese Unwirksamkeit wird nach § 888 Abs. 1 dadurch beseitigt, daß der neue Eigentümer seine Zustimmung zu der Löschung der von ihm erworbenen Eigentümergrundschuld gibt. Daß hier in der Tat eine Beschränkung des Eigentums vorliegt, ergibt sich daraus, daß der § 1179 eine Ausnahmevorschrift für die rechtliche Behandlung der künftigen Eigentümerhypothek gibt. Während diese grundsätzlich nur als eine bloße Erwerbsmöglichkeit anzusehen ist (s. **RG. 61** 376), wird sie durch § 1179 für fähig erklärt, Grundlage eines Vormerkungserwerbes zu sein (**RG. 72** 277). Sie ist also soweit, als der § 1179 reicht, Gegenstand des sachenrechtlichen Rechtsverkehrs. Dadurch wird sie geeignet gemacht, das Eigentumsrecht zu beschränken. Daß diese Beschränkung keine Verfügungsbeschränkung im eigentlichen Sinne, d. h. keine Beschränkung in der dinglichen Verfügung über das Eigentum ist, ist dabei unerheblich. Beschränkungen ähnlicher Art hat das KG. auch sonst schon für rechtswirksam erklärt (s. KGJ. **3** 133, **17** 501, **43** 216). Während in diesen Fällen der Beschränkung durch die Eintragung eines Veräußerungsverbots dingliche Wirkung verliehen ist, wird im vorliegenden Falle das dingliche Element in ähnlicher Weise (vgl. § 888 Abs. 2 BGB.) durch die Eintragung einer Vormerkung geschaffen. Diese Auffassung hat gewisse Berührungspunkte mit der oben widergegebenen Ansicht von V o ß; dessen Annahme einer teilweisen Zurückbehaltung des Eigentums widerspricht aber dem Wesen des Eigentumsrechts. Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß die schuldrechtliche Löschungsverpflichtung auch im Falle des § 1179 BGB. eine subjektivpersönliche ist, daß aber der § 888 Abs. 1 in Verb. mit § 883 Abs. 2 BGB. dem jeweiligen Eigentümer die Zustimmung zu der Löschung auch dann zur Pflicht macht, wenn die Vereinigung von Eigentum und Hypothek erst in der Person eines späteren Eigentümers eingegetreten ist. S. dazu JDR. **10** zu § 1179 Ziff. IV 1—5.

2. OLG. **26** 165 .(Cassel). Die Löschungsvormerkung aus § 1179 steht der E n t s t e h u n g o d e r d e m B e s t e h e n d e r E i g e n t ü m e r h y p o t h e k n i c h t h i n d e r n d i m W e g e; sie beschränkt vielmehr nur den Eigentümer in der Verfügung über die Eigentümergrundschuld dergestalt, daß er ohne Zustimmung des Vormerkungsgläubigers über sie nicht anders als durch Löschung verfügen kann (**RG. 57** 211).

3. H e i n i t z, DJZ. **13** 1432. Durch Nichtvalutierung der Grundschuld tritt eine Vereinigung des Gläubigerrechts mit dem Grundstückseigentume nicht ein, und daher ist, wie das RG. in einer Entsch. vom 2. Mai 1913 (KGBl. **13** 120) zutreffend ausgeführt hat, die bei einer Grundschuld eingetragene Löschungsvormerkung im Falle einer Grundschuld für den Baugeldgeber wirkungslos. . . . Versagt aber gegenüber der zur Sicherung einer Baugeldforderung bestellten Grundschuld die gegen den Grundstückseigentümer als den z u k ü n f t i g e n Berechtigten gerichtete

Löschungsvormerkung des § 1179 BGB., so setzt die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung der Grundschuld (§ 883 BGB.), wenn auch der zu sichernde Anspruch ein zukünftiger oder bedingter sein kann, ein für den Verpflichteten bereits bestehendes Recht am Grundstücke voraus: sie richtet sich also nur gegen den Grundschuldgläubiger, nicht gegen den Grundstückseigentümer, und da zur Aufhebung der Grundschuld die Zustimmung des letzteren erforderlich ist (§§ 1183, 1192 BGB.), so verleiht auch eine Vormerkung aus § 883 Abs. 1 BGB. den nachstehenden Realgläubigern keinen wirksamen Schutz.

4. OLG. **26** 168 (KG.). Bei der Vorrangseinräumung geht die bei der zurücktretenden Post auf Grund des § 1179 eingetragene Vormerkung nicht ohne weiteres auf die vortretende Post über.

5. KGBl. **13** 120 (KG.). Der § 1179 BGB., der an sich nach § 1192 BGB. auch für die Grundschulden Anwendung finden kann, besagt, daß — wenn der Eigentümer einem anderen gegenüber sich zur Löschung einer Hypothek für den Fall verpflichtet, daß Gläubigerschaft und Grundstückseigentum sich in einer Person vereinigen — zur Sicherung des Löschungsanspruchs eine Vormerkung eingetragen werden kann. Der § 1179 BGB. ist eine Ausnahmevorschrift, die einer analogen Ausdehnung auf andere in ihr nicht vorgesehene Fälle nicht fähig ist (vgl. **RG. 72** 275, 277). Schon deshalb sind die hier eingetragenen Vormerkungen insoweit unwirksam, als sie den Fall der „Nichtvalutierung" betreffen. Dies muß um so mehr gelten, als gerade die Entstehung der Grundschuld unabhängig von der Entstehung der obligatorischen Forderung, zu deren Sicherung sie möglichenfalls bestellt ist, sich durch die bloße Einigung des Berechtigten und des Grundstückseigentümers über die Bestellung der Grundschuld sowie durch deren Eintragung in das Grundbuch gemäß § 873 BGB. vollzieht, so daß also die einmal rechtsgültig in dieser Weise begründete Grundschuld dem Berechtigten verbleibt, auch wenn die Forderung, für die sie bestellt wurde, nicht zur Entstehung gelangt und — um zur Eigentümergrundschuld zu werden — erst von dem Berechtigten durch besondere Abtretung auf den Eigentümer übertragen werden muß (**RG. 78** 65, 66).

6. **RG.** BayRpflZ. **13** 355. Der Vormerkungseintragung kann nach dem Wortsinne die Bedeutung beizumessen sein, daß der wegen ursprünglichen Nichtbestehens der Forderung bedingt erwachsene Anspruch auf Löschung nicht dadurch hinfällig werden konnte, daß ein anderer als der ursprüngliche Gläubiger, insbesondere ein Zessionar, die Forderung nachträglich zur Entstehung brachte.

III. Erlöschen der Vormerkung. Kreß, BayNotZ. **14** 408. Wenn der Löschungsanspruch infolge der Löschung der Hypothek, zu deren Sicherung und Verwertung er dienen sollte, gegenstandslos wird — nach der Verkehrsauffassung in Bayern ist dies wohl fast immer der Fall —, ist mit der Hypothek auch die Löschung der Vormerkung dieses Anspruchs zu beantragen und zu bewilligen. Manchmal wird in den Urkunden die Löschung der Hypothek „mit allen Nebenrechten" bewilligt und beantragt. Darin können wohl auch der Antrag und die Bewilligung der Löschung der Vormerkung nach § 1179 BGB. erblickt werden; eine deutlichere Fassung wäre immerhin wünschenswert. Häufig wird aber in den Hypothekenlöschungsurkunden der vorgemerkte Löschungsanspruch, sei es mit oder ohne Absicht, überhaupt nicht erwähnt. Manche Grundbuchämter löschen gleichwohl in solchen Fällen mit der Hypothek auch die Vormerkung; sie gehen dabei wohl davon aus, daß die Löschung der gegenstandslosen Vormerkung stillschweigend beantragt und bewilligt ist. Empfehlen läßt sich dieses Verfahren nicht, wenn es auch sachlich das Richtige trifft. Nach den formellen Vorschriften dürfen die Grundbuchämter die Vormerkung nur auf Grund ausdrücklicher Erklärungen der Beteiligten löschen.... Dieser Löschungsbewilligung bedarf es übrigens

dann nicht, wenn — wie in den meisten Fällen — aus dem Grundbuch oder aus den Urkunden über die Einräumung des Löschungsanspruchs hervorgeht, daß der Anspruch nur dem Hypothekengläubiger als solchem zur Verstärkung und besseren Verwertung des Hypothekenrechts eingeräumt wurde und sonach mit der Löschung der Hypothek gegenstandslos wird: in diesen Fällen ist dem Grundbuchamte durch öffentliche Urkunden bewiesen, daß das Grundbuch in Ansehung der Vormerkung nach § 1179 BGB. unrichtig, nämlich der vorgemerkte Anspruch zufolge der Löschung der Hypothek erloschen ist (§ 22 Abs. 1 GBO.). Eine Löschung der Vormerkung von Amts wegen (§ 54 Abs. 1 GBO.) kommt nicht in Frage.

IV. Einzelne Fälle. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2423. Ist bei einer Baugeldhypothek, deren Forderung erst nach und nach zur Entstehung gebracht werden soll, eine Löschungsvormerkung eingetragen, so ist der Vormerkungsberechtigte erst dann die Löschung zu verlangen berechtigt, wenn das Kreditverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Grundstückseigentümer abgewickelt und eine solche Sachlage eingetreten ist, daß eine Entstehung der Forderung nicht mehr zu erwarten ist.

2. HessRspr. **14** 164 (Darmstadt). Eine im voraus getroffene Vereinbarung zwischen einer Hypothekenbank und dem Schuldner einer Amortisationshypothek, daß dieser die durch die Amortisation entstehende Eigentümerhypothek löschen lasse, ist zulässig.

V. Ähnliche Rechtslagen. Dr. M. St., BayRpflZ. **13** 297. Rangrücktritt und Löschungsvormerkung.

§§ 1181, 1182. *Stillschweig, JW. **14** 18. Diese Vorschriften gelten sämtlich auch für den Fall der Gesamtbelastung eines im Miteigentume nach Bruchteilen stehenden Grundstücks.

§ 1182. RG. 81 71, JW. **13** 268. Die rechtliche Natur der auf den ersatzberechtigten Eigentümer übergehenden Hypothek ist in der Rechtslehre streitig. Nach der einen Meinung verbindet sich das dingliche Recht stets mit der Ersatzforderung dergestalt, daß es fortan als Hypothek für die Ersatzforderung besteht. Eine andere Ansicht erachtet in dem Falle, daß der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner der der bisherigen Gesamthypothek zugrunde liegenden Forderung ist, das übergehende hypothekarische Recht ebenfalls als Hypothek für die Ersatzforderung, nimmt dagegen an, daß der ersatzberechtigte Eigentümer, wenn er nur dinglich für die bisherige Gesamthypothek haftete, die Hypothek an dem ersatzpflichtigen Grundstück als Hypothek für die ursprüngliche Forderung in Höhe des Ersatzanspruchs erlange. Nach einer dritten Meinung verbindet sich das hypothekarische Recht niemals mit der Ersatzforderung, vielmehr ist deren Bestehen lediglich Voraussetzung für den Übergang jenes Rechtes, und weiter wird angenommen, daß die Hypothek, wenn der ersatzberechtigte Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, als Hypothek für die ursprüngliche Forderung, anderenfalls als Grundschuld in Höhe des Ersatzanspruchs übergeht. Eine vierte Ansicht endlich erachtet die übergehende Hypothek in jedem Falle als Hypothek für die ursprüngliche Forderung in Höhe des Ersatzanspruchs. . . . Daß im Falle des Bestehens eines Ersatzanspruchs gegen den Eigentümer des für eine Gesamthypothek mitverhafteten Grundstücks die aus dem Erlöse des anderen (dem persönlichen Schuldner gehörenden) Grundstücks getilgte Hypothekenforderung als fortbestehend zu gelten habe, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben. Deshalb ist die zuletzt erwähnte Ansicht, daß auch in solchem Falle die auf den Ersatzberechtigten übergehende Hypothek für die ursprüngliche Forderung in Höhe des Ersatzanspruchs bestehe, von vornherein abzulehnen, zumal die Hypothekenforderung nicht eine dem Ersatzberechtigten als nunmehrigen Hypothekengläubiger gegen sich selbst zustehende Forderung sein kann. . . . Eine Hypothek verwandelt sich nach § 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB. nur dann in eine Grundschuld, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person

vereinigt. Eine solche Vereinigung würde stattfinden, wenn der ersatzpflichtige Eigentümer zufolge Erlöschens der Gesamthypothekenforderung die Hypothek an seinem Grundstücke gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. erwerben würde. Dies ist aber nach § 1182 BGB. nicht der Fall. Vielmehr geht die Hypothek an dem ersatzpflichtigen Grundstück auf den ersatzberechtigten Eigentümer des anderen zwangsweise versteigerten Grundstücks über. Eine Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person tritt also nicht ein. Da nun nach § 1182 BGB. die „Hypothek" auf den Ersatzberechtigten übergehen soll, eine Hypothek aber gemäß § 1113 BGB. erfordert, daß mit ihr eine durch sie gesicherte Forderung verbunden ist, und im Falle der Befriedigung des Gläubigers aus dem zwangsweise versteigerten Grundstücke des persönlichen Schuldners auch wegen der Hypothekenforderung diese erlischt, so ergibt sich für diesen hier gegebenen Fall der notwendige Schluß, daß die auf den Ersatzberechtigten übergehende Hypothek sich kraft Gesetzes mit der Ersatzforderung verbindet und fortan als Hypothek für die Ersatzforderung besteht.... Im § 1182 BGB. ist zwischen dem Falle, daß der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, und dem anderen, daß er nur dinglich für die Gesamthypothek haftet, nicht unterschieden, von der ursprünglichen Hypothekenforderung ist überhaupt nicht die Rede. Einerseits ist nur über den Übergang der Hypothek des dinglichen Rechtes Bestimmung getroffen, andererseits ist allgemein dieser Übergang lediglich von dem Bestehen eines Ersatzanspruchs abhängig gemacht und somit die übergehende Hypothek lediglich zu dem Ersatzanspruch in Beziehung gesetzt. Danach ist für beide vorgenannten Fälle gleichmäßig anzunehmen, daß die übergehende Hypothek sich kraft Gesetzes mit dem Ersatzanspruche verbindet und daß § 1182 BGB. dahin zu verstehen ist: Soweit ein Ersatzanspruch des von der Zwangsversteigerung betroffenen Eigentümers besteht, geht die Hypothek an dem anderen dem Ersatzpflichtigen gehörenden Grundstück auf den Ersatzberechtigten dergestalt über, daß sie als Hypothek für die Ersatzforderung besteht und daß der Ersatzpflichtige der persönliche Schuldner dieser durch sie gesicherten Hypothekenforderung ist.

§ 1186. KGBl. **13** 114 (LG. II Berlin). Bei Umwandlung einer auf Grund des Ersuchens des Vollstreckungsgerichts gemäß § 128 ZVG. eingetragenen Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek braucht, auch wenn gleichzeitig die Hypothek abgetreten wird und neue Verzinsungs- und Zahlungsbestimmungen vereinbart werden, die zugrunde liegende Forderung nicht durch eine andere ersetzt zu werden. Infolgedessen ist die Eintragung der Umwandlung, der Abtretung und der Änderungen nicht zu beanstanden, wenn in der Urkunde eine neue Forderung nicht angegeben wird.

§ 1189. 1. OLG. Dresden JDR. **10** zu § 1189 auch KGJ. **43** 308.

2. Harnier, JW. **13** 1021. Bestellung und Wechsel eines Treuhänders nach §§ 1187, 1189 BGB.

§ 1190. I. Die Forderung der Höchstbetragshypothek. 1. ElsLothJZ. **13** 122, ElsLothNotZ. **13** 27, 79, OLG. **26** 197 (Colmar). Im Falle der Bestellung einer Höchstbetragshypothek nach § 1190 BGB. bedarf es keiner bestimmten Bezeichnung der durch die Hypothek zu sichernden Forderungen und insbesondere keiner Angabe des Schuldgrundes in der Eintragung oder Eintragungsbewilligung (vgl. **RG. 65** 306 mit **RG. 62** 168, **75** 247; JW. **07** 513). Auch in Ansehung des Schuldgrundes kann die Feststellung der Forderung nach § 1190 vorbehalten werden. Wenn die Haftung des Grundstücks sich nicht auf jede Forderung des bezeichneten Gläubigers gegen den bezeichneten Schuldner erstrecken soll, ist allerdings eine bestimmte Umgrenzung des Kreises der durch die Hypothek zu sichernden Ansprüche erforderlich (vgl. RGRKomm. Anm. 2 aE. zu § 1190). Der erforderlichen Bestimmtheit in dieser

Richtung ermangelt aber diejenige Eintragungsbewilligung nicht, die im Zusammenhange mit der Bewilligung der Eintragung einer Sicherungshypothek für eine bestimmte Forderung ausspricht, daß für die durch das Gesetz nicht mit Hypothekenrecht geschützten Nebenleistungen, Auslagen und Kosten jeder Art eine Sicherungshypothek bis zu dem Höchstbetrage von 80 M. eingetragen werden soll. Insbesondere läßt eine solche Eintragungsbewilligung keinen Zweifel darüber zu, daß auch für Auslagen und Kosten eine Haftung nur insoweit begründet werden soll, als sie als Nebenleistungen geschuldet sein werden.

2. Sternberg, IheringsJ. **62** 377 (381). Es ist nicht nötig, bei Bestellung einer Höchstbetragshypothek die Forderung, für welche die Hypothek haften soll, durch Angabe des Schuldgrundes und der Person des Schuldners zu individualisieren, wie dies sonst bei Bestellung einer Hypothek geschehen muß. Eine solche Individualisierung der Forderung muß aber später erfolgen können. . . . Zulässig ist auch die Bestellung einer Höchstbetragshypothek für alle Forderungen eines Gläubigers gegen einen bestimmten Schuldner oder gegen verschiedene Schuldner oder sogar gegen alle seine Schuldner. Denn in allen diesen Fällen ist eine spätere Feststellung der Forderung möglich, deretwegen die Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt werden kann. . . . Die Einigung über die Bestellung einer Höchstbetragshypothek muß aber nicht nur die Tatsachen enthalten, die eine spätere Feststellung der Forderung ermöglichen, sondern sie muß auch erkennbar machen, in welcher Weise und wann die Feststellung erfolgen soll.

3. HansGZ. **13** Beibl. 157 (Hamburg). Höchstbetragshypothek gemäß § 1190 BGB. liegt vor, wenn eine Sicherungshypothek in Höhe von M. . . . „für alle dem Hypothekarier gegen den Grundeigentümer aus Darlehen zustehenden Forderungen" eingetragen ist.

4. a) BayObLG. **13** 565. Die Bestellung einer Sicherungshypothek für die Forderungen und Ansprüche, gleichviel welchen Titels, die dem Gläubiger aus einem mit dem derzeitigen Eigentümer der belasteten Grundstücke eingegangenen Kreditverhältnisse gegen den Eigentümer und seine etwaigen Besitznachfolger oder sonstigen Rechtsnachfolger zustehen, ist zulässig. b) BayObLG. **13** 524 (BayObLG.): In der Erklärung des Käufers eines Grundstücks, der gegen Anrechnung auf den Kaufpreis die durch Kautionshypothek gesicherten Kontokorrentforderungen einer Bank als persönlicher Schuldner übernommen hat, daß er das bestehende Schuldverhältnis mit dem Kreditgeber fortsetzen wolle und daß die übernommene Kautionshypothek mit dem vollen Betrag auch als Sicherheit für künftige Ansprüche der Bank aus dem Kreditverhältnisse zu ihm dienen solle, verbunden mit dem Antrage, die neue Zweckbestimmung der Kautionshypothek in das Hypothekenbuch (Grundbuch) einzutragen, liegt ein auf Begründung eines neuen Schuldverhältnisses und auf die Bestellung einer hypothekarischen Kaution zielendes Rechtsgeschäft. c) Die Entsch. des BayObLG. JDR. **11** zu § 1190 Ziff. I 1 auch KGJ. **44** 362.

5. Sternberg, IheringsJ. **62** 377 (387). Die Höchstbetragshypothek wird, da die Feststellung erst nach der Bestellung der Hypothek erfolgt, für eine künftige Forderung bestellt. Auch das RG. sieht die Höchstbetragshypothek als eine Hypothek für eine künftige Forderung an. Beck (51) weicht insofern ab, als er die durch eine Höchstbetragshypothek gesicherte Forderung als eine künftige Forderung ansieht, wenn das Entstehen der Forderung mit Sicherheit zu erwarten ist; dagegen als eine bedingte Forderung, wenn das Entstehen der Forderung objektiv unbestimmt ist. Diese Unterscheidung kann nicht als richtig anerkannt werden; denn auch bei einer künftigen Forderung besteht eine objektive Ungewißheit darüber, ob die Forderung entstehen wird, zumal wenn das Rechtsgeschäft, aus dem die Forde-

rung entstehen soll, noch gar nicht abgeschlossen ist. Die bei Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses festgestellte Forderung kann sowohl dem Grunde als dem Betrage nach verschieden sein von der Forderung, die dem Gläubiger vielleicht bei Bestellung der Höchstbetragshypothek gegen den persönlichen Schuldner zustand.

II. Umwandlung der Hypothek und Feststellung der Forderung. 1. Sternberg, IheringsJ. **62** 377 (883). In der Literatur wird von der herrschenden Meinung die Ansicht vertreten, daß unter der Feststellung der Forderung im Sinne des § 1190 eine Feststellung durch Vertrag oder Urteil zu verstehen sei. Das gleiche nimmt auch das KG. an. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen. In der Regel erfolgt allerdings eine rechtsgeschäftliche Feststellung der Forderung in der Weise, daß der Gläubiger dem persönlichen Schuldner bei Beendigung des durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Rechtsverhältnisses einen Buchauszug übersendet, der von dem Schuldner anerkannt wird. Denkbar ist auch, daß der Gläubiger mit dem Eigentümer des belasteten Grundstücks ein Abkommen dahin trifft, daß die Befriedigung aus dem Grundstücke wegen der gesicherten Forderung in einer bestimmten Höhe verlangt werden kann. Beide Feststellungen sind für das Recht des Gläubigers aus der Hypothek von einer gewissen Bedeutung. Die zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner erfolgte Feststellung muß der Gläubiger auch in dem dinglichen Rechtsstreite gegen sich gelten lassen, da nach § 1137 Abs. 1 der Eigentümer die dem persönlichen Schuldner aus einem solchen Abkommen gegen die persönliche Forderung zustehende Einrede auch gegen die Hypothek geltend machen kann. Dagegen ist eine solche Feststellung nicht für den Eigentümer in einer solchen Weise bindend, daß dieser dadurch in der Geltendmachung von Einreden gegen die zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner festgelegte Forderung gehindert wird; denn nach § 1137 Abs. 2 verliert der Eigentümer eine Einrede nicht dadurch, daß der persönliche Schuldner auf sie verzichtet. Auf der anderen Seite braucht der persönliche Schuldner eine Feststellung, die zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer getroffen worden ist, nicht gegen sich gelten zu lassen, während der Eigentümer sich dem Gläubiger gegenüber auf eine solche Feststellung berufen kann, da er Einreden aus dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse der hypothekarischen Klage entgegenhalten kann. Die zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer getroffene Feststellung kann in einem gewissen Umfange dadurch mit dinglicher Wirksamkeit ausgestattet werden, daß die aus einer solchen Abmachung für den Eigentümer erwachsende Einrede gegen die hypothekarische Klage in das Grundbuch eingetragen wird oder daß wegen dieser Einrede die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs erwirkt wird, was infolge der im § 1157 Satz 2 vorgesehenen Anwendbarkeit der §§ 894—899 auf diese Einrede zulässig ist. In diesem Falle kann der Eigentümer die Einrede, daß die Hypothek nur in der zwischen ihm und dem Gläubiger vereinbarten Höhe geltend gemacht werden kann, jedem späteren Gläubiger entgegenhalten. Aber immerhin ist die dingliche Wirkung der Feststellung auch dann noch insofern beschränkt, als die Feststellung weder für noch gegen einen späteren Eigentümer wirksam ist. Eine unbeschränkte dingliche Wirkung kann der Feststellung der Forderung nur dadurch beigelegt werden, daß mit der Feststellung eine Umwandlung der Hypothek in eine gewöhnliche Sicherungshypothek oder eine Verkehrshypothek verbunden wird.

2. KGJ. **43** 237, RJA. **12** 154 (KG.). Nach § 891 BGB., der auch für den Grundbuchverkehr gilt (KGJ. **26** A 150, **29** A 148, **35** A 303; s. a. **RG.** Gruchots Beitr. **51** 609 u. WarnE. **12** 92), spricht eine gesetzliche, also den Grundbuchrichter

bindende Vermutung dafür, daß demjenigen, für den im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, dieses Recht auch in Wirklichkeit zusteht. Von dieser Vermutung darf der Grundbuchrichter nur dann abweichen, wenn er Tatsachen kennt, die die Eintragung als unrichtig erscheinen lassen, während bloße Möglichkeiten und Vermutungen nicht genügen. Dies ist ein Grundsatz, den das KG. in ständiger Rechtsprechung festgehalten hat (KGJ. **20** A 183, **22** A 198, **29** A 145, **35** A 303, **40** 199, 296). Dieser Grundsatz gilt auch für die Höchstbetragshypothek. Auch bei dieser muß daher der eingetragene Gläubiger so lange als der zu der Verfügung über die Hypothek Berechtigte angesehen werden, bis dem Grundbuchrichter eine gegen diese Annahme sprechende Tatsache, d. h. bis dem Grundbuchrichter bekannt geworden ist, daß eine Feststellung der Forderung durch Vertrag oder Urteil (KGJ. **35** A 317) stattgefunden hat und bei dieser dem Gläubiger nur ein Teilbetrag der Hypothek zugefallen ist. . . . Die bloße Möglichkeit, daß die einer Höchstbetragshypothek zugrunde liegende Forderung durch Vertrag oder Urteil festgestellt ist, genügt daher nicht, um die Verfügungsberechtigung des Hypothekengläubigers hinsichtlich der ganzen Hypothek auszuschließen.

3. KGJ. **44** 298 (KG.). Wird eine Höchstbetragshypothek in voller Höhe in eine Verkehrshypothek umgewandelt, so dürfen die bis zum Tage der Eintragung der Umwandlung fälligen Zinsen auch dann nicht neben dem Kapitalbetrag eingetragen werden, wenn die im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten zustimmen.

III. Die Höchstbetragshypothek als Eigentümerhypothek. 1. Sternberg, IheringsJ. **62** 377. (428): Aus der Anwendung der Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek auf die Höchstbetragshypothek ergibt sich, daß während der Schwebezeit die Höchstbetragshypothek dem Gläubiger zusteht. . . . (435): Nach dem Rechtsverhältnisse, das zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner in diesem Zeitpunkte besteht, ist die Frage zu beurteilen, ob und in welcher Höhe die Forderung zur Entstehung gelangt ist. Daraus ergibt sich, daß Zahlungen, die vor diesem Zeitpunkt an den Gläubiger geleistet werden, nicht die Rechtsfolgen haben können, die das Gesetz an die Befriedigung des Hypothekengläubigers knüpft, da vor diesem Zeitpunkte ja eine (gegenwärtige) Forderung als Grundlage für die Hypothek noch gar nicht besteht. Dabei kann kein Unterschied gemacht werden, ob die Höchstbetragshypothek für das Schlußguthaben aus einer Geschäftsverbindung oder für eine oder mehrere Einzelforderungen bestellt worden ist; denn gleichviel, in welcher Weise die durch die Höchstbetragshypothek zu sichernden Forderungen bei der Bestellung der Hypothek angegeben werden, ergibt sich in jedem Falle eben aus dem Umstande, daß eine Höchstbetragshypothek bestellt wird, der Wille der Beteiligten, daß nicht der Zustand bei Bestellung der Hypothek, sondern der Zustand an dem für die Feststellung der Forderung vorgesehenen Zeitpunkte für die Entscheidung der Frage maßgebend sein soll, ob und in welcher Höhe eine Forderung entstanden ist. Wenn einzelne Schriftsteller einen solchen Willen der Beteiligten nur dann annehmen wollen, wenn die Höchstbetragshypothek für das Schlußguthaben aus einer längeren Geschäftsverbindung bestellt ist, so liegt hierin eine Verkennung des Wesens der Höchstbetragshypothek, das darin besteht, daß die Feststellung der gesicherten Forderung, wie diese auch immer geartet sein mag, immer einem späteren Zeitpunkte vorbehalten wird. Demnach kommen wir zu dem Ergebnisse, daß in jedem Falle einer Höchstbetragshypothek Zahlungen, die vor Eintritt des für die Feststellung der Forderung vorgesehenen Zeitpunkts, also insbesondere vor Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses, an den Gläubiger geleistet werden, nur die Höhe der später festzustellenden Forderung beeinflussen, aber einen Übergang der Hypothek auf den Eigentümer (§§ 1143, 1163 Abs. 1 Satz 2),

den persönlichen Schuldner (§ 1164) oder den zur Ablösung berechtigten Dritten (§§ 1150, 268) nicht zur Folge haben können.

2. OLG. **26** 198, HansGZ. **13** Beibl. 157 (Hamburg). Allerdings entsteht das volle Hypothekenrecht mit seinen Funktionen erst mit der Forderung. Die dingliche Gebundenheit des Grundstücks zugunsten des Gläubigers wird aber sofort durch die auch den Vorrang vor später eingetragenen Rechten sichernde Eintragung bewirkt (v. Staudinger 2 b zu § 1190) und schließt die Entstehung einer Eigentümerhypothek für den Grundeigentümer eben aus, bis endgültig feststeht, daß und wieweit gesicherte Forderungen nicht mehr bestehen oder entstehen können. Zwar kann der Grundeigentümer, wie es in **RG. 51** 118 heißt, „bedingt" über den der Hypothek entsprechenden Grundstückswert verfügen; aber die Entstehung einer auch nur bedingten Eigentümerhypothek vor der endgültigen Abrechnung oder der Beendigung des Rechtsverhältnisses hat deshalb der Gesetzgeber nicht gewollt.

IV. Die Arresthypothek als Höchstbetragshypothek. OLG. **26** 11 (OLG. München). Die Arresthypothek ist nichts weiter als eine nach § 868 ZPO. auflösend bedingte Höchstbetragshypothek nach § 1190 BGB. Als eine solche stellt sie sich auch nach dem Inhalte des Grundbuchs dar, so daß der gutgläubige Erwerber überhaupt nicht weitergehende Rechte zum Nachteile des Grundstückseigentümers erwerben kann.

Zweiter Titel. Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

§ 1191. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1464. Für eine Grundschuld kann nicht eine Ausfallbürgschaft, sondern nur eine Garantie übernommen werden. Eine Bürgschaft für eine rein dingliche Schuld ist überhaupt nicht denkbar, die Bürgschaft ist stets ein Einstehen für die persönliche Verpflichtung eines Hauptschuldners; ein Einstehen für eine dingliche Schuld ist nicht Bürgschaft, sondern Garantievertrag.

2. SeuffA. **68** 431 (Rostock). Die Eintragung, daß eine Grundschuld künftig ohne Abtretung auf einen Gläubiger übergehen solle, ist unzulässig.

§ 1192. I. Grundschuld und Forderung. 1. **RG.** 31. 5. 13, WarnE. **13** 417. Irrig ist die Annahme, die dingliche Einigung über die Bestellung der Grundschuld sei in ihrer Wirksamkeit unabhängig davon, ob der Grundvertrag wegen Wuchers nichtig sei. Das Berufungsgericht glaubt, die in **RG. 57** 95 niedergelegte gegenteiligte Auffassung sei von dem RG. aufgegeben. Die Ansicht des Berufungsgerichts ist nicht zutreffend, wie in dem Urt des RG. V. vom 1. März 1913 (WarnE **13** 279, JW. **13** 540 Nr. 3) dargelegt ist (vgl. auch WarnE. **13** 164).

2. KGJ. **43** 254, RJA. **12** 251 (KG.). Mit der Übertragung einer Forderung, zu deren Sicherung eine Grundschuld bestellt ist, geht diese nicht ohne weiteres auf den neuen Gläubiger der Forderung über.

II. Die Eigentümergrundschuld. 1. **RG.** 16. 10. 12, WarnE. **13** 76. Von einer eigentlichen Valutierung der Grundschuld in dem Sinne wie bei Hypotheken kann nicht die Rede sein, weil die Grundschuld ein selbständiges, von einer Forderung unabhängiges abstraktes Recht bildet, und demgemäß kommt die Entstehung einer Eigentümergrundschuld nach Maßgabe der §§ 1163 Abs. 1, 1192 BGB. nicht in Frage. Die bloße Tatsache der N.chtentrichtung des versprochenen Entgelts hat auf den dinglichen Rechtsbestand keinen Einfluß, sie kann dem Besteller der Grundschuld nur einen obligatorischen, auf den (fiduziarischen) Vertrag oder auf Bereicherung gestützten Anspruch geben. Die gänzliche oder teilweise, mit Nichtzahlung der Valuta begründete Abstandnahme des Grundschuldgläubigers von der Geltend-

machung im Verteilungstermine hatte nun das Urteil vom 8. März 1905 als Verzicht des Grundschuldgläubigers aufgefaßt, ihm aber mit Rücksicht auf den inzwischen erfolgten Zuschlag die Wirkungen des § 1168 BGB. versagt. Es befand sich dabei in Übereinstimmung mit einem ähnlichen, die Nichtliquidierung einer Hypothek betreffenden Urteil (**RG. 55** 260), wo ebenfalls angenommen worden ist, daß keine Eigentümergrundschuld in Frage kommen könne, der nicht liquidierte Teil des Erlöses vielmehr den nachstehenden Hypothekengläubigern zufalle. Das Urt. vom 6. Dezember 1911 — JDR. **11** zu § 1191 Ziff. II 1 — ist auf diese Frage nicht eingegangen, hat vielmehr angenommen, daß die Nichtliquidierung an sich noch keinen Verzicht enthalte, und daß die Grundschuld gleichwohl für den Grundschuldgläubiger, dem sie nach wie vor zustehe, anzusetzen gewesen wäre, der nachstehende Hypothekengläubiger auf den nichtliquidierten Teil jedenfalls keinen Anspruch habe. Hieran war bei völlig gleicher Sachlage festzuhalten.

2. KGBl. **13** 120 (KG.). Die Erklärung des Grundschuldgläubigers im Verteilungstermine, daß er hinsichtlich eines Teilbetrags Valuta nicht gewährt habe und deshalb für seine Grundschuld nur insoweit liquidiere, als er auf das zugesagte Baugeld Zahlungen geleistet habe, stellt eine rechtsgeschäftliche Verfügung mit der Wirkung, daß der nicht liquidierte Teil des Rechtes am Versteigerungserlös auf einen anderen, z. B. den Subhastaten übergehen sollte oder daß der entsprechende Teil des Rechtes völlig aufgehoben würde, nicht dar (vgl. **RG. 78** 70). S. JDR. **11** zu § 1191 Ziff. II 1.

3. Paeffgen, ZBlFG. **13** 293. Die nicht valutierte Grundschuld in der Zwangsversteigerung.

§ 1194. Die Entsch. des OLG. Posen JDR. **11** zu § 1194, jetzt auch OLG. **26** 201; s. dort auch die Anm. dazu auf S. 202.

§ 1195. Bürgner, GruchotsBeitr. **57** 281. (282); § 1195 Satz 2 BGB. läßt eine verschiedene Deutung zu. Man kann ihn so verstehen: Auf einen solchen auf den Inhaber ausgestellten Brief finden die Vorschriften . . . entsprechende Anwendung, man kann ihn aber ebensogut folgendermaßen lesen: Auf einen solchen Brief finden in jeder Hinsicht, sowohl was Herstellung wie weitere Schicksale betrifft, die Vorschriften . . . entsprechende Anwendung. Beide Lesarten vertragen sich mit dem Wortlaute, die letztere verdient jedoch den Vorzug, da sie die Anwendung auch des § 793 Abs. 2 Satz 2 BGB. für die Grundschuldbriefe ermöglicht und daher für die Praxis dienlicher ist. . . . (287): Muß auch bei der Inhabergrundschuld die staatliche Genehmigung gemäß § 795 als erforderlich anerkannt werden, so bleibt doch immer noch zweifelhaft, in welchem Zeitpunkte spätestens diesem Erfordernisse Genüge geschehen sein muß. Die Beantwortung dieser Frage ist für den Grundbuchverkehr von Wichtigkeit, da hier notwendig Klarheit darüber herrschen muß, ob eine solche Belastung erst eingetragen werden darf oder ob doch wenigstens die Briefe erst an den Eigentümer oder den von ihm benannten Dritten ausgehändigt werden dürfen, wenn dem Grundbuchamte das Vorhandensein der staatlichen Genehmigung nachgewiesen worden ist. . . . (295): Die richtige Ansicht ist, daß das Grundbuchamt die Belastung erst eintragen darf, wenn ihm das Vorhandensein der staatlichen Genehmigung in gehöriger Form (§ 29 GBO.) nachgewiesen ist. Denn erst auf dieser Grundlage gelangt eine wirksame Belastung zur Entstehung; vorher entsteht weder eine Gläubigergrundschuld noch eine Eigentümergrundschuld, das Grundbuchamt darf aber nur solche Eintragungen vornehmen, die alsbald eine wirksame Belastung des Grundstücks entstehen lassen. . . . (300): Der regelmäßig durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gemäß § 892 gewährleistete Schutz des Erwerbers eines Liegenschaftsrechts entfällt gegenüber der durch den § 795 bestimmten Nichtigkeit des Papiers.

Der Inhabergrundschuldbrief ist nichtig, d. h. er verbrieft ein nichtiges Recht, gleichviel der wievielte Erwerber ihn in Händen hat. Der scheinbare Gläubiger, der den Brief geltend machen will, ist der Erwerber einer gemäß § 795 nichtigen Urkunde und ist daher trotz dem § 892 nicht Grundschuldgläubiger; er ist vielmehr auf den ihm durch den § 795 Abs. 3 gegen den Eigentümer als den Aussteller des Briefes gegebenen Schadensersatzanspruch angewiesen. . . . (304): Da auch nach dem Untergange der Briefe die Möglichkeit, die Belastung zur Löschung zu bringen, besteht, so ist damit die Frage, ob auch § 799 für die Inhabergrundschuld zu gelten habe, bejaht; § 1162 ist für die besondere Fallgestaltung des § 1195 nicht anwendbar. Vom Standpunkte des Berechtigten mag freilich bei Verlust des Papiers der Ausschluß der Kraftloserklärung recht unerfreulich sein; aber da das Gesetz den infolge der Nichtamortisierbarkeit der Urkunde entstehenden Rechtsverlust bei Schuldverschreibungen zuläßt, muß in gleicher Weise eine solche Schädigung des Inhabers eines Grundschuldbriefs für billig erachtet werden. Für den Fall, daß die Kraftloserklärung der Briefe zugelassen ist, ergeben sich wiederum Zweifel, wohin sich derjenige, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, zu wenden hat, um neue Briefe zu erhalten. Denn § 800 BGB. gibt einen Anspruch gegen den Aussteller, nach § 67 GBO. dagegen erscheint das direkte Angehen des Grundbuchamts unter Ausschaltung dritter Personen angängig. Mit der herrschenden Lehre wird man sich dahin entscheiden müssen, daß der durch das Ausschlußurteil Legitimierte vom Grundbuchamte die Ausstellung einer neuen Urkunde verlangen kann, ohne den Eigentümer hinzuzuziehen. . . . (305): Die Rechte des aus der Inhabergrundschuld Berechtigten können durch Zeitablauf enden. Wenn der Inhaber die Urkunde nicht binnen einer Frist von 30 Jahren nach dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit zur Einlösung vorlegt, so erlischt sein Gläubigerrecht gemäß § 801 BGB. Erfolgt dagegen innerhalb der genannten Frist die Vorlegung, so tritt dieses Erlöschen des Gläubigerrechts nicht ein. Für Inhaberschuldverschreibungen gilt freilich die weitere Bestimmung, daß der durch die fristgemäß erfolgte Vorlegung gewahrte Anspruch aus der Urkunde nunmehr, in zwei Jahren von dem Ende der Vorlegungsfrist an verjährt. Die Anwendung dieses Satzes auf die Inhabergrundschuld wird aber fast allgemein abgelehnt, mit der Begründung, der Anspruch des Gläubigers sei ein Anspruch aus der Grundschuld und könne daher, gemäß der im § 902 aufgestellten Regel, nicht verjähren. Diese Beweisführung setzt sich aber zu Unrecht darüber hinweg, daß die beiden Fristen im § 801 BGB., die Vorlegungs- und die Verjährungsfrist, in engster Beziehung zueinander stehen und die zweite Frist sich wirtschaftlich nur als eine Erweiterung der ersten darstellt. . . . (308): Trotz § 902 BGB. ist demnach der Anspruch aus der Inhabergrundschuld gemäß § 801 Abs. 1 Satz 2 der Verjährung unterworfen.

§ 1196. KGJ. **43** 256, RJA. **12** 161 (KG.). Die Bestellung einer Eigentümergrundschuld gemäß § 1196 BGB. enthält eine Verfügung über das Grundstück, und zwar eine entgeltliche Verfügung. Sie ist daher nur mit Zustimmung der in Gütergemeinschaft lebenden Frau zulässig, falls nicht eine solche Zustimmung, wie durch § 3 WestfGüterrechtsG. vom 16. April 1860, nur für unentgeltliche Verfügungen vorgeschrieben ist.

§ 1198. 1. **RG.** 7. 6. 13, R. **13** Nr. 2424, BayRpflZ. **13** 355. Die Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek setzt nicht voraus, daß eine Forderung bereits besteht; es genügt, daß eine demnächst zu begründende Forderung, für welche die Hypothek bestehen soll, bezeichnet wird. . . . In dieser Hinsicht ist die Sachlage keine andere, als wenn eine Hypothek für eine in der Schuldurkunde als bestehend anerkannte Darlehnsforderung bestellt wird, in Wirklichkeit jedoch die Forderung erst durch Zahlung des Gläubigers an den Hypothekbesteller zur Entstehung gebracht werden soll: zunächst steht die Hypothek

als Grundschuld dem Eigentümer zu (§§ 1163 Abs. 1 Satz 1, 1177 Abs. 1 BGB.), mit der Entstehung der Forderung aber erlangt der Gläubiger die Hypothek als solche.

2. **RG.** BayRpflZ. **13** 355. Wenn die Umwandlung einer nicht ganz valutierten Baugeldgrundschuld in eine Hypothek, verbunden mit Abtretung des nicht valutierten Teiles an einen neuen Gläubiger erfolgt, so bedarf es zur Umwandlung der Mitwirkung des letzteren nicht, es müßte denn sein, daß der neue Gläubiger von vornherein als der Gläubiger des nicht valutierten Teiles gelten solle.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§ 1204. RJA. **12** 262, KGJ. **44** 269 (KG.). Das Gesetz erfordert die zahlenmäßige Angabe und Eintragung der dem Pfandrecht an einer Hypothek zugrunde liegenden Forderung nicht. Ihm ist insbesondere ein dem § 1190 BGB. entsprechendes Höchstbetragspfandrecht unbekannt. Das ist auch der Standpunkt der Rechtslehre (v. Staudinger, BGB. [7/8] Anm. I 2 a γ zu § 1204; Planck [3] Anm. 2 b α zu § 1204; RGRKomm. Anm. 10 zu § 1204; Crome, Bürgerliches Recht III 814, 817). Nur das muß gefordert werden, daß die Forderung bestimmbar ist, daß also durch ein Abkommen der Beteiligten für das Erwachsen des Anspruchs eine feste, die Gestaltung des Anspruchs genau bestimmende Grundlage geschaffen ist (s. **RG.** WarnE. **11** 315 Nr. 274). Die vorstehenden Ausführungen beziehen sich nicht nur auf den Fall, daß die Forderung zur Zeit der Bestellung des Pfandrechts objektiv unbestimmt ist, sondern auch auf den Fall, daß nur eine subjektive Unbestimmtheit vorliegt, daß also der Verpfändende zur Zeit der Verpfändung die Höhe der Forderung nicht kennt.

§ 1205. **RG.** R. **13** Nr. 852. Eine rechtswirksame Verpfändung kommt durch Aushändigung eines Zollniederlagescheins auch in Verbindung mit entsprechender Verständigung der Zollbehörde nicht zustande, wenn es sich nur um aliquote, körperlich nicht ausgeschiedene Mengen handelt.

§ 1209. OLG. **27** 153 (Hamm). Das einmal entstandene Pfandrecht, also nach § 1257 BGB. auch das gesetzliche, rangiert mit anderen dinglichen Rechten an der Sache nach der Zeit seiner Entstehung. Dieser Grundsatz ist zwar im BGB. nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber als selbstverständlich vorausgesetzt (vgl. § 1209 BGB., Planck und RGRKomm. dazu). Zu den anderen Rechten sind auch die Hypotheken- und Grundschuldrechte zu rechnen. Daß nämlich die Rangordnung nach der Zeit nicht bloß unter den Pfandrechten selbst gilt, ergibt die Entstehungsgeschichte des § 1209. . . . Diesem Ergebnisse steht auch der § 1120 BGB. nicht entgegen, wonach die Hypothek sich auf das Zubehör des Grundstücks erstreckt. Es ist damit noch nicht gesagt, daß diese Erstreckung unter Verdrängung oder Verletzung wohlerworbener Rechte Dritter erfolgt. Wie eine Grundgerechtigkeit vor einer Hypothek nicht weicht (**RG. 62** 100), so ist dasselbe auch von einem gesetzlichen Pfandrechte zu sagen. Der gute Glaube, der sonst im Sachenrechte Rechte Dritter schädigen kann, schützt nicht etwa den Hypothekar. Denn wie der gute Glaube darauf, ob das Zubehör dem Eigentümer oder einem Dritten gehört, keine Anwendung findet (RGRKomm § 1120 Anm. 5, Planck § 1120 Anm. 3), so kann er auch darauf keine Anwendung finden, wenn das Zubehör sonst dinglich belastet ist. Eine den §§ 933—936, 1207 BGB. entsprechende Bestimmung ist für die Verstrickung nicht gegeben. Der Glaube des Grundbuchs (§ 892 BGB.) trifft nur für die Angaben des Grundbuchs zu.

§ 1211. OLG. **26** 202 (Celle). Der Abs. 2 stellt klar, daß der Verpfänder, der vom persönlichen Schuldner verschieden ist, von diesem bei der Verwertung der aus dem persönlichen Schuldverhältnisse folgenden Einreden durchaus unabhängig ist.

§ 1215. 1. **RG.** R. **13** Nr. 58. In den Fällen einer Pfändung durch den Gerichtsvollzieher ist für eine Pflicht des Pfändungspfandgläubigers zur Verwahrung des Gepfändeten kein Raum, weil die Pfändung nicht zur Folge hat, daß die gepfändete Sache in seinen unmittelbaren Besitz kommt.

2. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 621. In der Sorge für die Verwahrung der Pfandsache ist eine Pflicht zur Versicherung nicht mit einbegriffen. Der Eigentümer kann die Versicherungsnahme selbst bewirken, ist aber auch seinerseits nicht hierzu verpflichtet (anders § 1134 Abs. 2 für das Grundpfand).

§§ 1223 ff. **RG.** R. **13** Nr. 3259. Die über die Art und Weise des Pfandverkaufs gegebenen Vorschriften gelten nicht auch für die Verwertung bei Sicherungsübereignung. Die Sicherungsübereignung stellt den Gläubiger freier als die Pfandbestellung; er verkauft die zur Sicherheit übereigneten Gegenstände als sein Eigentum, nicht kraft dinglichen Rechtes an fremder Sache; seine Sorgfaltspflicht bei der Veräußerung bestimmt sich nach dem persönlichen Auftragsverhältnis, in welchem er zum Übereigner und Schuldner steht.

§ 1223. 1. **RG.** R. **13** Nr. 3258. Der Verpfänder einer beweglichen Sache muß den Gläubiger befriedigen, ehe er die Rückgabe des Pfandes beanspruchen kann. Dasselbe gilt für die Sicherungsübereignungen.

2. OLG. **26** 203 (KG.). Nach dem Erlöschen des Pfandrechts ist das Pfand zurückzugeben (§ 1223 Abs. 1). Daher ist an sich Vorleistung des Schuldners die Befriedigung des Gläubigers. Eine Ausnahme macht § 1223 Abs. 2 für den Verpfänder. Die in SeuffA. **62** 104 ausgesprochene Auffassung, daß diese Ausnahme nur für den Drittverpfänder, nicht auch für den Schuldner, der zugleich Verpfänder ist, gilt, ist zu eng. Auch der persönliche Schuldner kann verlangen, daß ihm Zug um Zug gegen Befriedigung das Pfand zurückgegeben wird. Dazu gehört aber, daß die ganze Schuld bezahlt wird. Bei Angebot der ganzen fälligen Schuld kann der Schuldner die Rückgabe des Pfandes fordern. Hier fordert aber die Beklagte nicht die Rückgabe, sondern sie erhebt eine Einrede gegen die fällige, zugestandene Schuld. Diesen Fall deckt § 1223 Abs. 2 nicht.

§ 1229. 1. *Raape, Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung. Verboten sind sowohl die dingliche wie die obligatorische Verfallklausel, sowohl die Abrede des unmittelbaren Verfalls (Selbstverfalls) wie die eines bloßen Verfallrechts. — Wesentlich für die Klausel ist die Bedingung der nicht rechtzeitigen Befriedigung. Wo die Bedingung fehlt, da fehlt es an einer Voraussetzung des Verbots. — Wesentlich ist ferner, daß der Verfall zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers verabredet wird. Der Befriedigungszweck ist nicht nur bei der Abrede des rechnungsfreien, sondern auch bei der des rechnungspflichtigen Verfalls denkbar, also z. B. wenn das Pfandrecht nicht schlechthin, sondern zu einem bestimmten Preise verfallen soll. Gegensätze zum Befriedigungszwecke sind der Umsatz-, der Sicherungs- und der Strafzweck. — Auch die im Einzelfall unschädliche Verfallklausel ist verboten, das Verbot ist ein Gefährdungs- und nicht bloß ein Verletzungsverbot. Eine Ausnahme besteht nur für verpfändete Geldforderungen zufolge § 1282: Die Abrede des Verfalls einer zu Pfand gegebenen Geldforderung, auch einer selbst wieder hypothekarisch gesicherten, ist zulässig, soweit die Beträge der beiden Forderungen, der gesicherten und der sichernden, sich decken. — Das Verbot dauert bis zur Fälligkeit der Forderung, die Hypothekenforderung muß insbesondere auch dem dinglichen Schuldner gegenüber fällig sein. Teilweise Fälligkeit genügt; doch ist ein in fraudem legis agere nicht gestattet. Der Grundsatz, daß das Verbot von Amts wegen zu berücksichtigen sei, findet seine Schranke in dem Umstande, daß die Parteien nach der Fälligkeit freie Hand erhalten. Das Verbot gilt nicht nur bei Pfand (wobei zahlreiche Einzelheiten zur Erörterung kommen), sondern auch bei Reallasten, bei dem uneigentlichen Pfande und vor allem bei der Sicherungs-

übereignung, sowohl der unbedingten wie bei der bedingten, sei es der aufschiebend, sei es der auflösend bedingten. Die entgegengesetzte Meinung in Literatur und Praxis ist unrichtig. Doch hat die bedingte Sicherungsübereignung an und für sich mit dem Tatbestande der lex commissoria nichts zu tun, wie umgekehrt die lex commissoria nicht eine bedingte Sicherungsübereignung und das unter einer lex commissoria bestellte Pfand nicht eine Verbindung von Pfand und Sicherungsübereignung ist. Leist verkannte das, indem er Befriedigungs- und Sicherungszweck nicht genügend unterschied. Hingegen gilt das Verbot nicht bei Zurückbehaltungsrecht, Eigentumsvorbehalt, Wiederkaufsrecht und Strafversprechen, auch nicht dem sogleich realisierten. Wenn freilich die Parteien den mit der Realisierung des Strafversprechens objektiv gegebenen Sicherungseffekt auch subjektiv bezwecken, dann liegt eine Sicherungsübereignung und die Abrede vor, deren Verfall fällt wieder unter das gesetzliche Verbot.

2. *Raape aaO. 56. Der Fiduziar ist bei Verwertung der Fiduzia an die Regeln über den Pfandverkauf gebunden.

3. *Sonnenschein 94. § 1229 widerspricht nicht dem Zustande des Eigentumshabens zur Sicherung einer Forderung vor ihrer Fälligkeit, wie sich aus § 455 ergibt, steht daher der Gültigkeit der Sicherungsübereignung nicht entgegen; im Rahmen der Sicherungsübereignung ist § 1229 aber analog anzuwenden (s. oben Ziff. 1 zu § 117).

§ 1253. *Eckstein, GruchotsBeitr. **57** 647. Die gesetzliche Vermutung ist durch bloße Gegenvermutung zu entkräften (vgl. zu § 292 ZPO.).

§ 1258. KGJ. **43** 268 (KG.). Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 1258 BGB. sprechen dafür, daß der Pfandgläubiger nach Aufhebung der Gemeinschaft das Pfandrecht an dem an die Stelle des Miteigentumsanteils tretenden Gegenstande nicht kraft Gesetzes, sondern erst durch Zuweisung erwirbt. Jedenfalls kann aber auf Grund des § 1258 Abs. 3 nicht ein Pfandrecht an einem Hypothekenbrief unabhängig von dem Pfandrecht an der Hypothek selbst entstehen.

Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten.

§ 1273. KGJ. **44** 269 (KG.). Das Pfandrecht an der Hypothek kann bedingt oder befristet sein.

§ 1274. 1. R. **13** Nr. 2578 u. 2633 (BayObLG.). Die Verpfändung des Nacherbenrechts bedarf gerichtlicher oder notarieller Beurkundung des Vertrags. Ist die Verpfändung eines Nacherbenrechts formell unwirksam, so kann sie auch nicht hinsichtlich einer zur Erbschaft gehörigen Hypothek deshalb aufrecht erhalten werden, weil die Form der Hypothekverpfändung erfüllt ist.

2. OLG. **26** 206 (Hamburg). Zur Verpfändung von vinkulierten Namensaktien im Sinne der §§ 180 Abs. 3, 222 Abs. 4 HGB. genügt nicht formlose Einigung und Übergabe der Urkunden; es ist vielmehr auch Zustimmung der Gesellschaft nötig.

§ 1276. *Gerner, BadNotZ. **13** 45 ff. Auseinandersetzung vor Überweisung und Erbteilsübertragung auch nachher noch sind nur als „Änderung" nach Abs. 2 anzusehen.

§ 1277. Vieweg, SächsRpfl. **13** 285. Das Gesetz will im § 1277 BGB. das durch einen Vertrag begründete Pfandrecht dem Pfändungspfandrechte gleichstellen, das die Voraussetzung für die nach §§ 835, 844 ZPO. zu treffenden gerichtlichen Anordnungen bildet. Diese Annahme liegt um so näher, als sich die beiden Arten des Pfandrechts ihrem Inhalte nach nur insofern voneinander unterscheiden, als das Vertragspfandrecht aus sich selbst die Einziehung der Forderung erlaubt (§ 1282 BGB.), während hierzu für das Pfändungspfandrecht eine besondere ge-

richtliche Anordnung nötig ist. Das Vertragspfandrecht ist also das stärkere, und eine Pfändung der Hypothek durch einen Beschluß des Vollstreckungsgerichts kann deshalb dem Pfandgläubiger das Pfandrecht nur mit geringeren Befugnissen ausgestattet zusprechen, als es ihm bereits durch Vertrag zusteht. Eine nochmalige Pfändung ist also überflüssig, zumal wenn die Wirksamkeit des Vertragspfandrechts durch ein Urteil rechtskräftig festgestellt worden ist.

§ 1279. 1. OLG. **26** 204 (KG.). Mangels einer wirksamen Verpfändung der Forderung kann auch ein Pfandrecht an dem Sparkassenbuche selbst nicht entstehen, denn nach § 952 Abs. 1 teilt das Buch das Schicksal der Forderung. Eine selbständige Verpfändung des Buches ohne die Forderung ist mit dem Charakter des Buches nicht vereinbar.

2. OLG. **26** 203 (Hamburg). Verpfändung von Mieten im Sinne einer Abtretung.

§ 1280. 1. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 79. Ist die Verpfändung unwirksam, weil nicht der Verpfänder, sondern der Pfandnehmer die Anzeige gemacht hat, so kann gleichwohl Verwandlung in eine Abtretung oder Überweisung zur Einziehung in Frage kommen (aM. **RG. 79** 306).

2. **RG.** R. **13** Nr. 2304. Zur Wirksamkeit der Verpfändung eines Erbteils bedarf es nicht der Anzeige des „Gläubigers" an den „Schuldner", weil es sich nicht um die Verpfändung einer Forderung handelt.

3. OLG. **26** 204 Anm. (KG.). Die Verpfändung der Forderung kann auch der Pfandnehmer selbst als Bevollmächtigter des Gläubigers wirksam anzeigen, weil der § 1280 die Stellvertretung nicht ausschließt.

§ 1282. *Raape, Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung. Aus § 1282 Abs. 1 Satz 2 folgt die Zulässigkeit der weitergehenden Abrede, daß die verpfändete Geldforderung dem Gläubiger an Zahlungsstatt verfallen soll, also eine Ausnahme von dem Verbote des § 1229 (s. Ziff. 1 zu § 1229).

§ 1288. **RG.** R. **13** Nr. 1888. Tritt bei einer Lebensversicherung zugunsten der Ehefrau die Versicherungsgeberin satzungsgemäß oder weil der Versicherungsnehmer sich freie Verfügung bis zu seinem Tode vorbehalten hat, nicht in ein Vertragsverhältnis zu der bedachten Person, so ist diese an die ausdrücklich vorbehaltene Verfügung des Ehemanns als Versicherungsnehmers, insbesondere an Abtretungen und Verpfändungen gebunden.

§ 1289. BreslauAK. **13** 48 (Breslau). § 1289 Satz 2 betrifft nur die Fälle, in denen sich kraft Gesetzes (§ 1289 Satz 1) das Pfandrecht auf die Zinsen mit erstreckt.

§ 1293. OLG. **26** 204 Anm. (KG.). Bei Verpfändung von Namenspapieren ist § 932 nicht anwendbar, da sie nicht gleich den Inhaberpapieren im § 1293 zu den beweglichen Sachen gerechnet werden.

§ 1294. OLG. **26** 207 (KG.). Pflichten des Pfandleihers, der Versatzscheine eines Kgl. Leihamts als Unterpfand annimmt.

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

Erster Titel. Verlöbnis.

Literatur: Sternberg, Das Anwendungsgebiet des § 1301 BGB., ABürgR. **39** 242—259.

§ 1297. 1. Natur des Verlöbnisses (JDR. **10, 11** 1). a) *Ullrich, Unterfällt das Verlöbnis den allgemeinen Sätzen über Verträge nach §§ 145 ff. BGB.? 44 ff. Das Verlöbnis im Sinne von Verlobung ist ein familienrechtlicher Vertrag zweier Personen verschiedenen Geschlechts, künftig die Ehe miteinander eingehen und gegenwärtig ein auf die Ehe hinzielendes, familienrechtliches Verhältnis wechselseitiger Angehörigkeit herstellen zu wollen. Daraus ergibt sich: Das

Verlöbnis unterfällt den allgemeinen Sätzen über Verträge nach §§ 145 ff. BGB., soweit sich nicht aus seiner spezifisch familienrechtlichen Natur zwingende Ausschlußgründe ergeben. b) Josef, Bedingte Verlöbnisse, KGBl. **13** 105 ff. Die Einigung der Beteiligten beim Verlöbnisse geht nicht auf bloße Begründung eines Brautstandes zwecks künftiger Verheiratung, sondern die Beteiligten übernehmen gegeneinander die Verpflichtung zur demnächstigen Eheschließung. Wie aber die Beifügung einer Bedingung die Wirkung jeder (rechtsgeschäftlichen wie auch sonstigen) Erklärung aufschiebt, so schiebt sie auch die Wirkung der als Verlöbnis bezeichneten Einigung auf, d. h. eine solche Einigung hat, wenn einer der Verlobten seine Verpflichtung zur Eheschließung vom Eintritt einer Bedingung (z. B. Zustimmung seines Vaters) abhängig macht, vor dem Eintritte der Bedingung nicht die Wirkung eines Verlöbnisses.

2. a) BadRpr. **13** 78 (Karlsruhe). Der Verlöbnisvertrag ist nach dem Rechte zu beurteilen, in dessen Gebiet die Eheschließung erfolgen soll (**RG.** GruchotsBeitr. **47** 135, JW. **02** 448). b) **RG.** JDR. **11** Ziff. 1 jetzt auch SeuffA. **68** 148 ff.

§ 1298. 1. *Unger, Selbstmord im bürgerlichen Rechte 120 ff. Selbstmord eines Verlobten ist nicht als Rücktritt vom Verlöbnis anzusehen, sondern steht in jeder Hinsicht einem unfreiwilligen Tode gleich.

2. BadRpr. **13** 21 (Karlsruhe). Lungenleiden wichtiger Grund für den Rücktritt.

§ 1301. *Sternberg, ABürgR. **39** 242 ff. § 1301 schafft einen besonderen Konditionsfall auf Grund eines besonders normierten Tatbestandes. I. Bei Nichtigkeit des Verlöbnisses kann Rückgabe der Geschenke nicht auf Grund des § 1301, sondern nur auf Grund der allgemeinen Vorschriften über die Herausgabe einer unberechtigten Bereicherung gefordert werden. Nichteintritt des mit der Hingabe der Geschenke bezweckten Erfolges liegt aber beim Unterbleiben der Eheschließung nur vor, wenn die geschenkten Sachen nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bestimmung des Schenkers während der Ehe Verwendung finden sollten. Die Rückforderung auch dieser Sachen ist aber ausgeschlossen, wenn in der Person des Schenkers die Voraussetzungen des § 815 vorlagen. II. Bei gültigem Verlöbnisse sind zwei Gruppen von Geschenken zu unterscheiden: solche, die zur Verwendung in der Ehe bestimmt sind, und solche, die lediglich als Zeichen der Zuneigung gegeben sind. Nur die Geschenke der ersteren Gruppe können nach § 1301 zurückgefordert werden; eine Rückforderung der Geschenke der zweiten Gruppe ist dagegen ausgeschlossen. Das ergibt sich aus der dispositiven Natur des § 1301. Die Rückforderung der Geschenke der zweiten Gruppe würde der allgemeinen Sitte widersprechen und kann deshalb nicht als in der Absicht der Beteiligten liegend vermutet werden. Jedoch kann im Falle grundloser Auflösung des Verlöbnisses für die Geschenke der zweiten Gruppe Ersatz nach §§ 1298, 1299 verlangt werden. Mit der Hingabe der Geschenke der ersten Gruppe wird ein bestimmter Erfolg, nämlich ihre Benutzung während des Ehestandes, bezweckt; daher ist auch bei gültigem Verlöbnis ihre Rückforderung ausgeschlossen, wenn in der Person des Schenkers die Voraussetzungen des § 815 vorliegen.

Zweiter Titel. Eingehung der Ehe.

§ 1312. *Kimmig, Der Ehebruch als Ehehindernis, JW. **13** 73 ff. Es ist schwer, den Zweck der Vorschrift zu ergründen. Ihre Aufnahme in das BGB. erfolgte zweifellos in erster Linie aus Gründen der Tradition, der Gesetzesvererbung. Doch kannte weder das römische noch das kanonische Recht eine entsprechende Bestimmung; und auch heute besteht das Eheverbot in den meisten Kulturstaaten nicht. Es sprechen gewichtige Momente für die Beseitigung des Verbots. Die Gründe, die für die Beibehaltung angeführt werden könnten, sind leicht zu widerlegen. Ein Gesetz, das den Ernsten trifft und dem Leichtsinnigen hilft, kann kein gutes Gesetz sein.

Dritter Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

§ 1333. v. Brünneck, GruchotsBeitr. **58** 59 ff. hält eine auch nur entsprechende Anwendung des § 1333 auf eine nach § 1350 anzufechtende Ehe für ausgeschlossen. Die von dem verlassenen Ehegatten nach Todeserklärung seines früheren Ehegatten geschlossene neue Ehe ist eine zur Zeit ihrer Eingehung mangelfreie und darum vorerst noch durchaus gültige Ehe (aA. die herrschende Meinung). Vgl. unten Ziff. 1 zu § 1343.

§ 1337. RG. 9. 1. 13, JW. **13** 378. Wird ein auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft gerichteter Rechtsstreit nach Kenntnis von Eheanfechtungsgründen in der Absicht fortgesetzt, die Grundlage einer Ehescheidung wegen böslicher Verlassung zu erlangen, so ist eine Bestätigung der Ehe im Sinne des § 1337 Abs. 2 hierin nicht zu erblicken.

§ 1343. 1. v. Brünneck, GruchotsBeitr. **58** 67. Es verträgt sich sehr wohl mit Wortlaut und Sinn des § 1343, wenn man die Worte „von Anfang an" verschieden deutet, je nachdem, ob eine Ehe in Frage steht, die mit dem Mangel eines der trennenden Ehehindernisse der §§ 1331—1335 behaftet ist, oder ob es sich um eine nur allein aus § 1350 anzufechtende Ehe handelt, deren Anfechtbarkeit nicht mit deren Schließung zusammenfällt, sondern erst hinterher möglicherweise eintritt. Der Zeitpunkt, von dem ab diese als nichtig anzusehen ist, fällt mit dem Eintritt ihrer Anfechtbarkeit zusammen. Von da ab erst wird ihre Nichtigkeit bedeutsam, und fortan vermag diese rechtliche Wirkungen zu äußern. Vgl. auch unten zu § 1350.

2. **RG.** 25. 4. 13, DJZ. **13** 1074, GruchotsBeitr. **57** 1010 ff. Die Nichtigkeit einer Ehe hat auch das Wiederaufleben des durch Wiederverheiratung erloschenen Rechtes auf Witwenpension zur Folge.

Vierter Titel. Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung.

Literatur: v. Brünneck, Wann wird eine Ehe im Falle des § 1350 BGB. anfechtbar und von wann ab ist sie nach rechtskräftig gewordener Anfechtung als nichtig anzusehen? GruchotsBeitr. **58** 59—77.

§ 1348. 1. v. Brünneck, GruchotsBeitr. **58** 74 erachtet eine analoge Anwendung des § 1348 Abs. 1 auf die von dem gutgläubig neuen Ehegatten des Toterklärten mit diesem geschlossene Ehe für gerechtfertigt. Im Gegensatze zur herrschenden Meinung nimmt er daher an, daß, wenn die neue Ehe, welche der frühere Ehegatte des für tot Erklärten schloß, für nichtig erklärt wird, darum doch die frühere Ehe, in welcher dieser mit dem für tot Erklärten stand, nicht wieder auflebt.

2. *Weck, Die Sprache im deutschen Rechte, kennzeichnet u. a. an der Hand des § 1348 den Stand der deutschen Rechtssprache.

§ 1350. v. Brünneck, GruchotsBeitr. **58** 70 ff. Wenn der die Todeserklärung überlebende Ehegatte, nachdem seine frühere Ehe infolge der Wiederverheiratung des von ihm verlassenen Ehegatten gelöst ist, bis zum Eintritte der Anfechtbarkeit der durch diesen geschlossenen neuen Ehe unverehelicht geblieben und die von dem zurückgebliebenen Ehegatten inzwischen geschlossene neue Ehe für nichtig erklärt worden ist, so dringt dieser mit einer Klage auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft gegen den Zurückgekehrten nicht durch. Zwar hat die Nichtigkeitserklärung der vom verlassenen Ehegatten geschlossenen neuen Ehe das Wiederaufleben der früheren, durch die Wiederverheiratung des verlassenen Ehegatten gelösten Ehe herbeigeführt, aber die frühere Ehe des Toterklärten vermag nur in der Form und Gestalt wieder aufzuleben, die sie hatte, als die von dem verlassenen Ehegatten geschlossene neue Ehe anfechtbar wurde. Damals war der Verschollene und für tot Erklärte des Ehebandes gegenüber dem verlassenen Ehegatten entledigt und darum befugt, von diesem getrennt zu leben. Und wenn-

gleich auch infolge Eintritts der Anfechtbarkeit und der auf erhobene Anfechtungsklage ausgesprochenen Nichtigkeit der neuen Ehe der verlassene Ehegatte die Freiheit, seinerseits eine neue Ehe einzugehen, verliert, so wird man ihn darum doch nicht zwingen können, daß er von seinem Sonderleben abstehe und eine Lage aufgebe, in welche ihn die Wiederverheiratung seines Ehegatten versetzt hatte und die er als ein von Rechts wegen erworbenes und zu schützendes Gut ansehen darf (71). →→ Diese Ansicht ist jedenfalls aus den verschiedensten Gesichtspunkten anfechtbar. Red. ←←

Fünfter Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

§ 1353. 1. Rechtsmißbrauch. a) **RG.** 9. 1. 13, JW. **13** 378, SächsRpflA. **13** 511. Ist die Krankheit eines Ehegatten so geartet, daß bei dem Zusammenleben der Parteien die Gesundheit des anderen Ehegatten, seine Fähigkeit zur Erfüllung von Berufspflichten und familienrechtlichen Aufgaben untergraben würde, so ist ihm die Aufnahme der ehelichen Gemeinschaft nicht zuzumuten. b) SächsRpflA. **13** 347 ff. (Dresden) weist die auf die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft gerichtete Klage zurück, weil der beklagten Frau nicht zugemutet werden könne, mit dem an Syphilis erkrankt gewesenen Manne zusammen zu leben. Die Erklärung des Mannes, er verzichte auf die Ausübung des Beischlafes mit der Beklagten, schließt den Mißbrauch seines Rechtes nicht aus, denn die Übertragung des luetischen Giftes kann auch ohne Ausübung des Beischlafes bei dem nahen Verkehre zwischen Ehegatten erfolgen. c) BundesA. f. d. Heimatwesen DJZ. **13** 1324. Das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft stellt sich auch dann als ein Mißbrauch seines Rechtes dar, wenn ihm in Anbetracht seines Geisteszustandes eine Schuld an seinem früheren objektiv ehewidrigen Verhalten nicht zur Last fällt, wenn aber der andere Teil befürchten muß, daß im Falle der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft sich die als ehewidriges Verhalten charakterisierenden Handlungen wiederholen werden.

2. **RG.** 5. 6. 13, JW. **13** 1037 f. Die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten werden nicht dadurch berührt, daß die eheliche Lebensgemeinschaft zwischen ihnen aus einem der Gründe des § 1353 Abs. 2 aufgehoben ist. (vgl. schon **RG. 67** 1).

§ 1357. 1. KGBl. **13** 29 (LG. III Berlin). Die Ehefrau ist verpflichtet, die von ihr gemachten Haushaltsschulden aus eigenen Mitteln zu bezahlen, wenn sie bei ihrer Kenntnis der ungünstigen wirtschaftlichen Lage ihres Ehemanns damit rechnen mußte, daß ihr Ehemann zur Bezahlung derselben nicht imstande sein werde.

2. SächsOLG. **34** 63 (Dresden). Tritt während des Streites über die Rechtmäßigkeit der Entziehung der Schlüsselgewalt eine Trennung der Ehegatten ein, so äußert diese keinerlei rechtlichen Einfluß auf die in die Zeit vor die Trennung fallende Entziehung der Schlüsselgewalt.

3. BayObLG. **14** 381, BayRpflZ. **13** 380, R. **13** 2579 (BayObLG.). Die Rechte der Frau werden dadurch beeinträchtigt, daß der Mann in das Güterrechtsregister eintragen läßt, daß er der Frau die Schlüsselgewalt entzogen habe, obwohl diese aus einem anderen Grunde wegfiel. Denn dadurch, daß der Frau die Schlüsselgewalt durch eine Verfügung des Mannes entzogen wird, wird sie vor der Öffentlichkeit als eine Person hingestellt, die ihrem Manne schuldhafterweise Anlaß zu jener Maßregel gegeben hat. Daß dies das Ansehen und die Kreditfähigkeit der Frau beeinträchtigen muß, liegt auf der Hand. Es liegt aber auch ein Mißbrauch des Rechtes des Mannes vor. Er kann freilich nicht schon darin erblickt werden, daß der Mann ein Recht ausschließt, das der Frau nicht mehr zusteht, daß er also eine an sich bedeutungslose Handlung vornimmt. Wohl aber liegt er darin, daß er diese Handlung so vornimmt, daß sie das Ansehen seiner Frau in der Öffentlichkeit heruntersetzen muß.

4. Einfluß der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auf die Schlüsselgewalt (JDR. **9** II 2)). MecklZ. **32** 316 (Rostock). Das getrennte Leben der Ehegatten allein macht den Ausschluß der Schlüsselgewalt nicht unmöglich (vgl. auch KG. RJA. **7** 168).

5. OLG. Braunschweig, JDR. **11** Ziff. 3 jetzt auch OLG. **26** 212 ff.

§ 1360. OLG. **26** 216 (Hamm). Die Auffassung von Staudinger, Note 10 zu § 1360, daß Verträge zur Abänderung des § 1360 wirksam seien, soweit sie nicht im Einzelfalle nach § 138 nichtig sind, wird den für die Ehe gegebenen Vorschriften nicht gerecht. Diese sind regelmäßig zwingender Natur.

§ 1361. 1. BayRpflZ. **13** 115 (Bamberg). Wenn Ehegatten getrennt leben, hängt der Anspruch auf Entrichtung einer Geldrente oder eines Unterhaltsbeitrags gemäß § 1361 nicht von einer Aufforderung zur Herstellung des ehelichen Lebens ab (aM. z. B. Staudinger).

2. HansGZ. **13** Beibl. 124 (Hamburg). Für den Fall, daß die Frau im Besitze der Haushaltsachen ist, kennt das Gesetz eine dem § 1361 entsprechende Vorschrift nicht.

3. BayObLG. R. **13** 1466. Die nach dem Abs. 2 des § 1361 eintretende Beschränkung der Unterhaltspflicht, deren Voraussetzungen der Mann zu beweisen hat, bildet eine Ausnahme, die schon nach dem Wortlaute nicht auf den Fall zu beziehen ist, daß beide Ehegatten Vermögen besitzen, sondern sich auf Fälle bezieht, in denen die Billigkeit einen von der Regel der §§ 1360, 1361 Abs. 1 abweichenden Ausgleich fordert, z. B. wenn einer wohlhabenden Frau ein Vermögensloser oder erwerbsunfähiger Mann gegenübersteht.

§ 1362. *Eckstein, GruchotsBeitr. **57** 647. Die gesetzliche Vermutung ist durch bloße Gegenvermutung zu entkräften (vgl. unten zu § 292 ZPO.).

Sechster Titel. Eheliches Güterrecht.

Vorbemerkung: Die Ausbeute an bedeutsamen Entscheidungen ist nur gering, ebenso die Zahl der Aufsätze.

I. Gesetzliches Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1363. OLG. **26** 224 (Braunschweig). Das Getrenntleben hat keinen Einfluß auf die Güterrechtsverhältnisse und gibt deshalb nicht das Recht, vertragsmäßigen Mitbesitz, vertragsmäßige gemeinschaftliche Vermögensverwaltung aufzuheben. Bestätigt durch **RG.** JW. **13** 1038.

§ 1368. OLG. **26** 218 (Braunschweig). Schenkungen des Mannes an die Frau werden ohne Ehevertrag eingebrachtes Gut, nicht Vorbehaltsgut. Der Verzicht des Mannes auf Herausgabe hat nur die Bedeutung der Aufgabe seiner ehemännlichen Rechte zugunsten der Frau.

§ 1369. 1. *Kiefer, Gehaltsverfügungen 117. Die Zuwendung unter Lebenden muß sowohl auf seiten der Frau wie auf seiten des Zuwendenden eine unentgeltliche sein. Bei einem Gehaltsvertrage zugunsten der Frau handelt der Arbeitgeber nicht in Schenkungsabsicht, weshalb der der Frau zugewendete Gehaltsteil nicht Vorbehaltsgut wird.

2. **RG..80** 217 ff., JW. **13** 39. Mitgift und Ausstattung (nicht Aussteuer) ist eine unentgeltliche Zuwendung, welche unter § 1369 fällt.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§ 1373. **RG.** RGRKomm. § 1373. Der Schadensersatzklage des Mannes gegenüber können Einwendungen aus dem Besitzrechte der Frau berücksichtigt werden.

§ 1374. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 828. Soweit dies ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, hat der Ehemann auch Versicherung zu nehmen. Diese

Versicherungspflicht ist nicht der des § 1045 gleichzustellen. Der Nießbraucher ist nur gehalten, Sachen und Rechte unter Versicherung zu bringen, für den Ehemann, dem nicht eine Erhaltungs-, sondern eine Verwaltungspflicht obliegt, kommt auch eine reine Vermögenswert-, insbesondere eine Haftpflichtversicherung in Frage.

§ 1375. Mitabschluß des Mietvertrags durch die Frau. Vgl. zunächst oben Ziff. I 2 zu § 535. Örtmann, DJZ. **13** 403 verteidigt seine frühere Auffassung, daß ein akzessorisches Vertragsverhältnis vorliege, die Frau auch Rechte wie Pflichten übernehme; das akzessorische Moment schütze die Frau, die Reichelsche Konstruktion decke sie nicht.

§ 1380. RG. 8. 4. 11, RGRKomm. § 1380 Note 5. Ein den Vorschriften der §§ 1375, 1380 zuwider ergangenes Urteil kann in der Rechtsmittelinstanz mit der Maßgabe wieder hergestellt werden, daß die Zahlung an den Mann nur mit Zustimmung der Ehefrau zu erfolgen habe.

§ 1383. 1. Bourier, DNotV. **13** 37 läßt die Eintragung einer verzinslichen Frauenhypothek am Mannesgrundstück ohne Nachweis, daß das ehemännliche Nutzungsrecht ausgeschlossen ist, zu, weil das Grundstück nicht dazu bestimmt sei, über das ehemännliche Nutzungsrecht oder dessen Ausschließung Aufschluß zu geben (vgl. JDR. **11**).

2. R. **13** Nr. 361 (Stuttgart). Der Schuldner des Leibgedinges kann gegenüber dem Ehemanne, der die Rate einfordert, nicht mit Ansprüchen gegen die Ehefrau aufrechnen.

3. **RG. 80** 5. Der Ehemann ist in bezug auf die Zinsen der von seiner Ehefrau anfechtbar erworbenen Hypothek Rechtsnachfolger nach § 11 AnfG.

§ 1384. 1. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 829. Die — unbestritten vorhandene — Verpflichtung des Ehemanns zur ordnungsmäßigen Versicherung läßt sich nicht aus § 1384 in Verb. mit § 1045 folgern, sie ergibt sich vielmehr aus der allgemeinen Verwaltungspflicht des § 1374.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1467. Lagert der Ehemann kraft eigenen Rechtes Illaten der Frau ein, so kann der Lagerhausbesitzer dem Herausgabeanspruche der Frau gegenüber kein Zurückbehaltungsrecht wegen Lagergeld entgegensetzen, da sie nicht Vertragsschuldnerin ist.

3. HansGZ. **13** Beibl. 96 (Hamburg). Für Kosten der einstweiligen Verfügung haftet der Ehemann dann nicht mehr, wenn der Hauptanspruch, welchen die Verfügung sichern sollte, rechtskräftig abgewiesen ist.

§§ 1385, 1388. 1. Heinsheimer, Wehrbeitrag und eheliches Güterrecht, DJZ. **13** 557. Der Wehrbeitrag ist eine außerordentliche auf den Stammwert des Eingebrachten gelegte Last, trifft also nicht den Mann.

2. Schulzenstein, Tragung öffentlicher Lasten durch den Ehemann, ABürgR. **38** 265, wendet sich gegen zwei Urt. des PrOVG. **61** 110, DJZ. **13** 870. In der ersten Entsch. wird der nicht evangelische Ehemann von der Haftung für die Kirchensteuer für die evangelische Ehefrau freigestellt, weil er nach dem Steuergesetze nicht in die Steuerrolle aufgenommen werden kann. In der zweiten Entscheidung wird der Ehemann freigestellt von der Verpflichtung, eine Einfriedigung des Grundstücks aus der Baufluchtlinie zu beseitigen und den Bürgersteig zu befestigen, weil hier eine außerordentliche Last, die nur einmal und aus besonderem Anlaß eintrete, vorliege. Schulzenstein hält dagegen an seinen Prinzipien, vgl. ABürgR. **29, 33** und JDR. **5, 6, 7,** fest, er läßt die §§ 1385 Nr. 1 und 1388 Pflichten auch für das öffentliche Recht begründen, selbst wenn das Kirchensteuergesetz ausdrücklich den nicht evangelischen Mann freistelle. Er läßt auch im zweiten Falle den Mann haften; es entscheide die Natur der Last, ob sie auf den Stammwert gelegt sei. In dem zweiten Falle liege eine persönliche Verpflichtung vor, die den Ehemann verbinde.

§ 1387. 1. OLG. **26** 220, SeuffA. **68** 334 (München). Das der Frau in ihrem Rechtsstreite gegen den Mann bewilligte Armenrecht gilt bei gesetzlichem Güterstande grundsätzlich auch zugunsten des Mannes.

2. OLG. **26** 220 (Nürnberg). Die Frau, der das Armenrecht einmal bewilligt ist, hat keinen Anspruch auf nachträglichen Vorschuß für Annahme eines Anwalts (vgl. ebenso HansGZ. **12** Beibl. 300).

3. SeuffA. **68** 330, SchlHolstA. **13** 77 (Kiel). Nach Rechtskraft des die Frau in die Kosten verurteilenden Scheidungsurteils hat der Mann die Kosten der Gerichtskasse insoweit zu ersetzen, als er vorher schon vorschußpflichtig war, nicht aber die weiteren Gebühren und Auslagen.

4. Bechert, R. **13** 433 verneint die Haftung des Ehemanns für die Kosten eines von ihm nach § 340 StPO. eingelegten erfolglosen Rechtsmittels, jedenfalls dann, wenn der Ehemann, lediglich um dem Vorwurfe mangelnder Pflichterfüllung zu entgehen, dies Rechtsmittel eingelegt hat.

5. Müller, DJZ. **13** 1438. Der Anspruch der Ehefrau auf Leistung eines Prozeßkostenvorschusses kann vom Manne nicht gepfändet werden. Er ist begründet aus der Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung und setzt voraus, daß der Ehemann überhaupt Frauengut verwaltet und die Frau nicht genügend freies Vermögen besitzt (gegen den RGRKomm. § 1387 Note 6). Die einstweilige Verfügung kann nicht aus § 627, sondern nur aus § 940 ZPO. begründet werden.

6. HansGZ. **12** Beibl. 296 (Hamburg). Der Anspruch der Frau auf Tragung der Kosten im Prozesse der Eheleute untereinander entspringt nicht der Verwaltungspflicht des Ehemanns, sondern ist stets durch die Erledigung des Hauptprozesses bedingt. Soweit also nicht § 940 ZPO. eine einstweilige Regelung zuläßt, hat die Ehefrau keinen klagbaren Anspruch auf Erstattung der ihr erwachsenen Anwaltskosten des Scheidungsprozesses vor dem Urteile.

§ 1389. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 711. Der Schadensersatzanspruch einer Frau wegen Veränderung ihrer Erwerbsfähigkeit infolge eines Haftpflichtunfalls enthält auch insofern einen eigenen Vermögensnachteil, als die Annahme der Dienstboten an Stelle der Ehefrau für häusliche Arbeiten eine mittelbare Minderung der Bezüge der Ehefrau gegen den Ehemann zur Folge hat.

§ 1394. OLG. **26** 218 (Braunschweig). Außer dem Ausnahmefall des § 1391 kann die Ehefrau niemals Sicherheitsleistung während der Ehe verlangen.

§§ 1395, 1399. **RG.** **80** 247, JW. **13** 205. Auftrag und Vollmacht zur Grundstücksveräußerung erlöschen nicht durch die Eheschließung. Die Ehefrau kann in diesem Falle zur Auflassung auf Grund des Vertrags verurteilt werden, der Ehemann jedoch zur Duldung der Zwangsvollstreckung nur dann, wenn die Ehefrau mit dem Zeitpunkte der Eheschließung den Auftrag widerrufen konnte, weil nur dann eine rein voreheliche Verpflichtung vorliegt.

§ 1395. 1. Bourier, BayNotZ. **13** 379 verlangt für eine auf die Ehefrau ausgestellte Vollmacht des Ehemanns, daß sie die ehemännliche Einwilligung zu den vorzunehmenden Rechtsgeschäften im voraus enthalte und ebenso bei einer Generalvollmacht an einen Dritten eine Ermächtigung zur Erteilung dieser Einwilligung für alle Rechtsgeschäfte der Ehefrau.

2. Böhm, Bedarf die Ehefrau zum Antrag auf Zwangsversteigerung der Einwilligung des Ehemanns? DJZ. **13** 1135 macht den Unterschied, daß, soweit lediglich eine Vollstreckungshandlung in Frage stehe, die Zustimmung des Mannes nicht nötig sei, während sie nötig sei, wenn eine Verfügung über die Forderung stattfindet. Soweit also die Versteigerung betrieben wird wegen einer nicht eingetragenen Forderung, hält er die Zustimmung des Mannes nicht für gegeben, während sie notwendig sei bei dem Zwangsversteigerungsantrage wegen eines eingetragenen Rechtes.

§§ 1395, 1409. KGJ. **43** 63, ZBlFG. **13** 542, **14** 39, RheinNotZ. **12** 306 (KG.). Zur Einwilligung in die Veräußerung der Illatengrundstücke bedarf der Pfleger des Ehemanns nicht der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts, weil die Aufgabe des gesetzlichen Nießbrauchs des Ehemanns kein Recht am Grundstücke selbst betrifft.

3. Schuldenhaftung.

§ 1411. 1. Meikel, Einfluß des Güterstandes auf die Passivlegitimation bei Anfechtungsprozessen, R. **13** 158. Gehört der Erwerb zum eingebrachten Gute, so muß der Ehemann die Vollstreckung des Anfechtungsgläubigers gemäß § 1411 dulden. Entscheidend ist § 1411, nicht § 1412, wie Falkmann annimmt. Für die Prozeßkosten der Ehefrau haftet der Ehemann nach §§ 1387, 1388. Die Haftung wird aber auch ausgeschlossen sein, soweit die Anfechtung als unerlaubte Handlung anzusehen sei (§ 1415 Nr. 3). Ist der Erwerb Vorbehaltsgut, so ist die Duldungsklage unzulässig, auch wenn die Ehefrau ein konsentiertes Erwerbsgeschäft betreibt.

2. KGBl. **13** 102 (KG.). Die Leistungsklage gegen die Frau und Duldungsklage gegen den Ehemann haben verschiedene Wertobjekte. Kosten sind bei getrennter Entscheidung nach dem Wertverhältnisse zu verteilen.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1418. **RG.** 2. 3. 11, RGRKomm. Note 6. Längere Unterlassung der Unterhaltspflicht bei vorhandenem Vermögen des Mannes begründet den Schluß, daß auch in Zukunft die Unterhaltspflicht verletzt wird.

§ 1421. 1. *Häfele, WürttZ. **13** 65 ff. Beim gesetzlichen Güterstande sind die Bestellungskosten eines landwirtschaftlichen eingebrachten Grundstücks im Falle der Beendigung des Güterstandes oder bei Veräußerung des Grundstücks dem Manne dann zu ersetzen, wenn die Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des laufenden Jahres, nach dem Zeitpunkte des Beginns der Nutznießung gerechnet (nicht des Wirtschaftsjahrs), zu trennen wären, und insoweit, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen. Unter Bestellungskosten fallen sachliche Auslagen und solche an Arbeitslohn, sowie der Wert eigener Arbeit. Der Mann trägt die Gefahr des Fruchtunterganges dadurch, daß die Frau zum Ersatze der Bestellungskosten nur in Höhe des Wertes der bezogenen Früchte verpflichtet ist. Für Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft gilt dasselbe bezüglich eines Grundstücks des eingebrachten Gutes der Frau, dagegen hat der Mann, soweit der Betrag der Bestellungskosten eines zu seinem eingebrachten Gute gehörigen Grundstücks feststellbar ist, diesen gemäß des Prinzips der §§ 1466, 1539 Satz 2 zu ersetzen; wenn dieser nicht festzustellen ist, kommt der Bereicherungsgrundsatz des § 1539 Satz 1 subsidiär zur Anwendung, jedoch trägt der Mann in beiden Fällen die Gefahr des Fruchtunterganges allein.

2. **RG.** RGRKomm. Note 3. Erst Mahnung nach dem Urteile begründet den Verzug und die Zinspflicht.

§ 1423. Lenel, DJZ. **13** 885 führt im Anschluß an **RG. 80** 395 aus, daß die Frau selbst positiv nicht obligatorisch durch ihre Zustimmung zu einem langfristigen Mietvertrage verpflichtet ist, den Gebrauch zu gewähren. Sie kann nur gemäß § 1425 kündigen.

5. Gütertrennung.

§ 1427. 1. OLG. **26** 223 (KG.). Luxusausgaben sind nicht ehelicher Aufwand, für den die Frau beitragspflichtig ist. Der Ehemann darf auf solche Luxusausgaben den Beitrag nicht verrechnen.

2. SeuffA. **68** 119 (Dresden). Nach Eintragung der Gütertrennung in das Güterrechtsregister ist eine Duldungsklage ausgeschlossen.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1433. BayObLG. **13** 613, DNotV. **13** 691 (BayObLG.). Vertragsmäßige Wiedereinführung eines nicht geltenden Güterrechts ist auch dann unzulässig, wenn es für die Ehe früher bestanden hatte, aber vor der Herrschaft des BGB. durch Ehevertrag aufgehoben war.

§ 1434. BayObLG. **13** 613, OLG. **26** 229, R. **13** 59, DNotV. **13** 350 (BayObLG.). Ein Ehevertrag kann durch ein privatschriftliches Testament nicht aufgehoben werden.

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§§ 1438, 1439. 1. HessRspr. **14** 74, ZBlFG. **14** 55 (Darmstadt)., sowie Gärtner, DNotV. **13** 513 bejahen, daß ein in Gütergemeinschaft lebender Ehegatte das von ihm für das Gesamtgut erworbene Grundstück auf seinen Namen allein eintragen lassen kann, ohne daß der andere Ehegatte zugezogen werden müßte.

2. ZBlFG. **14** 319, 516, OLG. **27** 20, BayNotZ. **14** 351 (BayObLG.). Der gütergemeinschaftliche Ehemann kann bei Erwerbung eines Grundstücks Miteintragung der Ehefrau in Gütergemeinschaft ohne deren Zustimmung verlangen. AM. Hess. Rspr. **14** 247, ZBlFG. **14** 485 (Darmstadt).

3. ZBlFG. **14** 55, RheinNotZ. **58** 54 (KG.). Zum Zwecke der Umschreibung eines Grundstücks, welches auf den Namen eines Ehegatten eingetragen ist auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft, ist nicht zu unterstellen, daß dieses Grundstück während der Ehe zum Gesamtgute gehört.

4. RheinARV. **13** 95 (LG. Bonn). Fällt ein Handelsgeschäft durch Erbgang einem in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten zu, so enthält die Erklärung, daß die Eheleute das Geschäft betreiben wollen, den stillschweigenden Abschluß eines Gesellschaftsvertrags. Die Ehegatten können nicht beantragen, daß sie als Inhaber mit dem Zusatze „in allgemeiner Gütergemeinschaft" eingetragen werden, um dadurch ihre persönliche Haftung auszuschließen. Die Eintragung der Erbengemeinschaft kann nicht analog übertragen werden.

§ 1439. Josef, ABürgR. **39** 305 ff. Bei Gütergemeinschaft des Miterben wird der Anteil am Eigentum eines zum Nachlasse gehörenden Grundstücks Gesamtgut. Der Miterbe bedarf also der Zustimmung des Ehegatten, wenn über ein zum Nachlasse gehöriges Grundstück als einzelnes oder bei der Auseinandersetzung verfügt wird. § 1439 betrifft nur Rechte, die ihrem Wesen nach unübertragbar sind, nicht Gegenstände, über die nicht verfügt werden kann, weil sie an einen Inbegriff gebunden sind (gegen das KG.).

§ 1443. 1. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 830. Eine Versicherungspflicht, wie sie sich aus § 1374 herleiten läßt, kann hier nicht angenommen werden, da gemäß § 1456 der Ehemann seiner Frau gegenüber nicht verantwortlich ist.

2. **RG.** SeuffA. **68** 237 wiederholt die Aktivlegitimation der gütergemeinschaftlichen Ehefrau zur alleinigen Einforderung ihres Schadens aus Erwerbsverlust (**RG. 73** 311).

§ 1445. 1. KGJ. **43** 256 (KG.). Eintragung einer Eigentümergrundschuld für den Ehemann auf dem gütergemeinschaftlichen Grundstück ist Verfügung über das Grundstück und bedarf der Zustimmung der Frau.

2. OLG. **27** 208, SeuffBl. **13** 505, BayRpflZ. **13** 337, SeuffA. **68** 456, Bay. NotZ. **14** 266 (BayObLG.). Die Ehefrau kann zwar ein Grundstück für die Gütergemeinschaft erwerben, aber keine Kaufpreishypothek eintragen lassen, weil ihr die Verwaltungsbefugnis des Ehemanns fehlt.

3. BayRpflZ. **13** 480 (BayObLG.). Unterwerfung des Grundstücks unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen einer auf dem Grundstücke ruhenden Hypothek ist keine Verfügung über das Grundstück.

§ 1446. ZBlFG. **14** 320, ElsLothZ. **33** 381 (Colmar). Die Löschungsbewilligung bedarf der Zustimmung der Ehefrau, weil sie nicht erkennen läßt, ob eine Schenkung vorliegt.

§ 1451. KG., RJA. **12** 11, JDR. **11** jetzt ZBlFG. **13** 473, DJZ. **13** 247.

§ 1472. Josef, ABürgR. **38** 90. Bis zur Auseinandersetzung kann ein zum Gesamtgute gehöriger Anspruch nicht von dem einzelnen Gatten zur Leistung zum ungeteilten Gesamtgut eingeklagt werden, da es an einer dem § 2039 entsprechenden Vorschrift fehlt und § 432 nicht anwendbar ist.

§ 1482. R. **13** Nr. 854 (Colmar). Der Ehegatte kann nur mit Zustimmung des andern letztwillig über Gegenstände des Gesamtguts verfügen. Entgegen Crome, ABürgR. **4** 348. Vgl. Zelter, JW. **04** 250 ff.

§§ 1487 ff. Görtz, BayNotZ **13** 5 bejaht die Frage, ob ein in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebender Elternteil bei Rechtsgeschäften mit einem volljährigen Abkömmling über ein Gesamtgutsgrundstück die minderjährigen Abkömmlinge vertreten darf.

§ 1493. Kupfer, SeuffBl. **13** 305. Die Wirkung des Verzichts nach § 1491 ist zwingenden Rechtes, Dispositivabänderung der Verzichtswirkung unzulässig, weil eine dem § 2349 entsprechende Vorschrift fehlt.

§ 1497. *Metzler, Bezeichnung des Gemeinschaftsverhältnisses nach Beendigung bis zur Auseinandersetzung im Grundbuche, BayNotZ. **13** 401 ff. Neben den Gemeinschaftern sind Erben besonders anzugeben, besonders wenn sich Gemeinschafter und Erben nicht decken; sonst Schwierigkeiten bei Eintragung von Pfändungen eines Anteils am Nachlasse (§ 859 Abs. 2 ZPO.) und am Gesamtgute (§ 860 ZPO.). Entsprechendes gilt wegen des Gemeinschaftsverhältnisses nach Beendigung der allgemeinen Gütergemeinschaft bis zur Auseinandersetzung.

§ 1507. 1. OLG. **27** 204, JW. **13** 756, ZBlFG. **14** 241, SeuffBl. **13** 507, PosMSchr. **13** 60 (KG.). Ein Negativzeugnis dahingehend, daß fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten ist, muß ebenfalls vom Nachlaßgericht erteilt werden.

2. KGJ. **44** 108, OLG. **26** 312, ZBlFG. **14** 43 (KG.). Auch wenn in fortgesetzter Gütergemeinschaft nur ein einziger unvermählter Abkömmling vorhanden ist, so tritt nach dem Tode dieses Abkömmlings keine Beerbung in dessen Anteil, sondern eine Anwachsung jedes Anteils an dem überlebenden Elternteile kraft Güterrechts ein. Es ist auch hier kein Erbschein, sondern ein Zeugnis über die fortgesetzte Gütergemeinschaft und über die Anwachsung zu erteilen. (Diese Sätze sind zugleich auch für die westfälische Gütergemeinschaft ausgesprochen.)

§§ 1511, 1516. 1. BayObLG. **13** 613, OLG. **26** 229, ZBlFG. **13** 574, DNotV. **13** 350 (BayObLG.). a) § 1511 Abs. 2 findet keine Anwendung auf den Ausschluß aller Abkömmlinge. Die Abkömmlinge haben dann nur die erbrechtlichen Pflichtteilsansprüche. b) Ein privatschriftliches Testament kann nur den Ausschluß von Abkömmlingen anordnen.

2. OLG. **26** 310, ZBlFG. **14** 42 (KG.). Bei widerspruchsvollem Testament (Einsetzung des Überlebenden zum Alleinerben und Fortsetzung der Gütergemeinschaft) ist der wirkliche Wille zu erforschen und das Testament aufrecht zu erhalten, wenn es auf dem Wege geschehen kann, daß die Abkömmlinge von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen werden, denn dieser Wille liegt in jeder mit der Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht vereinbaren Verfügung.

3. Vollenbeck, RheinNotZ. **13** Heft 1—2. Beschränkung eines Abkömmlings auf den Pflichtteil als Strafe für Nichtunterwerfung unter letztwillige Verfügung.

3. Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft.

§§ 1527, 1540. *Eckstein, GruchotsBeitr. **57** 648. Die gesetzliche Vermutung ist durch bloße Gegenvermutung zu entkräften (vgl. unten zu § 292 ZPO.).

Siebenter Titel. Scheidung der Ehe.

Literatur: Ebbecke, Scheidungsklage aus § 1568 BGB., R. **13** 381—386. — v. Liebig, Zu den Voraussetzungen der Ehescheidung wegen Geisteskrankheit, BayRpflZ. **13** 350—352.

§ 1564. 1. Bunge, DJZ. **13** 164. Die Wirkungen eines arglistig herbeigeführten rechtskräftigen Scheidungsurteils können dadurch beseitigt werden, daß der geschädigte Eheteil die negative Feststellungsklage auf Feststellung des Nichtbestehens der durch das Scheidungsurteil hervorgerufenen zivilistischen Wirkungen mit der Begründung erhebt, daß der Erlaß des Urteils von der Partei, zu deren Vorteil es gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt sei und deshalb als nicht erfolgt zu gelten habe.

2. Russische Ehen (JDR. **6** II 2, 8 2). BayObLG. **13** 690 über die Rechtswirksamkeit einer vor dem Inkrafttreten des BGB. von einem preußischen Staatsangehörigen mit einem russischen Staatsangehörigen in Rußland in der nach russischem Rechte vorgeschriebenen Form geschlossenen Ehe.

3. Österreichische Ehen. RheinA. **110** 158 ff. (Düsseldorf). Die Scheidung der Ehen österreichischer Israeliten ist nur zulässig mit wechselseitiger freier Einwilligung der Ehegatten oder wegen Ehebruchs der Frau.

§ 1567. 1. **RG.** 10. 2. 13, **81** 296, SchlHolstAnz. **13** 108. Wie es zur Verneinung des Tatbestandes aus § 1567 Nr. 1 genügt, wenn der verurteilte Ehegatte auch nur des guten Glaubens war, daß ein neuer, das Aufgeben der häuslichen Gemeinschaft rechtfertigender Grund eingetreten sei (Mot. IV 590), so müssen auch umgekehrt Tatsachen außer Betracht bleiben, die zwar seinen bösen Glauben ausgeschlossen hätten, wenn er sie gekannt hätte, die jedoch diesen Erfolg tatsächlich nicht gehabt haben und nicht haben konnten, weil sie überhaupt nicht Gegenstand seiner Vorstellung geworden sind. Von einer Unbilligkeit gegenüber dem ungehorsamen Gatten kann bei solcher Auffassung des Gesetzes nicht die Rede sein (vgl. auch **RG.** 29. 3. 13, JW. **13** 644 ff.).

2. **RG.** 7. 7. 13, **83** 62, JW. **13** 988 ff., DJZ. **13** 1322. Wenngleich meist der klagende Ehegatte mit Erhebung der Scheidungsklage aus § 1567 Abs. 2 Nr. 1 den Willen kundgibt, die eheliche und häusliche Gemeinschaft für immer aufzugeben und sich deshalb das einjährige Fernbleiben „gegen den Willen" des klagenden Ehegatten von der Klagerhebung ab nicht mehr verwirklichen kann, so darf dies doch als Rechtssatz nicht anerkannt werden. Ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Klagerhebung ist vielmehr jedesmal frei zu prüfen, ob die Tatbestandsmerkmale des § 1567 Abs. 2 Nr. 1 gegeben sind. (Nicht aufrechterhalten wird die Ansicht von **RG. 60** 194, daß die Jahresfrist bei Klagerhebung abgelaufen sein müsse.) Vgl. auch **RG. 72** 321. Die Furcht vor Mißbrauch ist bei dieser Auffassung ebensowenig begründet wie im Falle des § 1568. Läuft doch der Ehegatte, der die Klage aus § 1567 Abs. 2 Nr. 1 verfrüht erhebt, die Gefahr, ohne weiteres mit seiner Klage kostenfällig abgewiesen zu werden, wenn das Jahr zur Zeit der ersten mündlichen Verhandlung noch nicht abgelaufen sein sollte (64).

3. **RG.** JW. **13** 493. Bei Entscheidung der Frage, ob der zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilte Ehegatte dem Urteil ein Jahr lang in böslicher Absicht nicht Folge geleistet hat, sind Tatsachen nicht zu berücksichtigen, die den bösen Glauben des zur Eheherstellung Verurteilten ausgeschlossen hätten, wenn er sie gekannt hätte, die ihm aber tatsächlich innerhalb der Jahresfrist nicht bekannt geworden sind.

§ 1568. 1. Ebbecke, R. **13** 386. Das RG. hat hinsichtlich der Zerstörung der ehelichen Gesinnung allgemein die Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgerichte für entscheidend erklärt. Es kann aber auf Scheidung nicht erkannt werden, wenn der Ehegatte zwar früher die Verfehlungen als ehe-

zerrüttend empfunden hat, diese Empfindung aber zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung nicht mehr besteht.

2. Beiderseitiges Verschulden (JDR. **10**, **11** 3). a) **RG.** 8. 5. 13, SeuffBl. **13** 550 ff. Hatte der Kläger selbst das eheliche Zusammenleben mit der Beklagten seit vielen Jahren aufgegeben und legte er trotzdem darauf Wert, daß die Beklagte durch die Art und Weise ihres Verkehrs mit anderen Männern in besonderer Weise den Anforderungen seiner Beamtenstellung Rechnung trug, so war es seine Sache, sie darauf hinzuweisen, sobald er wahrnahm, daß sie die durch diese Anforderungen gezogenen Grenzen überschritt. Hat er dies fortdauernd unterlassen, so kann er aus einem vereinzelten Falle, in dem die Rücksichten der Schicklichkeit in erheblicherem Maße verletzt wurden, nicht ohne weiteres einen Anlaß entnehmen, der Beklagten eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten vorzuwerfen. b) **RG.** R. **13** Nr. 1299. Tätlichkeiten des Mannes können, auch wenn sie solchen der Ehefrau erst nachgefolgt sind, zur Entschuldigung letzterer herangezogen werden.

3. **RG.** 9. 6. 13, JW. **13** 990, GruchotsBeitr. **58** 198 ff. Die Erstattung einer Meineidsanzeige stellt sich als schwere Eheverfehlung dar. Das Interesse im Wege des Strafverfahrens den Beweis des Meineids zu erlangen, um den Meineid als Ehescheidungsgrund benutzen zu können, kann nicht als ein berechtigtes angesehen werden.

4. **RG.** WarnE. **7** 38. Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 1568 sind gegeben, wenn die Frau dem Wunsche des Mannes entgegen, Mittel zur Verhütung der Empfängnis anwendet.

5. R. **13** 3147 (Stuttgart). Eheverfehlungen eines Teiles, die von dem anderen wegen seines Geisteszustandes nicht als ehezerrüttend empfunden werden, können nicht zur Feststellung einer Ehezerrüttung verwertet werden.

§ 1569. 1. v. Liebig, BayRpflZ. **13** 350 ff. Der Wortlaut des § 1569 spricht dafür, daß das Gesetz das Vorliegen einer Erkrankung im medizinischen Sinne erfordert. Es ist kein Anlaß vorhanden, hier die Vorschriften über Entmündigung hereinzuziehen, bloß weil diese ebenfalls den Ausdruck Geisteskrankheit enthalten; und so spielt insbesondere die Frage, ob der geisteskranke Ehegatte die Gesamtheit seiner Angelegenheiten nicht mehr zu besorgen vermag oder welche Angelegenheiten zu besorgen er noch imstande ist, bei der Scheidung der Ehe keine Rolle, denn sie gehört einem anderen Rechtsgebiet an. Es können Fälle vorkommen, in welchen der geisteskranke Ehegatte nur als der Entmündigung wegen Geistesschwäche bedürftig erscheint, und doch nach der Eigenart der geistigen Erkrankung die Fähigkeit zum Zusammenleben mit dem anderen Ehegatten zu einem gemeinsamen Fühlen und Empfinden dauernd ausgeschlossen ist.

2. **RG.** 2. 6. 13, WarnE. **6** 439 hat die Aufhebung der geistigen Gemeinschaft verneint und die Begründung des Berufungsrichters gebilligt: Das lebhafte Interesse des Beklagten für seine Familie, seine Überzeugung von der Pflicht, daß er sie zu unterstützen habe, seine Zurückhaltung gegenüber den Fragen nach dem Verhalten seiner Frau, seine Abneigung gegen die Scheidung, sein Verlangen, wieder zu seiner Familie zurückzukehren — alles das zeige, daß die Beeinträchtigungsideen und Sinnestäuschungen dem Beklagten nicht die Fähigkeit genommen haben, an dem Lebens- und Gedankenkreise der Klägerin teilzunehmen. Spricht hierbei der Berufungsrichter auch nur von dem Beklagten und von seiner fortdauernden Befähigung, sich trotz der Wahnideen mit denselben das Familienleben betreffenden Angelegenheiten wie die Klägerin geistig zu beschäftigen, so weisen diese Ausführungen doch auch in unzweideutiger Weise auf die Möglichkeit einer Vereinigung auf diesem Gebiete hin.

§ 1570. R. **13** 3148 (Stuttgart). Die Wirksamkeit einer Verzeihung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Verzeihende wegen Geisteskrankheit entmündigt

ist, da die Fähigkeit zu verzeihen sich nicht nach den Vorschriften des BGB. über die Geschäftsfähigkeit bemißt.

§ 1571. **RG.** IDR. **11** 2 auch GruchotsBeitr. **57** 445 ff., BayRpflZ. **13** 47, HansGZ. **13** Beibl. 121.

§ 1574. **RG.** 29. 3. 13, JW. **13** 644 ff. Eine Verzeihung gibt dem verzeihenden Ehegatten nicht die Freiheit, bei späteren eigenen Verfehlungen sich auf die verziehenen Verfehlungen des anderen Teiles zu berufen, um auf diese Weise die Folgen seines späteren ehewidrigen Verhaltens durch einen auf § 1574 Abs. 3 gestützten Antrag abzuschwächen. Auch kann eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 1574 Abs. 3 auf solche Scheidungsgründe, die nicht durch Verzeihung oder Zeitablauf, sondern durch Nichtverwertung im Vorprozesse dem verletzten und nunmehr mit der Scheidungsklage belangten Ehegatten verloren gegangen sind, nicht zum Ausspruch der Mitschuld führen, sobald die Klage auf neuentstandene Ehescheidungsgründe gestützt ist.

§ 1578. 1. **RG.** 29. 3. 13, R. **13** Nr. 1301. Auch Kursgewinne an dividendenlosen Papieren können als Einkommen in Betracht kommen. Es ist dabei aber ein mehrere Jahre umfassender Zeitraum zugrunde zu legen und auf den Durchschnittsertrag zu sehen.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1302. Der Ehemann muß sich regelmäßig den Mietwert der Wohnung im eigenen Hause voll anrechnen lassen. Eine Anrechnung mit dem vollen Mietwerte wäre nur dann unbillig, wenn er etwa vergebliche Bemühungen aufgewendet hätte, eine kleinere ihm genügende Wohnung zu beziehen und das eigene Haus anderen Mietern zu überlassen.

§ 1579. 1. RheinA. **110** 174 ff. (Cöln). Der geschiedene schuldige Ehegatte kann, wenn er wieder geheiratet hat, nicht schon allein aus dem Grunde der Wiederverheiratung seinen geschiedenen Ehegatten auf dessen Stammvermögen zum Unterhalte verweisen.

2. **RG.** PosMschr. **13** 97. Die Anwendung des § 1579 kann niemals dahin führen, daß der unterhaltsberechtigte Ehegatte durch den andern Ehegatten in die Lage gebracht wird, besser als standesgemäß zu leben. Vielmehr soll der unterhaltsberechtigte Ehegatte unter den Voraussetzungen des § 1579 gehalten sein, sich mit einem geringeren Maße als dem vollen standesgemäßigen Unterhalte zu begnügen.

3. HansGZ. **13** Beibl. 120 (Hamburg). Die Unterhaltspflicht des geschiedenen Mannes beschränkt sich nach seiner Wiederverheiratung auch dann auf das der Billigkeit Entsprechende, wenn ein Vertrag über die künftige Alimentation geschlossen ist (vgl. **RG. 56** 121 ff.).

§ 1585. *Wolff, Recht der geschiedenen Mutter. Nach § 1585 ist die geschiedene Mutter verpflichtet, dem Vater, der einem gemeinschaftlichen Kinde Unterhalt zu gewähren hat, aus den Einkünften ihres Vermögens und dem Ertrag ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts einen angemessenen Beitrag zu den Kosten des Unterhalts zu leisten. Für den umgekehrten Fall, daß die Mutter unterhaltspflichtig ist, besteht unbegreiflicherweise keine entsprechende Beitragspflicht des Mannes. Zur Einbehaltung ihres nach § 1585 geschuldeten Beitrags ist auch die an der Scheidung nicht schuldige Mutter, die das ihr zugesprochene Kind im eigenen Haushalte verköstigt, nur berechtigt, wenn sonst eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts des Kindes zu besorgen wäre.

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

Zweiter Titel. Eheliche Abstammung.

§ 1591. **RG.** BayRpflZ. **13** 253. Zu dem in § 1591 verlangten Beweise der offenbaren Unmöglichkeit gehört die Ausräumung aller

Umstände, die eine Möglichkeit für die Annahme der Vaterschaft offen lassen, ohne Rücksicht darauf, ob jene Umstände von der Gegenseite vorgebracht und mit Beweis vertreten sind.

§ 1593. 1. RheinA. **110** I 195 (Düsseldorf). Bei Lebzeiten des Ehemanns der Mutter kann nur dieser die Ehelichkeit eines binnen 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geborenen Kindes anfechten. Andere, auch das Kind selbst, können die Unehelichkeit nur geltend machen, wenn der Ehemann die Ehelichkeit mit Erfolg angefochten hat. Eine Anfechtung nach § 1593 liegt nicht vor, wenn die rechtzeitig erhobene Anfechtungsklage des Mannes wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen wird. Es kann aber dann in Frage kommen, ob der Mann die Klage nicht auch nach Ablauf des Jahres bei dem zuständigen Gerichte von neuem anstrengen kann.

2. HansGZ. **13** Beibl. 60 (Hamburg). Ist der Ehemann gestorben, ohne das Recht der Anfechtung der Ehelichkeit eines von seiner Frau geborenen Kindes verloren zu haben, so ist der angebliche Erzeuger des Kindes zur Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes jedenfalls dann berechtigt, wenn er damit den Zweck verfolgt, das Kind durch die Eheschließung mit der Mutter als ehelich zu legitimieren.

§ 1594. **RG.** JW. **13** 544, WarnE. **6** 290, BayRpflZ. **13** 252, HessRspr. **14** 51, R. **13** Nr. 1149. Wenn der Ehemann innerhalb von 302 Tagen seit der Rechtskraft des Scheidungsurteils die Tatsache der Geburt des Kindes erfährt, so kommt es für den Beginn der Frist nicht darauf an, wann er die näheren Umstände, insbes. der Tag der Geburt erfahren hat.

§ 1596. OLG. **26** 242 (KG. XII) bejaht die Zuständigkeit der deutschen Gerichte zur Entscheidung über eine Klage, mit der ein im Inlande wohnender Ausländer die Ehelichkeit eines von seiner Frau geborenen, im Inlande wohnenden Kindes anficht (§ 606 ZPO.).

Dritter Titel. Unterhaltspflicht.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel ist diesmal über eine größere Zahl interessanter gerichtlicher Entscheidungen zu berichten, so zu § 1602 über die Voraussetzungen der Bedürftigkeit, zu § 1603 über die der Leistungsfähigkeit, zu § 1609 über das Verhältnis des Unterstützungsanspruchs minderjähriger Kinder zu dem ihrer volljährigen Geschwister, zu § 1612 über die Bedeutung und die Grenzen des Bestimmungsrechts der Eltern und die Voraussetzungen für eine abändernde Bestimmung des Vormundschaftsgerichts, endlich zu § 1614 über die Tragweite und Wirksamkeit der über Unterhaltsleistungen geschlossenen Verträge und Vergleiche.

§ 1602. 1. **RG.** **81** 241, JW. **13** 434, R. **13** Nr. 692. Bloße Rechte, mögen sie sich auch als Vermögenswert darstellen, setzen für sich allein niemand in den Stand, sich selbst zu unterhalten. Erst die Verwirklichung eines Rechtes vermag die Mittel zu schaffen, aus denen der Lebensunterhalt tatsächlich bestritten werden kann. Vgl. auch unten Ziff. 2 zu § 2038.

2. WürttRpflZ. **13** 293 (Stuttgart). Eine auf reiner Wohltätigkeit und Mitleid beruhende, jederzeit entziehbare Fürsorge dritter Personen schließt die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten nicht aus; der Unterhaltsverpflichtete darf den Berechtigten nicht auf Almosen verweisen. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 1603.

3. WürttJ. **13** 158 (Stuttgart). Nach früherem württembergischen Rechte durften die Einkünfte des freien Kindesvermögens zum Unterhalte der Kinder nur soweit in Anspruch genommen werden, als die Einkünfte des der elterlichen Nutznießung unterliegenden Vermögens zum Unterhalte nicht ausreichten. Nach § 1602 Abs. 1 BGB. gilt gerade das Gegenteil.

4. OLG. **26** 240 (Hamburg). Soweit ein minderjähriges unverheiratetes Kind Unfallrente bezieht, ist es imstande, sich selbst zu unterhalten (WarnE. **1** 161

Nr. 221). Hat gleichwohl der Vater auf Grund gerichtlichen Zwanges, aber ohne rechtliche Verpflichtung Unterhalt gewährt, so kann die Vermutung des § 685 Abs. 2 BGB. nicht Platz greifen, vielmehr muß angenommen werden, daß er die Absicht gehabt hat, von dem Sohne Ersatz zu verlangen, weil er nur einem Zwange folgte und (im vorliegenden Falle) die Einkommensverhältnisse des Sohnes kannte und die diesem zukommenden Rentenbeträge in Händen hatte.

5. Möricke, BadRpr. **13** 205. Solange ein Kind auf Grund des badischen Gesetzes vom 11. August 1902 in einer Erziehungsanstalt untergebracht ist, ist ihm die Anstalt nicht nur — wie bei Fällen der Armenunterstützung — aushilfsweise, sondern in erster Linie zur Unterhaltsgewährung verpflichtet, während der Anstalt nur ein öffentlich-rechtlicher Anspruch (§ 14) gegen den dem Kinde Unterhaltspflichtigen auf Ersatz der Kosten zusteht. Deshalb verletzt der Vater nicht einen zivilrechtlichen Unterhaltsanspruch, wenn er die Verpflegungskosten nicht an die Anstalt bezahlt oder der Gemeinde keinen Ersatz leistet, macht sich daher auch nach § 361 Ziff. 10 StGB. nicht strafbar.

§ 1603. 1. OLG. **26** 236 (Marienwerder). Für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen kommen nicht nur die Einkünfte in Betracht, die er aus seinem Vermögen ziehen kann, sondern der Stamm des Vermögens selbst. Es muß ihm daher unter Umständen zugemutet werden, sein Kapital schlimmstenfalls bis zu seinem Lebensende völlig aufzubrauchen. Notwendig ist nur, daß der eigene standesmäßige Unterhalt des Verpflichteten bis zum Lebensende ungefährdet gesichert bleibt. Dies kann z. B. durch Einzahlung des Kapitals bei einer Versicherungsgesellschaft zur Beschaffung einer Leibrente geschehen.

2. WürttRpflZ. **13** 293 (Stuttgart). Bei der Bemessung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten kann eine ihm etwa zustehende Schadensersatzforderung nicht in Betracht gezogen werden, wenn die Höhe seiner Forderung sich noch nicht abschätzen läßt und ihm zurzeit noch keine Einkünfte aus der Forderung zustehen. — Zu den „verfügbaren Mitteln" eines Elternteils im Sinne des § 1603 Abs. 2 gehört auch ein ihm letztwillig zugewendetes Nießbrauchsrecht an dem Kindesvermögen, und aus der Pflicht der gleichmäßigen Verwendung dieser Mittel folgt seine Pflicht, unter Zurückstellung seines Nießbrauchsrechts die Inanspruchnahme des Stammvermögens durch die Kinder zu dulden.

§ 1608. Gordan, PrVerwBl. **34** 660. Bei der Feststellung der Fähigkeit einer Ehefrau, zu den Kosten des Unterhalts ihres in einer Heilanstalt untergebrachten Ehemanns beizutragen, kann nicht berücksichtigt werden, was die Kinder ihr aus dem Arbeitsverdienst als Zuschuß zum Unterhalte gewähren.

§ 1609. OLG. **26** 239 (Breslau). Ein Vorrang des Unterstützungsanspruchs der minderjährigen vor dem der gleichfalls unterstützungsbedürftigen volljährigen Kinder ist im Gesetze nicht anerkannt. Aus § 1609 Abs. 2 wäre eher das Gegenteil zu folgern. Denn würden die minderjährigen ihren volljährigen Geschwistern vorgehen, so hätte es der Hervorhebung nicht bedurft, daß der Ehegatte den minderjährigen Kindern gleichsteht, den volljährigen Abkömmlingen aber vorgehen soll. Nur aus § 1603 Abs. 2 geht ein Unterschied zwischen den Rechten der volljährigen und minderjährigen hervor, insofern die Eltern nur den letzteren gegenüber sich nicht auf die Erhaltung ihres eigenen standesmäßigen Unterhalts berufen können.

§ 1610. 1. **RG.** JW. **13** 1108, PosMschr. **13** 137. Bei Bemessung des standesmäßigen Unterhalts ist auf den durch ein Fideikommiß hergestellten besonderen Familienverband und die Zugehörigkeit des Unterhaltsbedürftigen zu diesem Verbande Rücksicht zu nehmen, selbst wenn der Unterhaltspflichtige sich noch nicht im Genusse des Fideikommisses befindet.

2. PrOVG. **63** 178. Eine Vorschrift wie die des § 1610 Abs. 2 ist hinsichtlich des vom Armenverbande zu gewährenden „unentbehrlichen Lebensunterhalts" nicht getroffen. Der unentbehrliche Lebensunterhalt im Sinne des preuß. Gesetzes vom 8. März 1871 umfaßt die Darreichung des Schulgeldes nicht. Zur Entrichtung von Fremdenschulgeld (§ 6 VolksschulunterhG. vom 28. Juli 1906) sind in Preußen die Armenverbände nicht verpflichtet.

3. Vgl. auch unten **RG.** Ziff. 3 zu § 2050 (Unterhaltsanspruch nach Beendigung der Berufsvorbildung).

§ 1612. I. Verpflichtung zur Entrichtung einer Geldrente. 1. OLG. **26** 238 (Cöln). Ein Vater, der gemäß § 1612 Abs. 2 Satz 1 bestimmt hat, daß der Unterhalt in Natur zu gewähren sei, kann gleichwohl nach § 259 ZPO. zur Entrichtung einer Geldrente für den Fall, daß er den Unterhalt nicht in Natur gewähre oder gewähren könne, verurteilt werden, wenn zu besorgen ist, daß er sich der rechtzeitigen Leistung der Naturalverpflegung entziehen werde. Er wird dadurch, daß die Kinder aus seinem Haushalt entfernt wurden, selbst wenn dies gegen seinen Willen geschah, von seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht befreit, er muß vielmehr dieser Pflicht durch Gewährung einer Geldrente genügen, solange er nicht geeignete Schritte tut, die Kinder in seine Obhut zurückzubekommen (OLG. **17** 264; **14** 247; **RG. 57** 77).

2. BadRpr. **12** 271 (Karlsruhe). Der Vater kann nicht anordnen, daß das von ihm getrennt lebende Kind seinen Unterhalt in der väterlichen Wohnung zu beziehen habe, wenn es sich in so jugendlichem Alter befindet, daß es den Willen, zum Vater zurückzukehren, gar nicht haben kann.

3. HessRspr. **14** 242 (Darmstadt). Die Kinder haben einen Anspruch auf Leistung des Unterhalts in Geld, solange sie sich bei der Mutter außerhalb des väterlichen Hauses aufhalten, und die Gründe für dieses Verweilen sind solange gleichgültig, als der Vater die Herausgabe der Kinder nicht auf dem Klageweg erreicht hat.

II. Bestimmungsrecht der Eltern (Abs. 2 Satz 1). 1. BayObLG. **13** 748, BayRpflZ. **13** 132, SeuffBl. **13** 217, RJA. **12** 192, ZBlFG. **13** 705, DJZ. **13** 1503, R. **13** Nr. 855, 961, 962 (BayObLG.). Das Kind hat, wenn die Eltern über die Art der Gewährung des Unterhalts nichts bestimmen, nur den Anspruch auf Gewährung des Unterhalts in Form einer Geldrente und kann hiergegen das Vormundschaftsgericht nicht anrufen. Dasselbe hat aber folgerichtig auch für den Fall zu gelten, daß die Eltern diese Art der Unterhaltsgewährung ausdrücklich bestimmen, denn andernfalls könnte das Vormundschaftsgericht die Eltern tatsächlich zwingen, ein volljähriges Kind bei sich zu behalten, das jene nicht mehr in ihrem Hause dulden wollen. Dies würde aber dem Grundsatze widerstreiten, daß die Eltern jederzeit das Kind von dem gemeinschaftlichen Haushalt ausschließen können. Minderjährigen Kindern gegenüber reichen die Vorschriften über die elterliche Gewalt vollkommen aus, um in den Fällen, in denen die Gewährung des Unterhalts durch eine Geldzahlung das Wohl des Kindes gefährden könnte, Abhilfe zu schaffen.

2. **RG.** WarnE. **6** 233. Ein Vater kann, ohne daß dagegen rechtliche oder sittliche Bedenken zu erheben sind, seine Unterhaltspflicht seinen Kindern gegenüber auch in der Weise erfüllen, daß er die Mutter mit der Versorgung der Kinder betraut und ihr die dafür erforderlichen Mittel zur Verfügung stellt (vgl. § 1612 Abs. 2 Satz 1).

3. SeuffA. **68** 457, R. **13** 1891 (Hamburg). Der Vater kann sein Recht, seinen ihm weggelaufenen unterhaltsberechtigten Kindern den Unterhalt statt in Geld in natura zu gewähren, auch mittels der Vollstreckungsgegenklage einem vollstreckbaren, auf Zahlung in Geld lautenden Urteil entgegenhalten, wenn

er nur nach Rechtskraft des Urteils einen Zustand geschaffen hat, in dem eine Gewähr für den Unterhalt der Kinder liegt.

III. *Änderung der Bestimmung durch das Vormundschaftsgericht.* OLG. **26** 236, RJA. **12** 181, R. **13** Nr. 2739 (KG.). Voraussetzung für das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1612 Abs. 2 Satz 2 ist, daß eine „*Bestimmung*" der Eltern vorliegt. Dagegen ist nicht erforderlich, daß die Eltern zur Gewährung des Unterhalts *verurteilt* sind oder ihre Unterhaltspflicht *anerkannt* haben. Die Erklärung des Unterhaltspflichtigen im *Prozeß*, er sei bereit, den Unterhaltsberechtigen bei sich aufzunehmen und zu unterhalten, ist lediglich eine Verteidigung zur Abwehr des auf Geldzahlung gerichteten Anspruchs, nicht aber eine „Bestimmung" im Sinne des § 1612, die eine *rechtsgeschäftliche* Willenserklärung sein muß, welche dem Kinde oder dessen gesetzlichem Vertreter gegenüber abzugeben ist.

§ 1613. 1. BayObLG. **14** 314, R. **13** Nr. 2584 (BayObLG.). Der Umstand, daß ein dazu *nicht verpflichteter Dritter* für den Unterhalt *aufkommt*, kann den Berechtigten nicht hindern, den Verpflichteten im Umfang des § 1613 in Anspruch zu nehmen. Ein zwischen den *Eltern* über die Unterhaltspflicht abgeschlossener *Vergleich* ist auf den Unterhaltsanspruch des Kindes ohne Einfluß.

2. OLG. **26** 240 Anm. 1 (Breslau). Die *Mahnung* zur Unterhaltsgewährung braucht nicht von dem Berechtigten selbst auszugehen, vielmehr genügt die Mahnung des Erwerbers der Forderung. § 1613 hindert *nicht* die *Entstehung*, sondern nur die *Geltendmachung* des Unterhaltsanspruchs, und dieses Hindernis kann der jeweilige Inhaber der Forderung beheben.

3. OLG. **26** 239 (Breslau). In dem *Ersatzanspruche* nach § 62 UWG. ist mit der herrschenden Ansicht (**RG. 72** 336) ein Eintreten des Armenverbandes kraft gesetzlicher Abtretung zu sehen (vgl. PrVerwBl. **30** 237 [Hamm]). Der *Armenverband* muß sich daher nach §§ 404, 412 BGB. dieselben Einwendungen entgegenhalten lassen, die dem Unterhaltspflichtigen gegen den Unterstützten zustehen. Darunter fällt auch der Einwand des Beklagten aus § 1613.

§ 1614. I. *Verträge über Unterhaltsgewährung.* 1. **RG.** WarnE. **6** 259, DJZ. **13** 642, R. **13** Nr. 1150. Ein *Vertrag*, dessen beiderseits gewollte *Bestimmung* es ist, daß durch bestimmt bemessene Leistungen die gesetzliche Unterhaltspflicht dauernd erfüllt werde, schneidet, wenn nicht ganz bestimmte Umstände dagegen sprechen, den die Verpflichtung übernehmenden Vertragsteilen die Berufung darauf ab, daß die Voraussetzungen des Eintritts der gesetzlichen Verpflichtung von Hause aus *gefehlt* haben oder daß durch eine spätere Veränderung der zur Zeit der Vertragserrichtung bestehenden Umstände nach Vorschrift der Gesetze im Umfange der Verpflichtung eine *Veränderung* eingetreten sein würde. Hat sich der Verpflichtete in dieser Beziehung nicht durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt gesichert, so liegt es im Sinne seines Vertragsversprechens, daß in beiden Beziehungen alle weiteren Erörterungen ausgeschlossen und der Unterhalt so, wie er einfürallemal bedungen ist, unverändert fortgewährt werden soll. *Unzulässig* ist daher die nachträgliche Berufung auf den Mangel der Unterhaltsbedürftigkeit oder den späteren Eintritt der Voraussetzungen des § 1603 Abs. 1 BGB. (vgl. betreffs der gesetzlichen Unterhaltspflicht der Ehegatten JW. **03** Beil. 147).

2. a) **RG.** R **13** Nr 1181 Kraft Gesetzes bewirkt eine *Verschlechterung* der Lebensverhältnisse des Verpflichteten, wenn z. B. neue gesetzliche Unterhaltsansprüche gegen ihn entstehen, keine Herabsetzung der vertragsmäßig übernommenen Unterhaltsleistungen. b) Ebenso SeuffA. **69** 104 (Cassel).

3. **RG.** R. **13** Nr. 2428. Zuwendungen des Ehemanns an die Ehefrau in Ausführung der Umwandlung des Güterstandes sind wirksam (vgl. **RG. 68** 322, JDR. **7** Ziff. 2 zu § 1432 BGB.) und von einem (nichtigen) Unterhaltsverzichte zu unterscheiden.

4. OLG. **26** 234 (München). Die Eltern können in einem nach § 627 ZPO. anhängigen Verfahren die Unterhaltspflicht untereinander wirksam regeln. Ist dann die Frau verurteilt worden, die Kinder an den Mann herauszugeben, so kann sie die Renten, die ihr in dem Vergleiche für den Unterhalt der Kinder versprochen worden sind, nicht mehr beitreiben.

II. Vergleiche. 1. RheinA. **110** 177 (Düsseldorf). Auf Vergleiche über die Unterhaltsrente findet § 323 ZPO. keine Anwendung. Im Wege der Auslegung ist aber zu prüfen, ob die Parteien bei Festsetzung einer Unterhaltsrente durch Vergleich nicht die Berücksichtigung einer wesentlichen Veränderung der maßgebenden Umstände stillschweigend haben vorbehalten wollen. Ist das zu bejahen, so kann gemäß § 767 ZPO. die Rente ermäßigt werden, wenn die wesentliche Änderung zuungunsten des Leistungspflichtigen eingetreten ist.

2. OLG. **26** 241 (München). Unwirksam ist ein Vergleich, der die Höhe des Unterhaltsbetrags festsetzt, insofern dadurch auf den Teil des Unterhalts, um den der gesetzliche Unterhaltsbetrag den vergleichsweise festgesetzten übersteigt, verzichtet oder der gesetzliche Unterhaltsanspruch gemindert werden soll (**RG. 50** 96, GruchotsBeitr. **46** 945). Ist dem Kläger ausdrücklich das Recht vorbehalten, nach § 323 ZPO. Abänderung des Vergleichs zu verlangen, so kommt es für die Frage, welche Umstände eine wesentliche Änderung im Sinne des § 323 ZPO. sollten begründen können, darauf an, welche Verhältnisse die Vergleichschließenden berücksichtigt und welche künftigen Änderungen sie vorerst außer Betracht gelassen haben.

Vierter Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen.

§ 1617. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **11** Ziff. 1 zu § 1617 — auch OLG. **26** 244, RJA. **12** 86.

§ 1620. Aussteuer. 1. Gegenstand. R. **13** Nr. 1754 (Hamburg). Der Anspruch einer Tochter gegen ihren Vater auf Aussteuer ist nicht auf Leistung einer Geldsumme schlechthin, sondern nur auf eine der Einrichtung des Hausstandes dienende Leistung gerichtet, fällt also weg, wenn die Tochter bereits einen vollständigen Haushalt besitzt und die verlangten Mittel zu anderen Zwecken verwenden will.

2. Form des Aussteuerversprechens. OLG. **26** 246 (München). Nach BGB. bedarf das Versprechen einer Aussteuer zu seiner Wirksamkeit keiner Form. Dies gilt auch, wenn der Versprechende ein Ausländer ist und das Versprechen im Deutschen Reiche abgegeben hat (Art. 11 EGBGB.).

3. Aussteuerforderung als Bestandteil des eingebrachten Gutes. Ausreichendes Vermögen der Tochter? OLG. **26** 244, 245 (Braunschweig). Nach § 1370 darf der Ehemann die Aussteuerforderung, die zu dem eingebrachten Vermögen seiner Frau gehört, im eigenen Namen geltend machen, doch nicht zur Zahlung an sich selbst, denn darin würde eine Verfügung über das Eingebrachte liegen, zu der es der Zustimmung der Frau bedarf (§§ 1375, 1370). Ob die Tochter ein zur Beschaffung der Aussteuer ausreichendes Vermögen hat, richtet sich nach ihren Vermögensverhältnissen zur Zeit der Eheschließung. Besitzt sie zu dieser Zeit kein Vermögen mehr, so ist sie — aus welchem Grunde es auch verbraucht

sein mag — bedürftig und anspruchsberechtigt. Auf das Verhalten der Tochter kann der Aussteuerpflichtige nur nach § 1621 seine Weigerung stützen.

4. **RG.** SeuffA. **68** 413. Aus dem freien Rechte des Vaters, die Einwilligung zur Eheschließung seiner Tochter zu widerrufen, folgt zugleich, daß der Vater von den Zahlungsverpflichtungen frei wird, die infolge der Fortdauer seiner Einwilligung zur Eheschließung erforderlich waren.

§ 1621. BadRpr. **13** 45, 150 (Karlsruhe). Der Vater darf die Aussteuer noch nicht deshalb verweigern, weil die Tochter zu irgendeiner Zeit einen unsittlichen oder ehrlosen Lebenswandel geführt habe, sondern nur, wenn sie bis zur Eheschließung in diesem Lebenswandel beharrt. Eine Besserung der Tochter ist nicht schon dann anzunehmen, wenn sie ihren Hang zur Führung eines solchen Lebenswandels einige Zeit hindurch nicht betätigt oder wenn eine solche Besserung nicht nachgewiesen ist.

§ 1624. I. Ausstattung oder Schenkung? 1. *Noell, 42 f., 65 (vgl. oben zu I § 516). Die angemessene Ausstattung (desgl. das Mitgiftversprechen) ist überhaupt keine unentgeltliche Verfügung; soweit sie aber darüber hinausgeht, ist sie Schenkung im Sinne des § 516.

2. SächsOLG. **34** 389 (Dresden). Eine Schenkung — d. i. die Einigung über die Unentgeltlichkeit einer Zuwendung — liegt schon dann nicht vor, wenn auch nur ein Teil die Mitgift als Entgelt für die Verheiratung der Tochter aufgefaßt hat. Die Verfolgung des Anspruchs aus dem Zahlungsversprechen trotz Kenntnis der ungünstigen Vermögensverhältnisse des Versprechenden verstößt nicht schlechthin gegen die guten Sitten.

II. Zugehörigkeit der Ausstattung zum Vorbehaltsgute. **RG. 80** 217, JW. **13** 39. Der Umstand, daß — worauf die Vorschrift des § 1624 beruht (Begr. zum 1. Entw. **4** 718) — das BGB. eine sittliche Pflicht der Eltern anerkennt, ihren Kindern bei der Verheiratung oder Erlangung einer selbständigen Lebensstellung eine angemessene Ausstattung zu gewähren, kann einer unentgeltlich gewährten Ausstattung die Eigenschaft einer unentgeltlichen Zuwendung im Sinne des § 1369 und damit deren Zugehörigkeit zum Vorbehaltsgute nicht nehmen.

III. Widerruf oder Nichterfüllung des Ausstattungsversprechens. 1. OLG. **26** 247 (Marienwerder) — bestätigt vom **RG.** PosMSchr. **13** 63 —. Wird eine Ausstattung einem Verlobten gegenüber oder auch schon vor der Verlobung versprochen, wenn die Absicht der Eheschließung mit einer bestimmten Person besteht, so ist regelmäßig das Versprechen nur mit Rücksicht auf diesen bestimmten, bei seiner Abgabe in Aussicht genommenen Eheschluß abgegeben. Ist die von dem Versprechenden als Voraussetzung für den Eheschluß angenommene Grundlage weggefallen, so steht ihm das Recht zu, sein Versprechen einseitig zu widerrufen.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2968. Haben die Schwiegereltern einen Zuschuß zu den Haushaltungskosten des Schwiegersohns versprochen, so darf der Zuschuß nicht ohne weiteres deshalb verweigert werden, weil die Tochter sich grundlos von dem Ehemann und ihrem Kinde fernhalte.

IV. Aufrechnung. PosMSchr. **13** 35 (Posen). Mit einer seiner Frau gegen deren Vater zustehenden Mitgiftforderung kann der Ehemann ohne Einwilligung seiner Frau gegenüber einer ihrem Vater gegen ihn zustehenden Forderung nicht aufrechnen.

II. Elterliche Gewalt.

Vorbemerkungen: Auch in dem laufenden Berichtsjahr ist zu diesem wichtigen Abschnitte wieder über eine Fülle gerichtlicher Entscheidungen zu berichten, während, ab-

gesehen von dem Gebiete der Fürsorgeerziehung und der damit zusammenhängenden Jugendpflege, die Äußerungen des Schrifttums erheblich zurücktreten. — In Bayern (vgl. Ziff. III 1 zu § 1630) nimmt eine Reihe von Schriftstellern Stellung zu der Entsch. BayObLG. 5 547, die eine Pflegschaftsbestellung für entbehrlich erachtet, wenn der Vater im Namen der Kinder die Einwilligung zu einem mit ihm selbst vorzunehmenden Rechtsgeschäfte durch unmittelbare Betätigung des Genehmigungswillens (z. B. durch Einreichung bei dem Grundbuchamt) erteilt. — Ein gewisses Aufsehen hat die Entsch. des OLG. Jena (Ziff. II zu § 1631) hervorgerufen, die in Ergänzung des elterlichen Züchtigungsrechts den Volksgenossen die aus dem öffentlichen Rechte hergeleitete Befugnis zugestehen will, fremde Kinder zu züchtigen, wenn diese in der Öffentlichkeit Zuchtlosigkeiten begehen, die das sittliche Empfinden normal denkender Menschen verletzen und eine Sühne fordern. — Fragen der religiösen Erziehung haben sowohl die preußischen als auch die bayerischen Gerichte (vgl. Ziff. IV zu § 1631) nach den verschiedensten Richtungen hin beschäftigt; es mag z. B. hingewiesen werden auf die interessante Entscheidung über die Frage, welches Recht anzuwenden sei, wenn die Mutter eines unehelichen Kindes innerhalb Preußens ihren Wohnsitz verlegt, und in den in Betracht kommenden Rechtsgebieten verschiedene Bestimmungen über die religiöse Erziehung des Kindes gelten. — Die grundsätzliche Entsch. **RG. 81** 373 (Ziff. I zu § 1635) beleuchtet nach allen Seiten die Bedeutung von Verwaltungsakten ausländischer Vormundschaftsbehörden für die deutschen Gerichte, insbesondere wenn es sich um Anordnungen handelt, die die Rechtsstellung des bei der Ehescheidung nicht für schuldig erklärten Ehegatten beeinträchtigen, ohne daß eine solche Maßregel im Interesse der Kinder geboten erscheint. Umgekehrt erörtert das **RG.** bei WarnE. **6** 516 (Ziff. I 4 b zu § 1636) die Frage, ob der deutsche Prozeß- oder Vormundschaftsrichter zuständig sei, im Inlande sich einer Verkehrsregelung nach § 1636 BGB. zu unterziehen, wenn die Eltern und Kinder Ausländer sind, und entscheidet sich (im Gegensatze zum KG., KGJ. **37** A 32, **44** A 28) für die Zuständigkeit des deutschen Vormundschaftsrichters. Auch sonst bilden Fragen der Verkehrsregelung nach § 1636 den Gegenstand zahlreicher Entscheidungen — ein Beweis, welche Bedeutung der Vorschrift des § 1636 zukommt, welche zahlreichen Streitigkeiten sie aber auch im Gefolge hat. — Hinsichtlich der Verzeichnispflicht des Vaters, wenn er Vorerbe ist und die Kinder zu Nacherben eingesetzt sind, hat sich das KG. (vgl. Ziff. 2 zu § 1640) der Entsch. **RG. 65** 142 angeschlossen; s. ferner wegen der Entbehrlichkeit der Auseinandersetzung nach § 1669 BGB., wenn der Vater zum Alleinerben eingesetzt ist und das Kind nur den Pflichtteilsanspruch hat, die Entsch. KGJ. **44** A 32 (Ziff. 1 zu § 1669 BGB.). — Daß ein Vertrag, durch den eine GmbH. unter Beteiligung eines Minderjährigen errichtet wird, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, wird KGJ. **44** A 142 (Ziff. 4 zu § 1643) aus der in einer solchen Gründung liegenden Übernahme fremder Verbindlichkeiten (§ 1822 Ziff. 10) und dem hieraus sich ergebenden Schutzbedürfnisse des Kindes hergeleitet. — In Ansehung der vielerörterten Frage (vgl. die Vorbemerkungen an dieser Stelle im vorigen Jahrgange), ob der Vater auch dann für die Kostenschulden des Kindes persönlich hafte, wenn ein seiner Nutzung unterliegendes Vermögen der Kinder überhaupt nicht vorhanden ist, haben sich nunmehr auch das KG. und die OLG. München und Hamburg für die Verneinung der Frage entschieden, und damit dürfte nunmehr diese Streitfrage bis auf weiteres erledigt und zutreffend beantwortet sein. — Entgegen der herrschenden Meinung sucht Krauß, WürttZ. **13** 289 (vgl. Ziff. A I 1 zu § 1666) darzulegen, daß das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 BGB. ein Verschulden des Gewalthabers nicht voraussetze und die Wendung der Gesetzesstelle, daß „der Vater ... sich schuldig mache", nur die moralische Verantwortlichkeit des Vaters für sein Verhalten im Auge habe. So beachtenswert diese Ausführungen auch sind, zumal für die Anwendung des § 1667 BGB. nach der herrschenden Meinung ein Ver-

schulden des Vaters nicht als wesentlich angesehen wird, so wird doch wohl die Praxis Bedenken tragen, dem § 1666 BGB. ein so weites Anwendungsgebiet, wie es der Verf. im Auge hat, zuzugestehen. — Volle Beachtung verdient gegenüber der Praxis, ohne Einschränkung dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Sorge für die Person des Kindes zu entziehen, die Rechtsprechung des BayObLG. (vgl. Ziff. A V zu § 1666 BGB.), wonach das Recht der Sorge nur soweit beschränkt werden darf, als es zur Abwendung der dem Kinde drohenden Gefahr notwendig ist. — Von den zahlreichen zur Anwendung der landesgesetzlichen Fürsorge- und Zwangserziehungsgesetze ergangenen Entscheidungen seien die des RG. über die Tragung der Kosten nach den §§ 14, 15 PrFürsErzG. (Ziff. B 4 c) und über die Strafvorschrift des § 21 PrFürsErzG. (Ziff. B 5 e β, γ, δ) sowie die des OLG. Colmar (Ziff. B VII 2) über den Geltungsbereich des PrFürsErzG. (nur für preußische Vormundschaftsgerichte) hervorgehoben.

Literatur: Grob, Das Recht des Kindes auf die Fürsorge der Eltern. Zürich 1912. Besprechung von Landsberg, FürsorgeZ. 4 248. — Mayr, Lücken in den gesetzlichen Fürsorgebestimmungen, FürsorgeZ. 5 197.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1627. NaumburgAK. **13** 89 (LG. Magdeburg). Wenn ein Vater bei Abschluß eines Vertrags das Recht der Sorge für die durch ihn dabei vertretenen Kinder in einer gegen das Anstandsgefühl jedes rechtlich Denkenden verstoßenden Weise mißbraucht, und dem anderen Teile dies beim Vertragsabschlusse bekannt ist, so ist der Vertrag nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig.

§ 1629. Die Entsch. des BayObLG., JDR. **11** zu § 1629, auch OLG **26** 268.

§ 1630. I. Wirkung der unterbliebenen Vertretung. 1. OLG. **26** 300 (Braunschweig). Sind bei dem Abschluß eines Vertrags Kinder beteiligt, aber unvertreten (§§ 1638, 1630), so ist der Vertrag seinem ganzen Inhalte nach unwirksam. — Dagegen

2. ElsLothJZ. **13** 395, ElsLothNotZ. **13** 133, 136, OLG. **26** 283, **28** 39 (Colmar). Werden bei der Auseinandersetzung zwischen dem Vater und seinen fünf minderjährigen Kindern diese durch denselben Pfleger vertreten, trotzdem die Auseinandersetzung auch eine Teilung und Auflassung der Kinder unter sich enthält, so verstößt diese Art der Vertretung der Kinder gegen § 181 BGB. (**RG. 71** 162, JDR. 8 Ziff. I 3 zu § 1795 BGB.). Das Rechtsgeschäft kann aber durch nachträgliche Genehmigung gemäß § 177 BGB. wirksam werden, und dies geschieht dadurch, daß ein zweiter den Kindern bestellter gemeinschaftlicher Pfleger durch Erklärung gegenüber dem ersten Pfleger das von diesem abgeschlossene, vorläufig unwirksame Rechtsgeschäft genehmigt. Die Bestellung mehrerer Pfleger für die einzelnen Kinder ist nur bei einem zwischen ihnen bestehenden erheblichen Interessengegensatze (§ 1796 Abs. 2) geboten. Ein Tatbestand, wie ihn **RG. 71** 162 im Auge hat, würde nur in Frage kommen, wenn die Beteiligten beabsichtigt hätten, mit Rücksicht auf den aus § 181 BGB. sich ergebenden Mangel der Auseinandersetzung eine neue Teilung vorzunehmen.

II. Erfordernis der Vertretung. 1. Bei Hypothekbestellung für eine Schuld des Vertreters. *Bourier, BayNotZ. **13** 380 hält, wenn für eine dem minderjährigen Kinde gegen den Vater zustehende, nicht erst durch Vertrag zwischen beiden zu begründende Forderung Hypothek an einem Grundstücke des Vaters bestellt werden soll, die Bestellung eines Pflegers für das Kind für erforderlich, weil es zur Entstehung der Hypothek nach § 873 BGB. der Einigung zwischen Vater und Kind über die Bestellung der Hypothek bedürfe.

2. Bei der Beurkundung. Thony, WürttZ. **13** 200 (Minderjährige Erzeuger) — gegen Josef, ZBlFG. **12** 340, JDR. **10** Ziff. 5 b β zu § 1630. —

Die Vorschriften der ZPO. gelten für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht allgemein. Soweit der Minderjährige nach dem bürgerlichen Rechte Willenserklärungen mit Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abgeben kann, begründet es keinen Unterschied, ob die Erklärungen formlos oder in öffentlicher Beurkundung abzugeben sind. Wenn sie sich in diesem Rahmen halten, ist es nicht in das Belieben des Gerichts gestellt, ob es die Erklärungen beurkunden will oder nicht.

III. Entbehrlichkeit der Pflegerbestellung. 1. Bei Betätigung des Genehmigungswillens. a) *Metzler, Bay. RpflZ. **13** 269 erörtert folgenden Fall: Eine Witwe, die mit ihren zwei Kindern — das eine volljährig, das andere minderjährig — in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebt, übergibt das Anwesen an den volljährigen Sohn. In der notariellen Urkunde heißt es am Eingange, daß die Witwe erscheint „handelnd zugleich als gesetzliche Vertreterin ihres minderjährigen Kindes". Am Schlusse nach der Auflassung „bewilligt sie die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch". — Verf. ist der Ansicht, daß diese Form genüge, ohne daß dem minderjährigen Kinde zur Genehmigung der in seinem Namen abgegebenen Erklärung ein Pfleger bestellt zu werden brauche, da die Genehmigung nicht unter allen Umständen dem anderen Teile gegenüber erklärt zu werden brauche, sondern auch in der unmittelbaren Betätigung des Genehmigungswillens gefunden werden könne und bei einer Eintragungsbewilligung dem Grundbuchamte gegenüber die §§ 181, 1795 Abs. 1 Nr. 1 nicht anzuwenden seien (BayObLG. **4** 951, **5** 412. ➼ Die Vorschrift des § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 ist eine Ausnahmevorschrift gegenüber der Regel des § 1793 und verträgt deshalb keine ausdehnende Auslegung. ⟵ **b)** Ebenso Görz, BayNotZ. **13** 161 unter Bezugnahme auf BayObLG. **5** 547 (RJA. **5** 25) — JDR. **3** Ziff. 1 a zu § 1795 — und mit der Ausführung, daß die Zustimmung (§ 182 BGB.) überhaupt kein Rechtsgeschäft, sondern lediglich eine als sog. Rechtshandlung aufzufassende Willenserklärung sei. **c)** Ferner Walther, BayNotZ. **13** 211. **d)** AM. BayNotZ. **13** 92 (Ungenannter Verf.) und Baer, BayNotZ. **13** 373.

2. Für die Annahmeerklärung des Vaters nach der Scheidung der Ehe. **RG.** JW. **13** 205. Tritt eine Mutter eine Hypothek an ihre Kinder ab, so ist ihr Ehemann nach rechtskräftiger Scheidung der Ehe befugt, die Abtretung im Namen seiner Kinder anzunehmen. Die Annahme brauchte ferner nach § 151 BGB. der Mutter gegenüber nicht erklärt zu werden, wenn nach der Verkehrssitte, insbesondere mit Rücksicht darauf, daß die Kinder eine Gegenleistung für die Abtretung nicht zu gewähren haben, eine solche Erklärung nicht zu erwarten war. Jedenfalls ist, wenn die Hypothek auf den Namen der Kinder umgeschrieben ist und diese sich im Besitze des Hypothekenbriefs befinden, die Mutter beweispflichtig, wenn sie behauptet, die Annahme der Abtretung sei nicht rechtswirksam erklärt worden.

3. Im Falle der Ermächtigung. ElsLothJZ. **13** 91 (Colmar). Der Witwer kann als gesetzlicher Vertreter eines minderjährigen Miterben in die Auflassung des — von der Ehefrau eingebrachten, in dem Ehevertrag entliegenschafteten (Art. 1497, 1515 code civil) — Hauses an sich selbst einwilligen, wenn er in dem Ehevertrag ermächtigt ist, das Haus vor der Auseinandersetzung der Errungenschaftsgemeinschaft wegzunehmen.

4. OLG. **28** 38 (München) hält die Bestellung eines Pflegers für entbehrlich, wenn der Vater Schuldner des Kindes geworden ist und zur Sicherung der von ihm anerkannten Forderung auf seinem Grundstück eine Sicherungshypothek bestellt, soweit es sich um die zur Einigung über die Pfandbestellung erforderliche Annahmeerklärung des Kindes handelt.

IV. Entziehung der Vertretung. 1. PosMSchr. **13** 98 (KG.). Selbst wenn ein Gegensatz der Interessen des Kindes und des Gewalthabers besteht, schließt doch dieser Umstand die Vertretungsbefugnis des Gewalthabers nicht ohne weiteres aus, sondern kann für das Vormundschaftsgericht nur Anlaß bieten, dem Gewalthaber nach §§ 1630, 1796 die Vertretung der Kinder in der Angelegenheit zu entziehen.

2. OLG. **26** 247, 248 (KG.). In der Entziehung der Vertretung nach §§ 1630 Abs. 2, 1796 liegt noch nicht die der Vermögensverwaltung (§§ 1627, 1649). Die Voraussetzungen der Entziehung der Vermögensverwaltung sind in anderem Zusammenhange durch die §§ 1666 Abs. 2, 1667, 1668 und 1670 geregelt.

V. *Bourier, DNotV. **13** 553. An den Fall der fortgesetzten Gütergemeinschaft des Vertreters mit dem Vertretenen kann in § 1795 nicht gut gedacht sein. Folglich wird er auch durch § 1630 nicht betroffen. S. ferner Ziff. 2 zu § 1795.

§ 1631. I. § 1631 ein Schutzgesetz. 1. **RG.** WarnE. **6** 220. Die Verletzung des Rechtes, für die Person des Kindes zu sorgen, enthält eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 BGB.

2. **RG.** WarnE. **6** 220. Ein Vater handelt gegen die guten Sitten, wenn er eigennützig Geld für die Einschränkung seiner Erziehungsrechte annimmt, insbesondere gegen Entgelt auf die Befugnis verzichtet, seine Kinder innerhalb eines gewissen Zeitraums in seine häusliche Gemeinschaft aufzunehmen. Dem anderen Teile fällt ein solcher Verstoß gegen die guten Sitten nicht zur Last, wenn er sich bei dem Abschlusse des Vertrags von der Sorge für das Wohl der Kinder leiten ließ.

II. Züchtigungsrecht. 1. **a)** VolksschA. **13** 165, AÖstGZ. **13** 502, DJZ. **13** 296, RheinAKV. **31** 94 (Jena, Straffen.). Das Zivilrecht gibt nur Eltern und sonstigen Gewalthabern das Züchtigungsrecht, aber die Praxis erkennt ein abgeleitetes Züchtigungsrecht Dritter an, wenn eine Züchtigung dem mutmaßlichen Willen des Vaters entspricht, der nicht zur Stelle ist. Da freilich, wo nach den Umständen der Vater dem Dritten das Züchtigungsrecht nicht übertragen haben würde, dieser auch hierüber nicht im Irrtume war, versagt die Konstruktion, will man nicht in der Züchtigung eine Pflicht des Vaters sehen, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt (§ 679 BGB., DJZ. **05** 752 [Braunschweig]). Unter Umständen besteht aber in Ergänzung des elterlichen Züchtigungsrechts ein Recht der Volksgenossen, fremde Kinder zu züchtigen, als Ausfluß des öffentlichen Rechtes, wenn Kinder in der Öffentlichkeit Zuchtlosigkeiten begehen, die das sittliche Empfinden normal denkender Menschen verletzen und eine Sühne fordern. Eine solche Züchtigung darf das Maß nicht überschreiten, in dem ein verständiger Vater das Züchtigungsrecht an seinen eigenen Kindern ausübt. **b)** Zustimmend Buchmann, R. **13** 61.

2. Dagegen Klein, SeuffBl. **13** 206: Reichs- und Landesrecht gewähren ein Züchtigungsrecht nur solchen Personen, die als (nächste) Verwandte oder Erzieher des Kindes die Garantie dafür bieten, daß sie bei der Züchtigung — was Art und Maß angeht — der Individualität des gerade in Frage stehenden Kindes gerecht werden. Woraus das allgemeine Züchtigungsrecht herzuleiten sei, ist in der Entscheidung nicht angegeben. „Mit ähnlicher Begründung ließe sich für Deutschland die Lynchjustiz rechtfertigen."

3. S. auch dazu die Mitteilungen von Rosenblatt, AÖstGZ. **14** 4.

III. Unterstützung des Vaters durch das Vormundschaftsgericht. DJZ. **13** 356, R. **13** 209 (KG.). Der Vater kann, um seinen Willen gegenüber dem des Kindes durchzusetzen, unmittelbar oder auch durch Vermittelung des Vormundschaftsgerichts sich an die Polizeibehörde wenden

(MJ. vom 30. Juni 1911, MBliV. 199). Der Vater kann aber ferner die Unterstützung durch das Vormundschaftsgericht gemäß § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB. beantragen. Die Unterstützung erfolgt durch Erlaß und Vollzug einer gerichtlichen Verfügung. Die Art des Vollzugs ist durch das Landesrecht, in Preußen Artt. 15—17 PrFGG. geregelt. Danach kann auf besondere gerichtliche Verfügung Gewalt gebraucht werden; zur Ausübung des Zwanges sind die Gerichtsvollzieher und Gerichtsdiener berufen, die erforderlichenfalls die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachzusuchen befugt sind (Art. 17 aaO.). Daneben kann in Preußen gemäß § 38 KglVO. vom 2. Januar 1849 (GS. 1) das Vormundschaftsgericht selbst zur Ausführung seiner Verfügung polizeilichen Beistand erbitten, dies aber mit Erfolg nur, wenn polizeiliche Gründe zur Zurückführung des Kindes bestehen.

IV. Religiöse Erziehung. A. In Preußen. 1. Maßgebliches Personalstatut. KGJ. **44** A 39, DJZ. **13** 1078, R. **13** 280, VolksschA. **12** 334 (KG.). In Fragen der religiösen Erziehung eines Kindes entscheidet die Staatsangehörigkeit für das anzuwendende Recht gemäß dem auch im Verhältnisse der deutschen Bundesstaaten untereinander geltenden Nationalitätsprinzipe des EGBGB. Ist die Mutter Preußin, so sind in Ermangelung besonderer Kollisionsnormen auch für das Verhältnis der einzelnen preußischen Rechtsgebiete die Grundsätze des internationalen Privatrechts zu verwerten. Danach ist bei unehelichen Kindern der jeweilige Wohnsitz der Mutter maßgebend. Dies folgt aus der Bedeutung des Wohnsitzes für die tatsächliche und rechtliche Verknüpfung von Person und Gebiet und aus dem im Wohnsitzwechsel zu findenden Ausdrucke des Willens, den Zusammenhang einerseits mit dem Rechte des alten Wohnsitzes zu lösen, andererseits mit dem Rechte des neuen Wohnsitzes herzustellen. — Hat daher die Mutter eines unehelichen Kindes ihren Wohnsitz innerhalb Preußens aus einem Rechtsgebiet, in dem eine Änderung der Konfession des Kindes durch die Mutter ohne eigenen Konfessionswechsel der Mutter nicht zulässig ist (vgl. § 642 II. 2 ALR.) in ein Rechtsgebiet verlegt, in dem die freie Konfessionsbestimmung des Kindes durch die Mutter zulässig ist (vgl. HannVO. vom 31. Juli 1826 § 61, HannGS. Abt. 1 S. 174), und macht die Mutter von diesem Bestimmungsrechte Gebrauch, so ist das Kind in der von der Mutter bestimmten Konfession zu erziehen. Es entscheidet das Personalstatut, welches zur Zeit der Bestimmung besteht, nicht etwa fortdauernd das Personalstatut zur Zeit der Geburt des Kindes.

2. Konfessionswechsel des bei der Ehescheidung für schuldig erklärten Vaters. BreslauAK. **13** 26 (KG.). Steht nach der Scheidung seiner Ehe dem Vater das Recht der Sorge für die Person seines Kindes (z. B. auf Grund des § 1635 BGB., weil er bei der Scheidung seiner Ehe als an der Scheidung allein schuldig erklärt worden ist) nicht zu, so ist doch auf sein Verlangen das Kind bis zur Vollendung des 14. Lebensjahrs in den Lehren seines Glaubensbekenntnisses zu erziehen (Dekl. vom 21. November 1803). Sein Konfessionswechsel zieht auch den des Kindes nach sich.

3. a) Austritt der Mutter eines unehelichen Kindes aus der Landeskirche. OLG. **26** 122, R. **13** 280 (KG.). Nach § 642 II. 2 ALR. sind uneheliche Kinder bis zum 14. Lebensjahr in dem Glaubensbekenntnisse der Mutter zu erziehen. Die Mutter hat also kein Wahl- oder Bestimmungsrecht bezüglich der religiösen Erziehung ihres unehelichen Kindes. Ihr Austritt aus der Landeskirche nach dem PrG. vom 14. Mai 1873 hat nur bürgerliche Wirkung; damit ist noch kein Ausscheiden aus der evangelischen (katholischen) Glaubensgemeinschaft erfolgt. Der Austritt aus dieser bestimmt sich lediglich nach den Vorschriften des evangelischen (katholischen) Kirchen-

rechts. b) Dagegen DNotV. **13** 291 (Red.): Die katholische Kirche kennt einen kirchenrechtlich wirksamen Austritt überhaupt nicht und selbst die excommunicatio major bewirkt nur die Nichtzulassung zu den Heilseinrichtungen der Kirche, nicht aber den Ausschluß aus der Kirche selbst. Da die Kirche überhaupt nur die Gewissen bindet, so könnten Vorschriften, die sie selbst über den Austritt aufstellt, irgendeine rechtliche Bedeutung nicht beanspruchen.

4. a) Die Entsch. des KG., JDR. **11** Ziff. II A 3 zu § 1631 — über die religiöse Erziehung von Kindern aus rein jüdischen Ehen — auch KGJ. **43** A 71, VolkschA. **12** 331. b) S. dazu die Bemerkungen DNotV. **13** 500.

5. Vgl. auch unten Ziff. A. IV 2 (KG.) zu § 1666 (Befolgung der Anordnungen über religiöse Erziehung und deren Erzwingung).

B. In Bayern. 1. Inländer und Ausländer. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **11** Ziff. II B 1 a zu § 1631 — auch OLG. **26** 264.

2. Form der Verträge. a) Von Nichtbayern in Bayern. α. R. **13** 347 (BayVGH.). Auch für Kinder, die dem bayerischen Staatsverbande nicht angehören, die jedoch nicht lediglich vorübergehend sich in Bayern aufhalten, haben die bayerischen Behörden den Streit über die religiöse Erziehung auf Grund der in Bayern geltenden gesetzlichen Bestimmungen zu entscheiden. Die Form für eine zwischen den Braut- bzw. Eheleuten getroffene Vereinbarung über religiöse Kindererziehung bemißt sich nach den Gesetzen des ersten ehelichen Wohnsitzes, bei später abgeschlossenen Verträgen nach dem Rechte des Ortes, wo die Eheleute zur Zeit des Vertragsabschlusses ihren Wohnsitz hatten. Derartige vertragsmäßige Bestimmungen können nur in der nach den bürgerlichen Gesetzen für den Abschluß von „Eheverträgen" vorgeschriebenen Form rechtsgültig getroffen werden. β. SeuffBl. **13** 520, R. **13** 75 (BayVGH.). Vertragsmäßige Bestimmungen über die religiöse Erziehung von Kindern aus gemischten Ehen können ausnahmslos nur in der nach den bürgerlichen Gesetzen für den Abschluß von Eheverträgen vorgeschriebenen Form, demgemäß unter der Geltung des BGB. gemäß § 1434 nur notariell getroffen und beurkundet werden. Für solche Verträge, die während der Dauer der Ehe abgeschlossen werden, ist das Recht des ehelichen Wohnsitzes zurzeit des Vertragsabschlusses bezüglich der Form des Vertrags maßgebend. b) Außer Bayern. BayRpflZ. **13** 311, BayNotZ. **13** 275 (BayVGH.). Verträge über religiöse Kindererziehung, die hinsichtlich der Form nach außerbayerischem Rechte zu beurteilen und ohne Beobachtung einer besonderen Form abgeschlossen sind, werden in Bayern als gültig erachtet, wenn nach außerbayerischem Rechte (Schweiz) solche Verträge rechtlich überhaupt nicht in Betracht kommen.

3. R. **13** 756 (BayVGH.). Zu einem Vorgehen der geistlichen Obern in einer religiösen Erziehungsfrage (§ 23 der II. VerfassBeil. vom 26. Mai 1818) besteht im allgemeinen erst mit dem Eintritte des Kindes in das Alter der öffentlichen Schulpflicht Veranlassung. Der Spendung der Taufe kann ein die Glaubensangehörigkeit bis zum Unterscheidungsalter bestimmender Einfluß im Sinne des § 18 aaO. nicht beigemessen werden.

4. Die JDR. **11** zu II B mitgeteilten Entsch. sind zum größten Teile jetzt auch SeuffBl. **13** 520 mitgeteilt.

C. In Württemberg. 1. WürttZ. **13** 133 (Stuttgart). Nach Ziff. VI des Religionsedikts vom 15. Oktober 1806 (RegBl. 1807, 609) sind Kinder aus gemischten Ehen in der Regel bis zu den Unterscheidungsjahren in der Religion des Vaters zu erziehen, wenn die Eheleute nicht durch einen vor der Obrigkeit des Gatten abgeschlossenen Vertrag ein anderes bestimmt haben. Zum Abschluß eines solchen Vertrags müssen beide Braut- oder Eheleute persönlich vor der Obrigkeit erscheinen. In Ermangelung eines Vertrags darf nach der

herrschenden Auffassung der Vater die Erziehungsreligion eines aus einer gemischten Ehe stammenden Kindes bestimmen, ohne an eine solche Bestimmung der Mutter gegenüber gebunden zu sein. Im Wege der Dispensation vermögen die Vormundschaftsbehörden die Erziehungsreligion nicht zu ändern.

2. a) DNotV. **13** 637, WürttZ. **13** 235 (Stuttgart). Befindet sich der Vater, wenn er die Kinder katholisch erzieht, in Übereinstimmung mit dem ausgesprochenen Willen der Mutter, so kann er nicht gezwungen werden, wegen des Todes der Mutter die Kinder nunmehr evangelisch zu erziehen. Durch einen früher formgültig geschlossenen Vertrag hatte nur die Mutter einen Anspruch gegen den Vater erlangt. Wenn sie davon keinen Gebrauch gemacht hat, so kann wegen der höchstpersönlichen Natur des elterlichen Erziehungsrechts ein Dritter daraus keine Rechte herleiten. b) Dagegen werden Bedenken erhoben von Graf, WürttZ. **13** 239, da es schließlich auf die Frage ankomme, ob ein Erziehungsvertrag formlos aufgehoben werden könne oder nicht.

D. In Baden.

Literatur: Keller, Religiöse Kindererziehung nach badischem Rechte. Karlsruhe 1913.

Graf, WürttZ. **13** 216. Soll die Konfession eines Kindes einer die badische Staatsangehörigkeit besitzenden Witwe geändert werden und hat das Kind in Baden weder Wohnsitz noch Aufenthalt, so ist zunächst festzustellen, ob das Kind früher in Baden einen Wohnsitz gehabt hat. Ist dies der Fall, so ist das AG. des letzten badischen Wohnsitzes des Kindes zur Erteilung der Genehmigung zuständig. Trifft dies nicht zu, so ist das badische Justizministerium um Bestimmung des zuständigen AG. zu ersuchen.

E. In Sachsen. SächsOLG. **34** 83. Nach § 20 Abs. 2 SächsDissidentenG. vom 20. Juni 1870 folgt ein noch nicht 14 Jahre altes uneheliches Kind der Mutter in der Religion, wenn diese aus einer vom Staate anerkannten Religionsgesellschaft austritt, ohne gleichzeitig zu einer anderen solchen Religionsgesellschaft überzutreten.

F. In Hamburg. HansGZ. **13** Beibl. 199, OLG. **26** 263, 264 (Hamburg) Nach dem Tode des Vaters steht das Recht zur religiösen Erziehung der Kinder ausschließlich der Mutter, auch der wiederverheirateten (§ 1697 BGB.), zu. Dieses Recht gilt in Ermangelung einer abweichenden Vorschrift auch in Hamburg (Nöldeke, § 153 VIII). Hiernach kann die Mutter ohne Einwilligung des Vormundes einen Konfessionswechsel ihrer Kinder vollziehen.

§ 1632. RG. JW. **13** 202. Mit der Schadensklage aus § 832 BGB. kann der Inhaber der elterlichen Gewalt, dem das Kind von einem Dritten vorenthalten wird, Aufhebung dieses Zustandes und damit die Herausgabe des Kindes verlangen.

§ 1634. 1. **RG.** JW. **13** 646, WarnE. **6** 350, SchlHolstAnz. **13** 161, R. **13** Nr. 2879. Ein Mißbrauch des dem Vater nach § 1634 Satz 2 BGB zustehenden Rechtes ist nicht ohne weiteres in dem Verlangen nach Herausgabe des Kindes zu finden, obwohl die Mutter, bei der das Kind sich befindet, Grund hat, die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verweigern, vielmehr sind für jeden einzelnen Fall die besonderen Umstände darzutun, die einen Schluß auf die Mißbräuchlichkeit des Herausgabeverlangens rechtfertigen (**RG. 55** 419, IDR. **2** zu § 1634 BGB.). Die gegenteilige Anschauung würde bedeuten, daß die Ehefrau, die zur Verweigerung der Gemeinschaft berechtigt ist, hinsichtlich der Sorge für die Person des Kindes die gleichen Rechte hätte, wie sie § 1635 der ohne ihr Verschulden geschiedenen Ehefrau zuerkennt. Gegen eine solche Gleichstellung spricht schon die Erwägung, daß bezüglich der Frau, die zur Verweigerung der Gemeinschaft berechtigt ist, die Frage

eines auf ihrer Seite vorhandenen Verschuldens noch offenbleibt, während im anderen Falle das alleinige Verschulden des anderen Eheteils gerichtlich festgestellt ist.

2. **RG.** JW. **14** 198. Wenn auch in erster Linie dem Vater die Aufsichtspflicht obliegt, so ist doch gemäß § 1634 BGB. auch die Mutter zur Ausübung der ihr obliegenden Aufsicht verpflichtet und kann diese Pflicht dadurch verletzen, daß sie ihrem Sohne Patronenhülsen, von denen sie wußte, daß er sie im Besitze habe, nicht weggenommen hat.

§ 1635. I. Wirkung der Entscheidungen ausländischer Behörden. **RG. 81** 373, JW. **13** 544, DJZ. **13** 698, R. **13** Nr. 970, 971, 972. Die Vorschrift des § 1635 kommt auch dem Ehegatten zugute, der nach der Scheidung Deutscher geworden ist. Der Verwaltungsakt einer ausländischen Vormundschaftsbehörde bindet die deutschen Gerichte nicht, da es nicht als ein allgemeiner Grundsatz anzuerkennen ist, daß die in einem fremden Kulturstaate nach seinen Gesetzen ergangene Anordnung die Staatsangehörigen auch für das dem Inland angehörige Rechtsverhältnis binde. Aus Art. 23 EGBGB. ergibt sich jedenfalls ein solcher Grundsatz nicht. Die Anordnung eines ausländischen Gerichts oder einer ausländischen Behörde, die einem bei der Scheidung nicht als schuldig erklärten früheren Ehegatten die Fürsorge für die Kinder zugunsten des für schuldig erklärten Elternteils entzieht, ohne daß eine solche Maßnahme durch das Interesse der Kinder geboten erscheint, verstößt gegen den Zweck des deutschen Gesetzes und ist daher nicht zu beachten (Art. 30 EGBGB.). Bei Anwendung des Art. 19 EGBGB. kommt in Frage, ob nicht sinngemäß dem gestorbenen der geschiedene und allein für schuldig erklärte Vater gleichzustellen sei.

II. Verträge über die Personensorge vor der Ehescheidung. **RG.** WarnE. **6** 56. Ein zwischen Eheleuten vor der Ehescheidung geschlossener Vertrag ist unwirksam, wenn er entgegen den Vorschriften der §§ 1635, 1636 BGB. Bestimmungen über die Sorge für die Person der aus der Ehe hervorgegangenen Kinder trifft (vgl. JW. **03** Beil. 63, 82, **RG. 60** 266, GruchotsBeitr. **50** 999, JDR. **2** Ziff. 2 a zu § 1635, **4** Ziff. 2 b zu § 1635, **5** Ziff. 3 c zu § 1632).

III. Abweichende Anordnung. 1. Wirkung gegenüber dem anderen Ehegatten. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **11** Ziff. 3 a zu § 1635 — auch KGJ. **44** A 314, OLG. **26** 257.

2. Keine Mitwirkung eines Pflegers. R. **13** Nr. 2587 (Bay. ObLG.) verbleibt bei der Ansicht BayObLG. **6** 54, **7** 295 — JDR. **4** Ziff. II 1 a zu § 1666, **5** Ziff. 3 a β zu § 1635 — daß in dem Verfahren nach §§ 1635, 1666 die Mitwirkung eines Vormundes oder Pflegers der beteiligten Kinder nicht notwendig ist.

3. Vorläufige Anordnungen. KGJ. **44** A 17, RJA. **13** 5, R. **13** Nr. 1346 (KG.). Das Vormundschaftsgericht ist während des Schwebens eines Ehescheidungsprozesses nicht berechtigt, ohne Feststellung der Voraussetzungen des § 1666 eine vorläufige Anordnung dahin zu treffen, daß bis zur rechtskräftigen Erledigung des Scheidungsprozesses die Kinder oder eines von ihnen der Mutter zu überlassen seien. § 627 ZPO. duldet keine entsprechende Anwendung auf die Amtstätigkeit des Vormundschaftsgerichts (vgl. KGJ. **37** A 17).

4. Josef, AZivPr. **110** 402, 404. Voraussetzung einer nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 zu erlassenden Anordnung ist, daß beide geschiedene Ehegatten leben. Der Tod eines von ihnen hat die Einstellung des von ihm oder von dem anderen Teile angeregten Verfahrens zur Folge.

IV. Verhältnis zu § 627 ZPO. 1. OLG. **27** 113 (Braunschweig). Bei der nach § 627 ZPO. zu treffenden einstweiligen Verfügung ist der § 1635 nicht maßgebend, denn es handelt sich nicht um die aus der Scheidung sich ergebenden

Folgen, auch steht noch nicht fest, welcher von den Ehegatten oder ob beide für schuldig erklärt werden.

2. OLG. **27** 113 (Hamburg). Zu den nach § 627 ZPO. zulässigen Anordnungen gehört auch, soweit es sich nicht um die gesetzliche Vertretung handelt, die allgemeine Übertragung der Sorge für die Person des Kindes.

3. SächsRpflA. **13** 312 (Dresden). Neben einer Anordnung des Vormundschaftsgerichts, die die Fürsorge für die Person eines Kindes regelt, ist für eine entsprechende einstweilige Verfügung des Ehegerichts (§ 627 ZPO.) kein Raum.

V. **RG.** (Straff.) LeipzZ. **14** 194. Ein Elternteil kann sich dann einer Verletzung des § 235 StGB. schuldig machen, wenn dem anderen Elternteile durch einstweilige Verfügung die alleinige Sorge für die Person des Kindes für die Dauer des Ehescheidungsprozesses zugesprochen worden ist.

VI. Feststellungsklage. **RG.** WarnE. **6** 444. Sind geschiedene Ehegatten darüber uneinig, wem von ihnen die Fürsorge für die Person eines gemeinsames Kindes zustehe, so haben in aller Regel beide Teile ein dringendes Interesse daran, daß hierüber sofort durch ein richterliches Urteil entschieden werde (§ 256 ZPO.).

VII. Aufhebung der Anordnung. Kamm, Die materielle Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, BuschZ. **44** 84. (113): § 1635 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2: „Das Vormundschaftsgericht kann die Anordnung aufheben, wenn sie nicht mehr erforderlich ist" geht davon aus, daß es eine Festlegung der vormundschaftsgerichtlichen Rechtsauffassung gibt, und will von ihr eine Ausnahme zulassen. Dies setzt aber eine einschränkende Auslegung des § 1671 voraus, in dem Sinne, daß er sich nur auf die noch nicht rechtskräftig gewordenen Verfügungen bezieht. § 1635 Abs. 1 Satz 2 spricht dann dazu (vgl. Mot. IV 626) den aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit bekannten Satz aus, daß die veränderten Umstände eine anderweitige rechtliche Beurteilung der Sachlage gestatten.

§ 1636. I. Voraussetzung der Verkehrsregelung. 1. Im Falle einer Vereinbarung beider Elternteile. KGJ. **44** A 20, R. **13** Nr. 1305 (KG.). Für die nähere Regelung der Art und Weise des Verkehrs desjenigen Elternteils, dem nach § 1635 die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, mit dem Kinde ist das Vormundschaftsgericht ausschließlich zuständig (vgl. **RG. 63** 236, **69** 94, JDR. **5** Ziff. 3 b, **7** Ziff. 1 zu § 1636). Das Recht des Vormundschaftsgerichts, den Verkehr gemäß § 1636 Satz 2 näher zu regeln, kann durch Vereinbarung der Eltern weder ausgeschlossen noch beschränkt werden und daher, wenn es im Interesse des Kindes liegt, selbst zu einer der Vereinbarung der Eltern widersprechenden Anordnung führen. Haben die Eltern eine Verkehrsregelung vergleichsweise getroffen und hält sich ein Elternteil an diesen Vertrag nicht mehr für gebunden, so hat das Vormundschaftsgericht nach § 1636 Satz 2 zu verfahren, ohne zu prüfen, ob die Ansicht des Elternteils, der sich von dem Vertrage lossagt, durch die Sachlage gerechtfertigt ist. Die Verkehrsregelung setzt nicht einen Antrag des verkehrsberechtigten Elternteils voraus, sondern kann auch auf Anregung des sorgeberechtigten Elternteils erfolgen.

2. Nur zugunsten des nicht zur Personensorge berechtigten Elternteils. KGJ. **44** A 23, RJA. **13** 1, OLG. **26** 252, R. **13** Nr. 1306 (KG.). Befindet sich ein Kind im Einverständnisse mit dem zur Personensorge nach § 1635 Abs. 1 Satz 1 berechtigten Elternteil bei den Eltern des anderen Elternteils, so ist das Vormundschaftsgericht nicht zu einer Anordnung zuständig, die den Verkehr des zur Personensorge berechtigten Elternteils mit dem Kinde regelt. Da eine Beschränkung des sorgeberechtigten Elternteils durch das

eigene Verkehrsrecht begrifflich ausgeschlossen ist, fällt damit jede Möglichkeit eines Streites über den Inhalt einer derartigen Beschränkung. Dies gilt auch dann, wenn der sorgeberechtigte Elternteil selbst die Verkehrsregelung beantragt hat. Dazu kommt, daß zur Ausübung eines Zwanges (vgl. Art. 15 PrFGG.) das Vormundschaftsgericht Dritten gegenüber (hier gegenüber den Eltern des anderen Elternteils) nicht befugt ist, zur Ausübung eines Zwanges gegen den anderen Elternteil aber kein Grund vorliegt, da ihm weder das Personensorgerecht zusteht, noch der Ausübung nach übertragen ist. Wird das Kind den Großeltern des anderen Elternteils belassen, so sind auch die Anordnungen, die diese im Interesse des Kindes für erforderlich erachten, für den sorgeberechtigten Elternteil maßgeblich.

3. Im Interesse des Kindes. R. **14** Nr. 69 (BayObLG.). Bei Prüfung der Frage, ob durch den Verkehr mit dem anderen Elternteile die Kinder in ihrer Erziehung und Charakterbildung gefährdet erscheinen, sind die gesamten Verhältnisse in Betracht zu ziehen.

4. Gegenüber Ausländern. a) KGJ. **44** A 28, OLG. **26** 255, R. **13** Nr. 1307 (KG.). Den deutschen Vormundschaftsgerichten fehlt regelmäßig die Zuständigkeit für die Regelung des persönlichen Verkehrs geschiedener oder getrennt lebender Eltern ausländischer Staatsangehörigkeit mit ihren Kindern, denn die Zuständigkeitsnorm des Art. 23 EGBGB. greift hier nicht ein (vgl. KGJ. **37** A 32) und die Zuständigkeitsvorschrift im § 1636 Satz 2 gilt nur für deutschrechtliche Verhältnisse. **b)** Dagegen **RG.** BayRpflZ. **13** 423, WarnE. **6** 516, GruchotsBeitr. **58** 205, R. **13** Nr. 2487 — gegen KGJ. **37** A 32, RJA. **10** 1, JDR. 8 Ziff. VI zu § 1636. — Ein Streit der geschiedenen Eltern, wenn er nicht die Befugnis zum Verkehre mit dem Kinde überhaupt, sondern das dabei zu beobachtende beiderseitige Verhalten betrifft, eignet sich nicht für eine Erledigung in dem nach den Grundregeln der sog. Verhandlungsmaxime sich abspielenden Parteiprozesse. Demgemäß hat in Deutschland außerhalb des Eheprozesses über eine Regelung des Verkehrs geschiedener Eltern mit ihren minderjährigen Kindern nach § 1636 Satz 2 BGB. ausschließlich das Vormundschaftsgericht zu befinden. Was hierbei für Eltern und Kinder deutscher Reichsangehörigkeit gilt, hat auch für Ausländer zu gelten. Kein deutsches Gesetz entzieht in diesem Falle die dem Vormundschaftsgericht übertragene Regelung dieser Zuständigkeit und überträgt sie auf das Prozeßgericht.

II. Inhalt der Verkehrsregelung.

1. Die Entsch. des OLG. Braunschweig (zum persönlichen Verkehre gehört auch der briefliche) — JDR. **11** Ziff. III 1 a zu § 1636 — auch OLG. **26** 249.

2. BayObLG. **14** 4, OLG. **26** 252, R. **13** Nr. 856 (BayObLG.). Grundsätzlich unzulässig ist es nicht, wenn die Kinder, um mit dem anderen Elternteile zu verkehren, auf einige Zeit von dem Orte, den ihnen der zur Personensorge berechtigte Elternteil als ihren Aufenthalt bestimmt hat (§ 1631), sich entfernen. Eine solche Beschränkung muß sich dieser Elternteil gefallen lassen (vgl. OLG. **2** 348, **3** 370, **9** 458, BayObLG. **10** 350).

3. R. **14** Nr. 68 (BayObLG.). Unzulässig ist eine Regelung des Verkehrs, die praktisch auf dessen völlige Unterbindung hinausläuft. (Alljährlich nur drei Besuchstage an einem von dem Wohnorte des anderen Elternteils entfernt belegenen Orte.)

III. Entsprechende Anwendung. 1. BadRpr. **13** 143 (Karlsruhe). Es besteht kein Grund, wegen der Vorschrift des § 627 ZPO. die entsprechende Anwendung des § 1636 Satz 2 BGB. für die Dauer des Ehescheidungsprozesses auszuschließen.

2. OLG. **26** 269 (KG.). Das Vormundschaftsgericht hat den persönlichen Verkehr der bei bestehender Ehe von ihrem Manne tatsächlich getrennt lebenden Frau

mit den aus der Ehe hervorgegangenen Kindern auch dann zu regeln, wenn sie kein Recht zum Getrenntleben nach § 1353 Abs. 2 BGB. hat.

3. WürttZ. **13** 137, OLG. **26** 269 (Stuttgart). Hat während des Getrenntlebens der Eheleute der Ehemann sich damit einverstanden erklärt, daß die Kinder bei seiner Frau verbleiben, und steht dieser die tatsächliche Sorge für die Kinder zu, so ist, wenn Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eheleuten über den Verkehr des Vaters mit den Kindern entstehen, gemäß dem dem § 1636 zugrunde liegenden Gedanken das Vormundschaftsgericht berufen, den Verkehr näher zu regeln. Das Recht der Ehefrau auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft schließt die Regelung des Verkehrs des Mannes mit den Kindern nicht aus, wenn es auch auf die Art und Weise der Regelung des Verkehrs von Einfluß sein kann.

4. BayRpflZ. **13** 444, R. **13** Nr. 2908 (BayObLG.). Bestritten ist, ob die Mutter das Vormundschaftsgericht anrufen kann, wenn ihr die im § 1634 gewährleistete Anteilnahme an der Sorge für die Person des Kindes beeinträchtigt wird. Jedenfalls ist das Vormundschaftsgericht zuständig, wenn die Beeinträchtigung zugleich den Tatbestand des § 1666 erfüllt, wenn z. B. das Wohl des Kindes wegen der durch die Ausschließung der Mutter eintretenden Entfremdung zwischen Mutter und Kind gefährdet ist. Die Rechtsprechung gibt der Mutter in entsprechender Anwendung des § 1636 Satz 2 die Befugnis, das Vormundschaftsgericht auch um Schutz anzurufen, wenn Streit unter den Gatten über den persönlichen Verkehr mit dem Kinde besteht und keine Gefährdung des Kindes in Frage steht (**RG. 69** 94, RJA. **10** 100, **11** 6, BayObLG. **10** 353, SeuffA. **64** 230, **65** 362). Dies hat auch zu gelten, wenn durch Prozeßvergleich vereinbart ist, daß das gemeinsame Kind beim Vater zu verbleiben habe. Dahingestellt gelassen wird, ob das Vormundschaftsgericht auch zuständig ist, wenn ein Elternteil das Recht des anderen Teiles auf persönlichen Verkehr überhaupt leugnet.

IV. Zwangsmittel nach Landesrecht. Hagemann, Nach welchen Gesichtspunkten beschließt das Vormundschaftsgericht im Falle des § 1636 Satz 2 BGB.? FürsorgeZ. **5** 185 billigt dem Vormundschaftsgericht auf Grund des Art. 17 PrFGG. die Machtbefugnis zu, durch besondere Verfügung nach vorheriger Androhung zu befehlen, dem ungehorsamen sorgeberechtigten Ehegatten das Kind mit Gewalt wegzunehmen und zu dem anderen zu bringen.

V. R. **13** Nr. 3153 (Stuttgart). Hat ein geschiedener Ehegatte gegen den früheren Ehegatten Klage auf Feststellung der Wirksamkeit eines den Verkehr mit dem gemeinschaftlichen Kinde betreffenden Vergleichs erhoben, so ist die Aussetzung des Verfahrens bis zu der nach § 1636 Satz 2 zu erwartenden Entscheidung des Vormundschaftsgerichts zulässig.

§§ 1638 ff. 1. OLG. **26** 263, R. **13** Nr. 1151 (Braunschweig). Wie der Vater befugt ist, zum Zwecke der Betätigung seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechts das Kindesvermögen für sich (und nicht als Bevollmächtigter des Kindes) in Besitz zu nehmen, so muß ihm auch das Recht zustehen, die Herausgabe von Kindesgut im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen. Gleich jedem anderen, der ihm den Besitz vorenthält, hat auch die Mutter sein Recht gegen sich gelten zu lassen, da ihre Rechte aus der elterlichen Gewalt vermöge der natürlichen und gesetzlichen Unterordnung hinter denen des Vaters zurückstehen.

2. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 830. Aus der Pflicht des Vaters, für das Vermögen zu sorgen, ergibt sich häufig auch eine Pflicht zu dessen Versicherung, und zwar nicht nur von Sachen und Rechten, sondern auch des Vermögens

als solchen unter Beachtung der Verkehrsüblichkeit (beachte insbesondere die Haftpflichtversicherung!).

§ 1638. BayObLG. **14** 250, ZBlFG. **14** 221, BayRpflZ. **13** 302, R. **13** Nr. 2101 (BayObLG.). Soweit ein Erwerb nach § 1638 in Betracht kommt, ist für das Kind alsbald ein Pfleger zu bestellen, weil die Vertretungsmacht des Vaters (anders wie im Falle des § 1794) von Anfang an fehlt. Auch die Verteidigung eines Testaments, durch das dem Kinde ein Vermächtnis zugewendet ist, ist eine auf die Verwaltung des vermachten Vermögens bezügliche Handlung (vgl. auch unten Ziff. 3 b zu § 2361).

§ 1640. 1. a) Die Entsch. des **RG.** — JDR. **11** Ziff. 1 zu § 1640 — (Verzeichnis des Pflichtteilsanspruchs) auch **RG. 80** 65, R. **13** Nr. 210. b) Vgl. hierzu die orientierenden Bemerkungen von Leverkühn, ZBlFG. **14** 447. c) Vgl. auch unten Ziff. 1 zu § 1669.

2. KGJ. **43** A 38 (KG.) schließt sich der Ansicht **RG. 65** 142 — JDR. **6** Ziff. 1 zu § 1640 — an, wonach der mit dem Erbfall entstehende Anspruch des Nacherben auf dereinstige Ausantwortung der Erbschaft (§ 2108) Bestandteil des Kindesvermögens ist und wie alle Vermögensrechte der Verwaltung des Gewalthabers unterliegt, solange ihm nicht auf Grund von § 1630 Abs. 2, §§ 1673, 1796 die Verwaltung entzogen und für das Kind gemäß §§ 1628, 1909 ein Pfleger bestellt worden ist. Will daher der Inhaber der elterlichen Gewalt eine neue Ehe eingehen, so braucht er sich mit seinem minderjährigen Kinde in Ansehung des Nachlasses des anderen Elternteils nicht auseinanderzusetzen, wenn dieser ihn zum Vorerben und das Kind zum Nacherben mit der Maßgabe eingesetzt hat, daß die Nacherbfolge bei der Wiederheirat des überlebenden Ehegatten eintreten solle. Er hat aber dem Vormundschaftsgericht auf seine Kosten ein Verzeichnis einzureichen, in das nicht nur das Nacherbrecht des Kindes als solches, sondern auch die einzelnen Gegenstände des Nachlasses aufzunehmen sind.

3. Kemmer, BayRpflZ. **13** 389. Sparkassenbücher, auf die Kindergeld auf Grund der §§ 1640, 1642 eingezahlt ist, dürfen nur dann mit dem Sperrvermerke versehen werden, wenn die Voraussetzungen des § 1667 BGB. gegen den zur Sorge für das Vermögen des Kindes berechtigten Elternteil vorliegen.

§ 1642. ElsLothJZ. **13** 84 (Colmar). Der Vater hat die Kindergelder auch schon vor dem Tode der Mutter und auch dann mündelsicher anzulegen, wenn sie den Kindern testamentarisch zugewendet sind, ohne daß bei der Zuwendung die Vermögensverwaltung des Vaters beschränkt worden ist.

§ 1643. 1. Genehmigung einer Erbschaftsausschlagung. Die Entsch. des KG. — JDR. **11** Ziff. 1 zu § 1643 — auch RJA. **12** 105, R. **13** Nr. 1892.

2. Erwerbsvertrag. OLG. **26** 270, BreslauAK. **13** 15 (Breslau). Das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643, 1822 Ziff. 3 BGB. betrifft nur den Erwerbsvertrag als solchen, nicht dagegen die einzelnen bei Fortführung des ohne Genehmigung erworbenen Geschäfts geschlossenen lästigen Verträge. Die tatsächliche Fortführung des Erwerbsgeschäfts auf Grund des unwirksamen Vertrags ist genau so zu beurteilen, wie der ohne einen solchen Vertrag erfolgte Beginn eines neuen Erwerbsgeschäfts, zu dem die nach §§ 1823, 1645 vorgeschriebene Genehmigung nicht eingeholt worden ist (Planck, Anm. II 3 a zu § 1822).

3. Grundstückserwerb ohne Übernahme der persönlichen Haftung für die Hypotheken. SächsOLG. **34** 292. Zur Auflassung eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks an einen Minderjährigen

ist vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nur erforderlich, wenn der Minderjährige für die Hypothekenforderungen persönlich haften soll (§ 1822 Nr. 10). Hat daher ein Vater seinem minderjährigen Sohne ein Grundstück geschenkt und ist in dem Schenkungsvertrage bestimmt, daß die auf dem Grundstücke haftenden Hypotheken von dem Sohne nicht übernommen werden, so bedarf der dem Sohne bestellte Pfleger zur Entgegennahme der Auflassung nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

4. Beteiligung eines Minderjährigen an der Gründung einer GmbH. KGJ. **44** A 142, RJA. **12** 233, DJZ. **13** 1140, FrankfRundsch. **47** 16, R. **13** Nr. 2742 (KG.). Ein Vertrag, durch den eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter Beteiligung eines Minderjährigen errichtet wird, bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, denn der Minderjährige übernimmt damit (vgl. § 1822 Nr. 10) insofern eine fremde Verbindlichkeit, als er nach § 24 GmbHG., soweit die Stammeinlage eines Mitgesellschafters weder von dem Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch den Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann, den Fehlbetrag nach Verhältnis seines Geschäftsanteils aufzubringen hat und als er nach § 31 Abs. 3, 4 GmbHG. eine subsidiäre Haftung für den Betrag übernimmt, der von dem Empfänger einer den Vorschriften des § 30 zuwider geleisteten Zahlung zu erstatten ist (vgl. Liebmann, HoldheimsMSchr. **4** 258; Moses, JheringsJ. **53** 417). ➛ Entsprechend wegen des Beitritts eines Minderjährigen zu einer eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht: KGJ. **30** A 149, JDR. **4** Ziff. 6 c zu § 1822 BGB. Vgl. auch unten Ziff. I 4 zu § 1822. Red.. ⟵

5. Die Entsch. des OLG. Jena — JDR. **11** Ziff. 3 b zu § 1643 — auch SeuffA. **68** 278.

6. Kondiktion im Falle der Nichtgenehmigung. **RG.** **81** 264, JW. **13** 488, R. **13** Nr. 963. Hat ein Vater in Vertretung seiner minderjährigen Kinder sich zur Übertragung des Eigentums an einem ihnen gehörigen Grundstück einem Dritten gegenüber verpflichtet und hat dieser in Erwartung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eine Zahlung an den Vater geleistet, so haften im Falle der Verweigerung dieser Genehmigung wegen der an den Vater geleisteten Zahlung die Kinder nur soweit aus der ungerechtfertigten Bereicherung, als ihnen der gezahlte Betrag tatsächlich zugute gekommen ist, insbesondere dadurch, daß der Vater mit dem Gelde Forderungen für sie erworben hat.

§ 1647. 1. *Levis, ZBlFG. **14** 288. Damit der Konkurs über das Vermögen der Mutter dieser das Recht der Verwaltung des Vermögens ihres Kindes nimmt, muß die Mutter zur Zeit des Konkursverfahrens entweder gemäß § 1684 BGB. volle Inhaberin der elterlichen Gewalt gewesen sein oder wenigstens gemäß § 1685 BGB. die elterliche Gewalt ausgeübt haben.

2. KGJ. **43** A 35, RJA. **12** 179, R. **13** Nr. 2429 (KG.). Das Recht der elterlichen Vermögensverwaltung erlischt nach § 1647 auch dann, wenn der Vater Gesellschafter einer in Konkurs geratenen offenen Handelsgesellschaft ist und nur über das Gesellschaftsvermögen, nicht auch über das sonstige Vermögen des Vaters der Konkurs eröffnet wird. Dies folgt aus dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand und aus dem Zwecke der Bestimmung des § 1647, der Sicherungsmaßnahmen im Interesse des Kindes für geboten erachtet, wenn der Vater infolge der Konkurseröffnung die zur weiteren Verwaltung des Kindesvermögens erforderliche Vertrauenswürdigkeit verloren hat. Dieses Mißtrauen ist auch begründet, wenn der Vater das Handelsgewerbe nicht als Einzelkaufmann, sondern in Gemeinschaft mit anderen in offener Handelsgesellschaft betreibt.

§ 1651. 1. R. 13 247 (KG.). Zum Erwerbe durch Arbeit (§ 1651 Ziff. 1) gehören auch die dem Kinde auf Grund der Arbeiterversicherungsgesetze zukommenden Bezüge, insbesondere die Unfallrenten.

2. HessRspr. 14 212 (LG. Gießen). Der Vater kann, auch wenn er seinen Sohn ermächtigt hat, in ein bestimmtes Dienstverhältnis zu treten, kraft seines Verwaltungsrechts über den dem Sohne ausgezahlten Lohn und dessen Lohnansprüche Bestimmung treffen.

§ 1654. 1. KGJ. 44 B 365, R. 13 247 (KG.). Der Vater haftet während des Bestehens der elterlichen Gewalt für die Kostenschulden des Kindes dann nicht persönlich, wenn ein seiner Nutzung unterliegendes Vermögen des Kindes überhaupt nicht vorhanden ist. KGJ. 36 B 3, JDR. 7 Ziff. 2 a zu § 1654, wird nicht aufrechterhalten.

2. Ebenso OLG. 27 227, SeuffA. 68 186 (München), SächsRpflA. 13 503 (LG. Leipzig), SeuffA. 68 459 (Hamburg).

3. Vgl. Schultzenstein, ABürgR. 38 265 oben Ziff. 2 zu §§ 1385, 1388.

§ 1656. Vgl. unten **RG.** zu § 2214 (Geltendmachung der dem Vater kraft seines Nutznießungsrechts zustehenden Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker).

§ 1666. A. **Reichsrecht.** I. Verschulden dem Kinde gegenüber. 1. *Krauß, WürttZ. 13 289 nimmt im Gegensatze zur herrschenden Meinung, aber in Übereinstimmung mit v. Blume, Anm. I zu § 1666 an, daß das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 Abs. 1 ein Verschulden des elterlichen Gewalthabers nicht voraussetze, daß vielmehr die Begriffe „Mißbrauch" und „Vernachlässigung" in objektivem Sinne zu verstehen seien, und daß, wenn im Abs. 1 die Wendung gebraucht werde, daß der Vater „sich eines unsittlichen oder ehrlosen Verhaltens schuldig mache", damit nur die moralische Verantwortlichkeit (wie in den §§ 530, 1565 ff., 1611, 1621, 2294, 2333 ff., 2339 u. 2345 BGB.) gemeint sei, während beim Verschulden im strengen Sinne es sich um Belastung des intellektuellen Kontos handle. Würde darüber hinaus ein Verschulden verlangt, so würde nach der Meinung des Verf. gerade in schweren Fällen, wo den Gewalthaber wegen Krankheit oder Trunksucht usw. kein Verschulden trifft, der Schutz des Kindes verzögert oder ganz in Frage gestellt sein.

2. R. 13 Nr. 693 (BayObLG.). Die Mutter kann sich gegenüber dem Vorwurfe der Duldung von Kindesmißhandlungen nicht ohne weiteres durch den Hinweis auf ihre eigene Schwangerschaft entschuldigen.

3. R. 13 Nr. 1470 (BayObLG.). Wird dem Vater der Verkehr mit dem Kinde dadurch erschwert, daß es bei seiner von ihm getrennt lebenden Frau an einem anderen Orte sich befindet, so liegt zu Maßregeln aus § 1666 gegen die Mutter kein Anlaß vor, wenn sie nicht absichtlich, um den persönlichen Verkehr des Vaters mit dem Kinde zu unterbinden, nach ihrem jetzigen Wohnorte verzogen ist.

II. Gefährdung. 1. R. 13 Nr. 63 (BayObLG.). Eine Gefährdung des Kindes kann dadurch begründet sein, daß der Vater die Heimkehr seines Kindes verlangt, obwohl er sich jahrelang um das Kind nicht gekümmert hat und dieses ihm daher völlig entfremdet ist.

2. R. 13 Nr. 694 (BayObLG.). Haben die Eltern sich früher eines unsittlichen Verhaltens schuldig gemacht, so ist doch gegenwärtig eine Gefährdung des Kindes nicht anzunehmen, wenn die Eltern sich von ihrem bisherigen Lebenswandel abgekehrt haben.

III. Mißbrauch. 1. Die Entsch. des OLG. Stuttgart — JDR. 11 Ziff. A III 2 u. 3 — auch KGJ. 43 A 281.

2. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **11** Ziff. A III 4 zu § 1666 — auch OLG. **26** 264.

3. **a**) R. **13** Nr. 857 (BayObLG.). Der Beschluß BayObLG. **13** 260 — JDR. **11** Ziff. A III 1 zu § 1666 (auch abgedr. KGJ. **44** A 320, RJA. **12** 86) — verträgt wegen seines außergewöhnlichen Tatbestandes keine ausdehnende Anwendung. Damals handelte es sich um ein bereits in unterscheidungsfähigem Alter stehendes Mädchen, das durch langjährige, grob schuldhafte Vernachlässigung ihrem Vater derart entfremdet war, daß es ihm mit intensivem Widerwillen, ja Haß gegenüberstand, so daß bei einer gewaltsamen Verpflanzung in das väterliche Haus tatsächlich höchst ungünstige Einwirkungen auf das leibliche und geistige Wohl des Kindes zu befürchten waren. Davon kann nicht die Rede sein bei einem siebenjährigen Kinde, das vielleicht vorübergehend durch die Trennung von den Großeltern unangenehm berührt wird, das sich aber nach Kindesart an die neuen Verhältnisse rasch gewöhnen wird. **b**) BayObLG. **13** 577 — im Anschluß an BayObLG. **13** 200 (JDR. **11** Ziff. III A 1 zu § 1666) —. Der Vater darf den Anspruch auf Herausgabe des Kindes nur in dessen Interesse geltend machen. Verlangt er die Herausgabe des Kindes ohne Rücksicht darauf, daß eine Gefährdung des geistigen Wohles des Kindes sich daraus unmittelbar besorgen läßt, so mißbraucht er sein Recht der Sorge für die Person des Kindes auf dessen Kosten. Das Vormundschaftsgericht darf das Sorgerecht nicht weiter beschränken, als zur Abwendung der für das Wohl des Kindes bestehenden Gefahr notwendig ist.

4. BayObLG. **13** 738. Es kann nicht als Mißbrauch des Personensorgerechts angesehen werden, wenn der Sorgeberechtigte das Kind von dessen bisherigen Pflegern herausverlangt, sofern dadurch eine Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes nicht zu besorgen ist.

IV. Vernachlässigung. 1. SächsOLG. **34** 68. Weigert sich in Sachsen ein Vater, ohne anderweit für die Erziehung seines schwachsinnigen Sohnes hinreichend zu sorgen, den Sohn nach § 4 Abs. 5 VolksschulG. vom 26. April 1873 in einer Erziehungsanstalt unterzubringen, so vernachlässigt er die ihm nach den §§ 1627, 1631 obliegende Erziehungspflicht und ist das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 BGB. in Verbindung mit § 53 SächsVO. vom 6. Juli 1899 gerechtfertigt. Hat er selbst kein eigenes Vermögen, so greift die Verpflichtung des Ortsarmenverbandes Platz, da nach § 33 Nr. 3 ArmenO. vom 22. Oktober 1840 Kindererziehung, abgesehen von den Fällen des FürsErzG. § 31 unter a, Gegenstand der Armenpflege ist. OLG. **17** 277 (= KGJ. **36** A 10, JDR. **7** Ziff. II c zu § 1666) bezieht sich auf preußisches Recht, wo die Kindererziehung nicht in den Bereich der Armenpflege fällt.

2. R. **13** 247 (KG.). Ist einer Mutter, die Inhaberin der elterlichen Gewalt ist, die Sorge für die Person des Kindes in Ansehung der religiösen Erziehung entzogen und zur Ausübung des religiösen Erziehungsrechts ein Pfleger bestellt worden, so hat sie das Kind zur Befolgung der Anordnungen, die der Pfleger wegen der religiösen Erziehung trifft, anzuhalten. Verletzt sie schuldhaft diese Pflicht, so können Maßregeln aus § 1666 gegen sie erlassen werden.

V. Erforderliche Maßregeln. BayObLG. **13** 738, **14** 207, DJZ. **13** 1503, R. **13** Nr. 1756 (BayObLG.) Die der Mutter nach § 1707 zustehende Sorge für die Person ihres unehelichen Kindes darf durch Maßnahmen auf Grund des § 1666 nicht weiter beschränkt werden, als zur Abwendung der für das Wohl des Kindes bestehenden Gefahr notwendig ist. Kann diese Gefahr durch eine Anordnung über die Unterbringung des Kindes beseitigt werden, so ist es nicht gerechtfertigt, der Mutter das Sorgerecht vollständig

zu entziehen und ihr z. B. jeden Einfluß auf die Berufswahl des Kindes zu entziehen.

VI. Verfahren. 1. WürttZ. **13** 47 (LG. Ravensburg). Für eine nach § 1666 Abs. 1 zu treffende Maßregel, sofern nicht die Anordnung der Fürsorgeerziehung in Frage kommt (WürttFürsErzG. Art. 6), ist in Württemberg das ordentliche Vormundschaftsgericht und nicht das Amtsgericht als außerordentliches Vormundschaftsgericht zuständig (Art. 52 WürttAGBGB.). Das ist auch dann der Fall, wenn das Amtsgericht zuvor die Fürsorgeerziehung des Kindes angeordnet hatte und es nachher geboten erscheint, dem Vater die Sorge für das Kind zu entziehen.

2. OLG. **26** 272 (KG.). Dem Elternteile, dem durch eine Anordnung aus § 1666 das Recht der Personensorge entzogen worden ist, steht in den diese Sorge betreffenden Angelegenheiten gegen die Verfügungen des Vormundschaftsgerichts ein Recht zur Beschwerde weder auf Grund des § 20, noch auf Grund des § 57 FGG. zu.

3. Entbehrlichkeit der Bestellung eines Verfahrenspflegers. Vgl. BayObLG. oben Ziff. III 2 zu § 1635.

4. Josef, AZivPr. **110** 402, 404. Das gegen den Vater aus § 1666 eingeleitete Verfahren ist ein amtswegiges zum Schutze des Kindes; der Tod der Mutter, die dies Verfahren angeregt hat, ist auf das Verfahren ohne Einfluß.

B. Fürsorgeerziehung (Zwangserziehung) nach Landesrecht.

I. Preußen.

A. Literatur: Buchberger u. Müller, Die Fürsorgeerziehung. Vorträge, gehalten auf dem „Kursus für katholische Fürsorge-Anstaltserziehung in Bayern". München. — Düsseltal, Die Preußische Fürsorgeerziehung in Stadt und Land, FürsorgeZ. **4** 243. — Kluge, Wie weit ist die praktische Mitarbeit der Psychiatrie bei der Fürsorgeerziehung gediehen? FürsorgeZ. **4** 282. — Landsberg, Die öffentliche Erziehung der gefährdeten Jugend. Hannover 1913. — Derselbe, Fürsorgeerziehung in der eigenen Familie des Fürsorgezöglinges, FürsorgeZ. **5** 159. — Pade, Der strafrechtliche Schutz der Fürsorgeerziehung, FürsorgeZ. **5** 193. — Stade, Die Probleme unserer Fürsorgeerziehung, ihre Erfolge und Mißerfolge (aus: Der Gerichtssaal). Stuttgart 1913.

B. Amtliches: Amtliche Statistik über Fürsorgeerziehung Minderjähriger in Preußen für das Rechnungsjahr 1911 (Bericht darüber FürsorgeZ. **6** 67). — Lindenberg, Statistik der Fürsorgeerziehung Minderjähriger in Preußen, DJZ. **13** 626. — MinBl. i. V. **13** 83, FürsorgeZ. **5** 118 (PrMin. d. J.). Bek. vom 26. April 1913. Grundsätze für die Beistandsleistung (der einzelnen Bundesstaaten untereinander) in Fürsorgeerziehungsangelegenheiten. — FürsorgeZ. **5** 107 (OLGPräs. und OStA. Breslau) gegen die Bezeichnung Beteiligter mit den Worten: „der frühere Fürsorgezögling". — Der PrJMin. hat es (FürsorgeZ. **5** 154) abgelehnt, eine allgemeine Anweisung dahin zu erlassen, die Tatsache, daß ein Angeklagter sich in Fürsorgeerziehung befinde oder befunden habe, in eine Anklageschrift nicht aufzunehmen.

1. Wesen der Fürsorgeerziehung. Rolffs, ZBlFG. **13** 551. Das Wesen der Fürsorgeerziehung (im Gegensatze zur privaten) besteht darin, daß diese auf öffentliche Kosten und unter öffentlicher Aufsicht erfolgt. Im übrigen schließt sie jede Form der Erziehung in sich. Hiernach sind besondere Planmäßigkeit der Erziehung und besonders strenge Erziehungsformen nicht wesentliche Begriffsmerkmale der Fürsorgeerziehung.

2. Verhältnis zur Armenpflege. a) KGJ. **43** A 69. Schon der Umstand allein, daß nicht mehr ganz jugendliche Kinder längere Zeit mit Eltern zusammengelebt haben, die einem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel ergeben sind, kann ohne den Nachweis sichtbarer Spuren der Verwahrlosung erziehliche Maßnahmen zur Verhütung der Verwahrlosung geboten erscheinen lassen, die die Armenverbände nicht zu leisten haben. b) Ebenso Für-

sorgeZ. 5 130 (KG.), worin weiter ausgeführt, daß die aus Anlaß des Antrags Schmedding gepflogenen parlamentarischen Verhandlungen (StenB. des AbgH. 1912/13, 1272; Anl. Nr. 33, 8672; Bericht der verstärkten Gemeindekommission, Drucks. Nr. 665, 4952—4969) keine Momente gezeitigt haben, die de lege lata nicht bereits von dem KG. gewürdigt worden seien. c) VolksschA. **12** 243, FürsorgeZ. **5** 118, R. **13** 141, MBliV. **13** 57 (KG.). Zu den besonderen erziehlichen Maßnahmen, die dem Ortsarmenverbande nicht obliegen, gehört schon eine besondere Überwachung der weiteren Entwicklung des Minderjährigen, der längere Zeit ungünstigen Einflüssen seiner Umgebung ausgesetzt gewesen ist.

3. Verfahren. a) KGJ. **44** A 46, R. **13** 174 (KG.). Im Fürsorgeerziehungsverfahren ist ungeachtet des Wortlauts des § 4 Abs. 3 FürsErzG. auch die Vorschrift des § 16 Abs. 3 FGG. (protokollarische Bekanntmachung an einen Anwesenden) anwendbar. b) KGJ. **44** A 55. Das Landgericht darf endgültig über die Anordnung der Fürsorgeerziehung befinden, wenn das Amtsgericht nach Durchführung des im § 4 vorgesehenen Verfahrens die Aussetzung des Fürsorgeerziehungsverfahrens angeordnet hat und hiergegen Beschwerde erhoben ist. c) OLG. **26** 272, R. **13** 247 (KG.). Die Eltern des Minderjährigen sind nicht als solche, sondern nur unter der Voraussetzung beschwerdeberechtigt, daß sie gesetzliche Vertreter des Minderjährigen sind. Wenn der Mutter, die nach dem Tode ihres Mannes gesetzliche Vertreterin ihrer minderjährigen Kinder geworden ist (§§ 1684 Nr. 1, 1627, 1630), gemäß § 1666 das Personensorgerecht entzogen ist, so hat sie, da hiermit zugleich das Recht der Vertretung in den persönlichen Angelegenheiten der Kinder ihr genommen ist, das Recht verloren, im Fürsorgeerziehungsverfahren Rechtsmittel einzulegen. Das Beschwerderecht kann nicht darauf gestützt werden, daß ein Erstattungsanspruch aus § 16 FürsErzG. gegeben sei.

4. Kosten. a) Golisch, PrVerwBl. **34** 694. Wird endgültige Überweisung zur Fürsorgeerziehung nicht angeordnet, so fallen die durch die vorläufige Unterbringung des Minderjährigen entstandenen Kosten derjenigen Polizeiverwaltung zur Last, in deren Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge hervorgetreten ist, also die die vorläufige Unterbringung durchgeführt hat. Ebenso W. Lehmann, Pr. VerwBl. **34** 885. b) Gordan, PrVerwBl. **34** 711. Bei endgültiger Anordnung der Fürsorgeerziehung hat der Kommunalverband der Polizeibehörde die Kosten der vorläufigen Unterbringung zu erstatten. Es ist nicht Aufgabe der Polizeibehörde, die Teilkosten der Überführung und Ausstattung des Zöglinges von dem Ortsarmenverbande beizutreiben. Das ist Sache des Kommunalverbandes, der auch dann diese Kosten endgültig zu tragen hat, wenn ein verpflichteter Ortsarmenverband nicht vorhanden oder nicht zu ermitteln ist. c) **RG.** DJZ. **13** 1074, R. **13** 406. Der höhere Kommunalverband als Träger der Fürsorgelast hat die Kosten der im § 14 Abs. 1 vorgesehenen Errichtung von Erziehungsanstalten allein zu bestreiten. Alle anderen durch die Fürsorgeerziehung entstandenen Aufwendungen, soweit sie nicht einem Ortsarmenverbande zur Last fallen (§ 15 Abs. 1 Satz 1 u. 2), sind als „übrige Kosten des Unterhalts und der Erziehung" vom Staate anteilig zu tragen. Dazu gehören die Kosten der Bauunterhaltung, und unter diese fallen auch Ausgaben, die dazu dienen, die vorhandenen Anstalten, ohne sie zu vergrößern, in einem zweckentsprechenden Zustande zu erhalten, selbst wenn sich in Einzelheiten Verbesserungen ergeben. Der Maßstab für die Abgrenzung ist aber nicht in der Beibehaltung oder Erweiterung der Anstaltsgröße zu finden. Nicht jede Änderung fällt unter die Unterhaltungskosten, bei der nur die Zahl der Zöglinge nicht vermehrt wird, jedenfalls dann nicht, wenn Neuanlagen oder Umbauten hergestellt wurden, die nach den Anschauungen des täglichen Lebens den Neubauten gleichgestellt werden.

5. Zu einzelnen Bestimmungen des Fürsorgeerziehungsgesetzes. a) **§ 5.** α. KGJ. **44** A 49, OLG. **26** 273, R. **13** 174 (KG.). Bei der vorläufigen Unterbringung nach § 5 FürsErzG. handelt es sich nicht um eine Maßnahme der Fürsorgeerziehung, sondern um eine gerichtlich autorisierte, durch das öffentliche Interesse, das sich an das Wohl der Jugend knüpft, getragene Maßnahme polizeilichen Charakters, die lediglich darauf geht, das Kind aus seiner gefährdenden gegenwärtigen Umgebung zu entfernen. Zur vorläufigen Unterbringung wird erfordert, daß das Gericht sich die Überzeugung von den tatsächlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit dieser Maßnahme verschafft hat, also davon, daß mit dem weiteren Verbleiben des Minderjährigen in seiner jetzigen Umgebung die dringende Gefahr der Verwahrlosung oder weiterer Verwahrlosung besteht. — Das Gericht kann sich hierbei auf das ihm z. B. von einer Antragsbehörde unterbreitete Material beschränken, ohne zu einer eigenen aktiven Ermittelungstätigkeit (§ 12 FGG.) verpflichtet zu sein, es braucht auch Auskunftspersonen (§ 4 Abs. 2) nicht zu hören. β. FürsorgeZ. **5** 143, FrankfRundsch. **47** 126 (KG.). Zur Anordnung der vorläufigen Unterbringung eines nichtpreußischen Reichsdeutschen, der seinen gesetzlichen Wohnsitz in einem nichtpreußischen Einzelstaate hat, ist auch das preußische Vormundschaftsgericht zuständig, in dessen Bezirke das Bedürfnis der Fürsorgeerziehung hervortritt (§ 44 FürsErzG.). γ. Polligkeit, FürsorgeZ. **5** 134 bespricht und billigt die Entscheidung. b) **§§ 9, 18, 20.** R. **13** 247 (KG.). Haben die Eltern im Einverständnisse miteinander bestimmt, daß ihr in Fürsorgeerziehung befindliches Kind in einem anderen Glaubensbekenntnis als in dem des Vaters oder der Mutter erzogen werde, so haben unter Ausschluß des Vormundschaftsgerichts allein der Kommunalverband und dessen Aufsichtsinstanzen (ObPräs., Min. d. J.) zu entscheiden, welche Folgen einer solchen Bestimmung im Fürsorgeerziehungsverfahren zu geben seien. c) **§ 15.** Göze, PrVerwBl. **34** 676. Der Polizeibehörde steht das Recht zu, den Fürsorgezögling außerhalb der Provinz unterzubringen. Und da § 15 dem Ortsarmenverbande die Kosten der ersten Überführung des Zöglinges ohne jede territoriale Schranke auferlegt, müssen auch die hierdurch entstandenen höheren Kosten vom Ortsarmenverband erstattet werden. d) **§ 16.** Gordan, PrVerwBl. **34** 660. Die Nutznießung der Eltern an dem Vermögen eines Fürsorgezöglinges kann die Inanspruchnahme des Vermögens nicht hindern. e) **§ 21.** α. Gordan, PrVerwBl. **34** 660. Für die Frage der Strafbarkeit einer Person nach § 21 ist das Territorialitäts-, nicht das Personalitätsprinzip maßgebend. Wird die Tat in einem anderen Bundesstaate begangen, so kann sie nur bestraft werden, soweit das Gesetz des Bundesstaats gleichfalls die Entführung aus der Zwangs-(Fürsorge-)Erziehung bestraft. β. **RG.** (Straff.) GoltdA. **60** 83, R. **13** 174, VolksschA. **13** 165, DJZ. **13** 292. Der Vater eines Fürsorgezöglinges ist rechtlich nicht verpflichtet, die mit der Fürsorgeerziehung befaßte Behörde bei der Wiederergreifung seines aus der Anstalt entflohenen Sohnes durch positive Mitwirkung zu unterstützen und zu diesem Zwecke auf seinen Sohn einzuwirken, daß er in die Anstalt zurückkehre. Die ihm als dem Inhaber der elterlichen Gewalt obliegende Erziehungspflicht verletzte er nicht schon dadurch, daß er sich weigerte, bei Maßnahmen mitzuwirken, die nach seiner Ansicht den wahren Interessen seines Sohnes zuwiderlaufen. Eine Rechtspflicht zum Handeln kann aber durch eine vorangegangene Handlung des Vaters, die einen rechtswidrigen Zustand geschaffen hat, begründet werden. γ. Ebenso **RG.** VolksschA. **13** 242, R. **13** Nr. 1841. δ. **RG.** JW. **13** 1064, R. **13** 752. Strafbar ist nach § 21 FürsErzG. (wie nach § 235 StGB.) der Eingriff in das Erziehungsrecht eines anderen und deshalb sowohl der, der den Minderjährigen dem Bereiche der Erziehungsberechtigten entrückt, wie auch der,

der den Erziehungsberechtigten hindert, sich des ihm entkommenen Minderjährigen zu bemächtigen, aber nicht der, der ohne den Willen, den Minderjährigen dem Erziehungsberechtigten und ohne etwas zu tun, was verhindern oder erschweren könnte, daß der Erziehungsberechtigte sich des ihm entlaufenen Minderjährigen wieder bemächtigt, diesen bei sich aufnimmt. Die Entziehung des Minderjährigen nach § 21 setzt ferner die Herstellung eines Zustandes von gewisser Dauer voraus, der die Ausübung des Erziehungsrechts vereitelt, da nur dann ein Eingriff in das fremde Erziehungsrecht vorliegt (**RG.** [Straff.] **38** 123, 126), und Wissen und Willen des Täters, daß der Minderjährige dem Erziehungsberechtigten derart entzogen werde. Deshalb genügt es nicht, wenn der Wille des Täters nur auf eine vorübergehende Unterbrechung der Verbindung zwischen dem Erziehungsberechtigten und dem Minderjährigen gerichtet war, noch auch, wenn er in der Erwartung handelt, seine Verfügung werde vom Berechtigten genehmigt werden, oder auch nur in der Absicht, die Entscheidung des Berechtigten einzuholen und sich ihr zu unterwerfen.

II. Bayern.

Literatur: Rupprecht, Die Zwangserziehung in Bayern, FürsorgeZ. 5 2. — v. Unzner, Die Durchführung der Zwangserziehung in Bayern, BayRpflZ. **13** 313.

1. Voraussetzung der Zwangserziehung. a) BayObLG. **14** 59, ZBlFG. **14** 20, SeuffBl. **13** 267, R. **13** 249 u. Nr. 858 (BayObLG.). Die Zwangserziehung ist auch gegen Angehörige anderer deutscher Bundesstaaten, selbst wenn sie sich in ihrem Heimatstaat aufhalten, zulässig, sofern die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts nach § 36 FGG. besteht. **b)** R. **14** 42 (BayObLG.). Das Vorhandensein von Vermögen des Kindes schließt die Zwangserziehung nicht grundsätzlich aus, wenn später doch, weil das Vermögen nur gering ist, voraussichtlich öffentliche Mittel beansprucht werden müssen. **c)** BayObLG. **14** 213, SeuffBl. **13** 480, R. **13** 410 (BayObLG.). Unter den Begriff der „Erziehung" kann auch die Verhütung der durch Unreinlichkeit dem Kinde drohenden Verwahrlosung fallen, nicht aber Anstaltsheilung (z. B. einer Knochentuberkulose), die vom Erziehungseinfluß auch im weitesten Sinne nicht umfaßt wird. **d)** R. **13** 249 (BayObLG.). Erfährt der Vater erst durch die Einleitung des Zwangserziehungsverfahrens von Straftaten seines Kindes, so bedarf die Annahme, daß der weiteren Verwahrlosung nur durch die Zwangserziehung vorgebeugt werden könne, besonderer Begründung.

2. Beschwerderecht. R. **13** 178 (BayObLG.). Die Mutter ist auch dann selbständig zur Beschwerde berechtigt, wenn der Vater mit der Zwangserziehung einverstanden ist, denn es handelt sich auch um einen Eingriff in ihre Mutterrechte (§ 1634 BGB.).

3. Zu einzelnen Bestimmungen des Zwangserziehungsgesetzes. a) **Art. 1.** Ziff. 3. BayObLG. **14** 427. Zur Zwangserziehung auf Grund des Art. 1 Ziff. 3 ZwEG. genügt es nicht, daß eine sittliche Verkommenheit des Minderjährigen begonnen hat, sondern diese muß nachweisbar in einem solchen Grade bestehen, daß nicht etwa nur weitere Verwahrlosung, sondern der gänzliche Untergang aller sittlichen Regung droht. — Auch im Zwangserziehungsverfahren gilt (nach Art. 12 Abs. 1) die Vorschrift des § 1673 Abs. 2 BGB. **b)** **Art. 1.** Abs. 2. BayObLG. **14** 189. Handelt es sich um die Zwangserziehung eines Minderjährigen, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, so ist stets die Frage zu prüfen, ob ein besonderer Fall im Sinne des Art. 1 Abs. 2 ZwEG. vorliegt. In der Besserungsfähigkeit kann diese Besonderheit des Falles erblickt werden. **c)** **Art. 3.** α. BayObLG. **14** 189, R. **13** 347 (BayObLG.). Die Anhörung des Vaters kann nicht durch eine polizeiliche oder richterliche Vernehmung, die in einer mehrere Monate vorher anhängig

gewesenen Strafsache vorgenommen worden ist, ersetzt werden, zumal wenn der Strafrichter eine andere Person als der Vormundschaftsrichter ist. β. BayObLG. **14** 151, R. **13** 283 (BayObLG.). Die unbegründete Unterlassung der nach Art. 3 Abs. 1 ZwEG. vor der Anordnung der Zwangserziehung vorgeschriebenen Anhörung des Minderjährigen, der das 14. Lebensjahr vollendet hat, verletzt nicht nur das Recht des Minderjährigen selbst, sondern auch das der anderen Beteiligten, namentlich das der Heimatgemeinde. — Die Überlastung der Heimatgemeinde mit Armenlasten ist kein Grund, von der sonst begründeten Anordnung der Zwangserziehung abzusehen. **d) Art. 4.** BayObLG. **14** 170, R. **13** 347 (BayObLG.). Die vorläufige Unterbringung erfordert insoweit eine Klärung des Tatbestandes, als festzustellen ist, daß auf die Anordnung der Zwangserziehung sicher zu rechnen sei. Hat sich der Minderjährige an Straftaten beteiligt, so muß mindestens Umfang und Art der Beteiligung (ob er Verführer oder Anstifter sei) festgestellt sein. **e) Art. 6.** α. R. **14** 42 (BayObLG.). Die Tatsache der Wiederverheiratung der als Witwe wegen Kuppelei wiederholt bestraften Mutter allein genügt nicht, die Erziehung des in Zwangserziehung gebrachten Kindes als anderweit sichergestellt anzusehen. β. BayObLG. **14** 39, R. **13** 249 (BayObLG.). Der Widerruf der Aufhebung kann bei der Aufhebung der Zwangserziehung vorbehalten, doch darf davon kein Gebrauch gemacht werden, wenn inzwischen die Voraussetzungen der Anordnung der Zwangserziehung weggefallen sind. γ. R. **14** 42 (BayObLG.). Das BayZwEG. kennt keine Wiederaufnahme des Verfahrens im Sinne der ZPO. oder StPO. Die nachträgliche Aufhebung der Zwangserziehung kann nicht nur im Falle des Art. 6 ZwEG. (Wegfall der Voraussetzungen), sondern z. B. auch dann angeordnet werden, wenn die früheren Zeugenaussagen sich als unrichtig erweisen oder das veranlassende Strafurteil aufgehoben wurde. **f) Art. 12.** α. BayObLG. **14** 297, SeuffBl. **13** 554, BayRpflZ. **13** 481, BayRpflZ. **13** 360 (BayObLG.) erkennt das Beschwerderecht der Pfarr- und Schulvorstände an, wenn ihrem Antrag auf Zwangserziehung eines schulpflichtigen Minderjährigen nicht stattgegeben worden ist (Art. 12 ZwEG., § 57 Ziff. 9 FGG.), verneint aber dessen Zulässigkeit, wenn das LG. in zweiter Instanz die auf ihren Antrag angeordnete Zwangserziehung aufgehoben hat, da in diesem Falle nur die sofortige Beschwerde zulässig sei (vgl. RJA. **2** 1), dann aber § 57 Ziff. 9 (vgl. § 57 Abs. 2 FGG.) nicht Platz greife. β. BayObLG. **14** 427 (BayObLG.). Nach Art. 12 Abs. 1 ZwEG. finden die allgemeinen Vorschriften über das Verfahren in Vormundschaftssachen, also auch die des § 1673 Abs. 2 BGB. über die Anhörung von Verwandten oder Verschwägerten des Kindes Anwendung (vgl. oben zu a).

III. Württemberg.

WürttZ. **13** 297 (Stuttgart). Unzulässig ist eine Aussetzung des Fürsorgeerziehungsverfahrens zu dem Zwecke, um durch das Anhängiglassen des Verfahrens auf das künftige Verhalten der Eltern, Vormünder oder Minderjährigen einzuwirken. Eine solche Maßregel ist auch nicht sachdienlich, denn es besteht die Gefahr, daß dann das Verhalten nur über die Zeit der Aussetzung ein anderes wird, in Wirklichkeit aber keine Besserung eintritt.

IV. Sachsen.

Amtliches: Min. d. J. vom 8. Oktober 1912, FischersZ. **41** 341. Bei den in den Landesanstalten Chemnitz und Bräunsdorf untergebrachten Fürsorgezöglingen ist in den Fällen des § 20 Abs. 5 FürsErzG. die Anstaltsdirektion zu hören. — Min. d. J. vom 27. Juni 1913, FischersZ. **42** 332. Beistandsleistung in Fürsorgeerziehungsangelegenheiten und Kostenerstattung hierfür. — Min. d. J. vom 27. Juni 1913, FischersZ. **42** 335. Ausschreibung nach anderen Staaten entwichener Fürsorgezöglinge. — Min. d. J. vom 23. Juni 1913, FischersZ. **42** 333. Unzulässigkeit der Vollstreckung von Freiheitsstrafen in Besserungs- und Erziehungsanstalten.

Zu einzelnen Bestimmungen des Fürsorgeerziehungsgesetzes.

1. **§ 1.** Abs. 1 Nr. 2. SächsOLG. **34** 310, SächsRpflA. **13** 423 (Dresden). Da nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 FürsErzG. das völlige sittliche Verderben verhütet werden soll, so muß, soll die Vorschrift Platz greifen, eine sittliche Verderbnis bereits begonnen haben (SächsOLG. **31** 450), und zwar in dem Maße, daß das Einschreiten zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens notwendig ist. Es genügt daher nicht die Gefahr des sittlichen Verderbens oder eine drohende Verwahrlosung. Andererseits geht es zu weit, ein sittliches Verdorbensein als dauernden Zustand vorauszusetzen, vielmehr kann die Fürsorgeerziehung auch bei einer nur kurze Zeit hervortretenden sittlichen Verderbnis geboten sein.

2. **§ 1.** Abs. 2. SächsOLG. **34** 70. Die Vorschrift im § 1 Abs. 2 FürsErzG. stellt nicht einen Grund für die Fürsorgeerziehung auf, sondern beschränkt nur die rechtliche Zulässigkeit der nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 anzuordnenden Fürsorgeerziehung.

3. **§ 7.** SächsOVG. **19** 59. Die durch das SächsFürsErzG. vom 1. Februar 1909 ins Leben gerufenen Fürsorgeerziehungsverbände fallen nicht unter den in den Reichsversicherungsgesetzen gebrauchten Begriff der Gemeinden und Armenverbände.

4. **§§ 7** Abs. 2, **15.** FischersZ. **41** 358 (MJ. vom 13. Dezember 1912). In den Fällen, in denen die Fürsorgeerziehung nicht von dem ursprünglich zuständigen, sondern von einem anderen Vormundschaftsgericht, an welches die Vormundschaft nach § 46 FGG. abgegeben war, angeordnet worden ist, ist für die Zuständigkeit der Vollzugsbehörde nach § 7 Abs. 2 FürsErzG. das die Anordnung der Fürsorgeerziehung aussprechende Vormundschaftsgericht maßgeblich. Dies gilt auch, wenn die Vormundschaft erst nach der Einleitung des Fürsorgeerziehungsverfahrens an ein anderes Gericht gemäß § 46 FGG. abgegeben und von diesem erst die Fürsorgeerziehung angeordnet worden ist.

5. **§ 20.** SächsOLG. **34** 71. Zur Aufhebung der Fürsorgeerziehung ist dasselbe Vormundschaftsgericht zuständig, welches die Fürsorgeerziehung angeordnet hat.

6. **§ 28.** Deumer, SächsRpflA. **13** 96. Der nach § 28 SächsFürsErzG. zu erlassende Unterbringungsbeschluß braucht nicht mit Gründen versehen zu sein. Den Fürsorgeverbänden steht ein Beschwerderecht nicht zu.

V. Hessen.

HessRspr. **14** 168 (Karlsruhe). § 46 FGG. gilt nicht für eine auf Grund Landesrechts eingeleitete Zwangserziehungssache. Daher darf ein hessisches Gericht eine auf Grund bayerischen Landesgesetzes in Bayern eingeleitete Zwangserziehung nicht übernehmen.

VI. Bremen.

G. vom 21. Dezember 1912, betr. 1. die Errichtung eines Jugendamts (GS. 273), 2. die Abänderung der §§ 59—61 AGBGB. vom 18. Juli 1899 (GS. 275), 3. die Aufhebung des G. betr. die Generalvormundschaft in der Stadt Bremen, vom 22. Februar 1905, abgeändert durch G. v. 30. März 1909, und Erlaß eines neuen G. betr. die Generalvormundschaft in der Stadt Bremen und im Landgebiete (GS. 276), 4. die Abänderung des G. betr. die Zwangserziehung jugendlicher Personen, vom 18. Juli 1899 (GS. 279). Angekündigt FürsorgeZ. **4** 250, abgedr. DNotV. **13** 223.

VII. Elsaß-Lothringen.

1. **a)** ElsLothJZ. **13** 318 (Colmar). Zur Feststellung der Voraussetzungen des § 123 Abs. 2 AGBGB. darf sich das Vormundschaftsgericht nicht auf die Angaben der nur polizeilich vernommenen Mutter und auf die Erhebungen des Generalvormundes verlassen, sondern es hat die Beteiligten und die etwaigen Zeugen unmittelbar zu hören, um sich ein eigenes Urteil zu verschaffen. **b)** Elf.

LothJZ. **13** 320 (Colmar). Das Vormundschaftsgericht ist nicht verpflichtet, vor der Entscheidung über die Anordnung oder Aufhebung der fürsorglichen Unterbringung (§ 124 Abs. 2 AGBGB.) die Staatsanwaltschaft zu hören.

2. a) RheinZ. **6** 144, ElsLothJZ. **13** 513 (Colmar). Hat ein preußisches Vormundschaftsgericht die vorläufige Unterbringung eines Kindes zur Fürsorgeerziehung nach § 5 PrFürsErzG. angeordnet und nach Erlaß des Beschlusses seine Zuständigkeit verloren, weil infolge eines Wohnsitzwechsels des Kindes ein elsaß-lothringisches Gericht Vormundschaftsgericht geworden ist, so ist das elsaßlothringische Gericht weder befugt, den Beschluß des preußischen Gerichts aufzuheben, noch das Verfahren durch Anordnung endgültiger Zwangserziehung fortzusetzen, weil lediglich eine durch preußisches Landesgesetz den preußischen Gerichten übertragene Maßnahme der Fürsorgeerziehung in Frage steht. Aus diesem Grunde ist auch das OLG. Colmar nach § 5 FGG. nicht zuständig, einen Streit über die Frage, welches Gericht zuständig sei, zu erledigen. b) Ebenso ElsLothrJZ. **14** 14 (Colmar).

§ 1669. 1. KGJ. **44** A 32, R. **13** 177 (KG.). Will der Inhaber der elterlichen Gewalt eine neue Ehe eingehen, so braucht er sich mit seinem Kinde in Ansehung des Nachlasses des anderen Elternteils nicht auseinanderzusetzen, wenn dieser ihn zum Alleinerben eingesetzt hat, sodaß das Kind nur den Anspruch auf den Pflichtteil hat, denn dieser Anspruch gewährt keinen Anteil an den Nachlaß oder an einzelnen Nachlaßgegenständen.

2. Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 1640 (Verzeichnis des Nachlasses, wenn der Vater zum Vorerben, das Kind zum Nacherben eingesetzt ist).

§ 1673. 1. Die Entsch. BayObLG. **13** 39 — JDR. **11** Ziff. 1 zu § 1673 — auch OLG. **26** 271.

2. Die Entsch. BayObLG. **13** 253 — JDR. **11** Ziff. 3 zu § 1673 — auch OLG. **26** 272 Anm. 1.

3. BayRpflZ. **13** 201, SeuffBl. **13** 290, ZBlFG. **14** 25, WürttZ. **13** 363, R. **13** Nr. 1214 (BayObLG.). Das rechtliche Gehör nach § 1673 kann erfordern, daß dem Elternteil auch die Namen der Personen bekannt werden, die über ihn ausgesagt haben. Besteht jedoch der Verdacht, daß die Kenntnis der Namen zu Racheakten mißbraucht werde, so kann dem Interesse des Beteiligten durch Vorlesung der wichtigeren Schriftstücke mit Verschweigung der Namen genügt werden.

4. R. **14** Nr. 71 (BayObLG.). Ist die zu hörende Person selbst Antragstellerin, so bedarf es nicht noch ihrer besonderen Zuziehung im Verfahren, wenn sie durch die Stellung und Begründung ihrer Anträge Gelegenheit zur Wahrnehmung ihrer Interessen gehabt hat.

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1685. OLG. **26** 274 (BayObLG.). Die Übertragung der elterlichen Gewalt nach § 1685 Abs. 2 setzt voraus, daß nicht einer der Gründe vorliegt, der die elterliche Gewalt der Mutter kraft Gesetzes ausschließt oder ihr Ruhen verursacht. Ist die Mutter geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 2 BGB.), so würde nach §§ 1676 Abs. 1, 1696 ihre elterliche Gewalt, wenn sie ihr übertragen würde, ruhen.

§ 1686. 1. Vgl. *Schultzenstein oben Ziff. 2 zu §§ 1385, 1388.

2. *O. A. Wolff, Das Recht der geschiedenen Mutter nach dem deutschen BGB. München 1913. (Besprechung und Bericht von Müller, BadNotZ. **13** 65.) Auch der an der Scheidung schuldige Ehemann behält das Recht der Sorge für das Kindesvermögen, der Nutznießung daran, sowie das Recht der Vertretung des Kindes. Namentlich aus der zuletzt erwähnten Bestimmung können schwere

Härten für die Mutter und dem Kinde nachteilige Verwickelungen entstehen. Die volle elterliche Gewalt erlangt die geschiedene Mutter ohne besondere Übertragung nur dann, wenn der Vater sie nach § 1680 BGB. verwirkt hat. Die geschiedene Mutter, die zu einer neuen Ehe schreitet, verliert im Gegensatze zu dem wiederheiratenden Vater die elterliche Gewalt samt der Vertretung des Kindes und der Nutznießun gam Kindesvermögen und behält nur die Personensorge, bei der sie auch noch der Kontrolle eines Vormundes unterworfen ist. Ob sie an der Scheidung die Schuld trägt oder nicht, spielt dabei keine Rolle.

§ 1687. OLG. **26** 123 (KG.). Nach § 1687 Nr. 3 ist die Bestellung eines Beistandes nur an die Voraussetzung geknüpft, daß das Gericht *aus besonderen Gründen* die Bestellung im Interesse des Kindes für nötig erachtet, auch wenn die Voraussetzungen des § 1666 nicht vorliegen. Ein besonderer Grund kann darin gegeben sein, daß die Mutter sich beharrlich weigert, den gesetzlichen Vorschriften über die *religiöse Kindererziehung* nachzukommen (KGJ. **39** A 8).

§ 1690. OLG. **26** 275 (Rostock). Hat eine Witwe zugleich im Namen ihrer minderjährigen Tochter eine zum Nachlaß ihres verstorbenen Ehemanns gehörige *Grundschuld abgetreten*, ohne daß ihre Abtretung die Genehmigung des ihr bestellten *Beistandes* gemäß §§ 1690, 1812 BGB. gefunden hat, so ist die Abtretung wegen des Mangels dieser Genehmigung *unwirksam*. Dieser Rechtsmangel des Erwerbes ist für den Dritten nicht dadurch unschädlich gemacht, daß er ihn *nicht gekannt* und die Grundschuld auf Grund des über die Beerbung ausgestellten *Erbscheins* erworben hat. Denn der Rechtsmangel betrifft die *Vertretungsmacht* der für die Tochter mithandelnden Mutter, und dafür ist weder der gute Glaube des Erwerbers noch der die Beschränkung der Vertretungsmacht nicht erwähnende Erbschein von Bedeutung. Die im § 2365 BGB. aufgestellte *Vermutung*, daß der im Erbscheine bezeichnete Erbe nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt sei, bezieht sich nur auf *erbrechtliche* Anordnungen. (Die Entscheidung erörtert sodann weiter die Frage, ob der Dritte, der die Grundschuld an einen gutgläubigen Dritten weiterabgetreten hat, der Minderjährigen nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung haftet.)

§ 1693. DJZ. **13** 239 (BayObLG.). Im Umfange des Wirkungskreises des Beistandes (§ 1693) ist die Mutter von der *Vertretung* ihres Kindes *ausgeschlossen*. Soweit dies der Fall ist, kann sie dem Beistand auch nicht als Inhaberin der elterlichen Gewalt unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. *Vollmacht* erteilen. Vgl. unten Ziff. 2b zu § 1836.

§ 1694. **RG.** WarnE. **6** 82, R. **13** Nr. 64. Das Gesetz macht den Beistand dem Mündel gegenüber allgemein für den aus einer *schuldhaften Pflichtverletzung* sich ergebenden *Schaden* (§ 1833) verantwortlich. Unerheblich ist es, ob der Schaden ein dem Mündel im Wege der Erbauseinandersetzung bereits zugeteiltes Vermögen betraf oder ob der Anteil des Mündels an dem ihm und anderen Miterben gemeinschaftlichen Vermögen (§ 2032) eine Minderung erlitt.

§ 1697. R. **14** Nr. 72 (BayObLG.). Das der Mutter nach § 1697 zustehende Recht der Sorge für die *Person* ihres Kindes kann ihr nur unter den Voraussetzungen des § 1666 genommen werden. War es ihr schon *vor ihrer Wiederverheiratung* entzogen worden, so hat es dabei sein Bewenden zu behalten, wenn trotz der Wiederverheiratung die früheren Bedenken fortbestehen.

Fünfter Titel. Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen.

§ 1701. R. **13** Nr. 1471 (Colmar). § 1701 bezieht sich — im Hinblick auf § 1343 Abs. 1 in Verb. mit § 142 Abs. 1 BGB. — nicht nur auf die Fälle der *Nichtigkeit* der Ehe nach §§ 1325—1329, sondern auch auf die Fälle, in denen

die Ehe nach § 1331 angefochten und für nichtig erklärt worden ist. Den Beweis dieser Kenntnis oder der Bösgläubigkeit hat derjenige zu führen, der dem Vater die von diesem aus der Vaterschaft hergeleiteten Rechte abstreitet.

Sechster Titel. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Literatur: Herzfelder, Das Recht des unehelichen Kindes im neuen schweizerischen Zivilgesetzbuche. Gautzsch b. Leipzig.

§ 1705. Pfeiffer, ZBlFG. **13** 687 empfiehlt im Anschluß an die Ausführungen von Eberhard, ZBlFG. **13** 381 (JDR. **11** Ziff. 1 zu § 1705) die Verbesserung der Rechtsstellung der Väter unehelicher Kinder an der Hand eines von ihm mitgeteilten Beispiels. Crasemann, ZBlFG. **13** 760 bringt weitere Beispiele, warnt aber vor vorzeitiger Gesetzesänderung.

§ 1706. RJA. **13** 11 (KG.). Erteilt der Ehemann der Mutter eines unehelichen Kindes diesem Kinde nach § 1706 Abs. 2 Satz 2 seinen Namen, so bedarf es zur Wirksamkeit der Namenserteilung nicht der Genehmigung des Gegenvormundes.

§ 1707. 1. DJZ. **13** 1324 (BundsA. f. d. Heimatwesen). Die Armenverbände sind nicht in der Lage, in das Recht der Mutter dadurch einzugreifen, daß sie die armenrechtlich notwendige Unterstützung für den Fall einstellen, daß die Mutter sich nicht bereit erklärt, das Kind dritten Personen in unentgeltliche Pflege zu geben.

2. **RG.** R. **13** Nr. 3023. In Ermangelung gegenteiliger landesgesetzlicher Bestimmungen steht vom Standpunkte der Bekenntnisfreiheit aus der Mutter eines unehelichen Kindes als dem Erziehungsberechtigten die Bestimmung der Konfession des Kindes einschließlich des Rechtes zu, einen Glaubenswechsel des Kindes herbeizuführen. Allerdings ist der Vormund in der Lage, vermöge seiner Überwachungspflicht auf eine Änderung der Entscheidung der Mutter hinzuwirken und zu diesem Zwecke das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten zu veranlassen.

3. FürsorgeZ. **5** 215 (Dresden). Dem unehelichen Kinde steht gegen seine Mutter kein im Klagewege verfolgbarer Anspruch auf Nennung des Namens seines natürlichen Vaters zu. Führt die Verschweigung des Namens eine Verkümmerung der für das Wohl des Kindes notwendigen Mittel herbei, so kann unter Umständen gegen die Mutter nach § 1666 eingeschritten werden.

4. ZBlFG. **14** 526 (LG. Stade). Will die Mutter ihr uneheliches Kind in eine dem Vormunde nicht genehme Dienststelle unterbringen, so hat in entsprechender Anwendung des § 1629 BGB. das Vormundschaftsgericht zu entscheiden.

§ 1708. 1. Sommer, BraunschwZ. **13** 15 macht Vorschläge wegen Umgestaltung des Unterhaltsprozesses unehelicher Kinder. Empfohlen wird die Zulassung der Ansprüche in dem Gerichtsstande des Wohnsitzes, den Mutter und Kind zur Zeit der Geburt des Kindes hatten; eine Anzeigepflicht der Anstaltsärzte, Hebammen oder des Waisenrats an das Vormundschaftsgericht, wenn sie Kenntnis von einer bevorstehenden unehelichen Entbindung erlangen; die Einrichtung der Berufsvormundschaft zur Verfolgung der Unterhaltsansprüche; die Ermächtigung der Armenverwaltung auf Antrag des Vormundes, die rechtskräftig festgestellten Beiträge etwa im Verwaltungszwangsverfahren beizutreiben; eine Änderung des Art. 21 EGBGB. dahin, daß ausländische uneheliche Kinder, die vor deutschen Gerichten klagen, ihre Ansprüche auf die deutschen Gesetze zu stützen haben.

2. Eberhard, MecklZ. **13** 328 vertritt — im Gegensatze zu Elvers, DRZ. **12** 407 und die herrschende Meinung — die Ansicht, daß für die Frage der

Bemessung des Unterhalts eines unehelichen Kindes nicht die jeweilige Lebensstellung der Mutter, sondern ihre Lebensstellung zur Zeit der Geburt des Kindes entscheidend sei.

3. Starck, R. **13** 461. Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes ist weder von der Bedürftigkeit des Kindes noch von der Leistungsfähigkeit des Vaters abhängig gemacht. Im Verhältnisse zu den ehelichen Kindern des Vaters hat es aber nur dieselben Rechte wie diese. Reicht daher das Vermögen des Vaters nicht aus, den ehelichen Kindern den standesgemäßen Unterhalt zu gewähren, so bleibt es diesen unbenommen, dem unehelichen Kinde gegenüber selbständig geltend zu machen, daß es ihnen gegenüber wie ein eheliches in betreff des Unterhaltsanspruchs behandelt werde. Sie können den Betrag, den das uneheliche Kind ihnen gegenüber etwa zuviel erhalten hat, von diesem aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung herausverlangen.

4. Hagemann, FürsorgeZ. **5** 99 und LG. I Berlin, FürsorgeZ. **5** 119 bejahen die Zulässigkeit der Pfändung der Zivilversorgungsgebührnisse der Unteroffiziere nach § 40 MannschaftsversorgungsG. vom 31. Mai 1906 in Verb. mit § 850 Abs. 4 ZPO. in dem dort bezeichneten Umfange.

5. Aus der Praxis. a) HansGZ. **13** Beibl. 35 (LG. Hamburg). Die für den Unterhalt eines unehelichen Kindes gegen dessen Vater gerichtlich festgesetzte Rente umfaßt auch die im regelmäßigen Verlaufe der Dinge vorkommenden Arztkosten. Diese können nicht deshalb noch besonders gefordert werden, weil die Rente im übrigen schon kaum zum Unterhalte des Kindes ausreiche. b) FürsorgeZ. **6** 71 (KMG.). § 361 Nr. 10 StGB. findet auch auf Väter unehelicher Kinder Anwendung.

§ 1709. 1. Fuchs, JW. **13** 1160. Neben dem Anspruch aus § 1709 Abs. 2 kann die Mutter eines unehelichen Kindes Ersatzansprüche aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag geltend machen, wenn die Voraussetzungen des § 683 BGB. vorliegen. Dieser Anspruch unterliegt nicht der vierjährigen Verjährung aus § 197 BGB. (AM. **RG. 72** 335, Josef, GruchotsBeitr. **42** 11 u. **50** 215.)

2. SeuffA. **69** 42 (München). Das dem unehelichen Kinde nach § 850 Abs. 4 ZPO. zustehende Vorrecht geht auch nicht hinsichtlich solcher Unterhaltsbeträge, die beim Tode des Kindes noch rückständig waren, auf dessen Erben über.

§ 1714. 1. Haberstumpf, DRZ. **13** 425 empfiehlt die Genehmigung von Vergleichen über die Unterhaltspflicht, auch wenn die versprochene Rente hinter dem gesetzlichen Maße zurückbleibt, sofern sie nur den Vermögens- und Erwerbsverhältnissen der Verpflichteten entspricht und ein Vorbehalt nach § 323 ZPO. eingefügt wird.

2. Deumer, ZBlFG. **13** 688 teilt die Entscheidung eines Vormundschaftsgerichts mit, welche die Ansicht vertritt, daß die nach § 1714 gewährte Abfindungssumme als ein von einem bestimmten gesetzlichen Zwecke getragenes Vermögen die rechtliche Natur eines Sondervermögens im Vermögenskomplexe des unehelichen Kindes besitze und für Nachlaßverbindlichkeiten selbst dann nicht hafte, wenn das Kind die Erbschaft angenommen habe und als Erbe unbeschränkt hafte.

§ 1715. 1. Zieger, SächsRpflA. **13** 16. Der Anspruch der Mutter eines unehelichen Kindes gegen den Vater des Kindes auf Leistung der Entbindungs- und Sechswochenkosten ist ein Unterhaltsanspruch, dagegen ihr Anspruch auf Ersatz der infolge der Schwangerschaft oder Entbindung weiter erforderlich gewordenen Aufwendungen ein gesetzlicher Schadensersatzanspruch.

2. a) Dagegen Müller, SächsRpflA. **13** 133. Das Gesetz sieht den Anspruch

der Mutter als etwas Einheitliches an; er ist weder teilweise auf Schadensersatz, noch teilweise auf Unterhalt gerichtet, sondern ist ein familienrechtlicher Anspruch besonderer Art. Daher wird auch im § 1715 eine besondere Verjährungsfrist bestimmt. b) SächsOLG. **34** 337. Der Anspruch der Mutter eines unehelichen Kindes auf Wochenbettkosten (§ 1715) ist kein Unterhaltsanspruch im Sinne des § 850 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.

3. RheinA. **110** I 183 (Düsseldorf). Zu den notwendigen Aufwendungen im Sinne des § 1715 gehört nur das, was die Mutter infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung positiv hat leisten müssen, sei es durch Geld oder geldwerte Sachen, sei es durch Arbeit. Der Lohnausfall als solcher gehört nicht dazu. Unerheblich ist es, ob die Aufwendungen vor oder nach der Entbindung gemacht worden sind.

§ 1717. 1. KGBl. **13** 65 (LG. I Berlin) folgert die Unmöglichkeit der Vaterschaft des Beklagten aus der körperlichen Beschaffenheit, die das Kind bei der Geburt hatte, in Verbindung mit der Tatsache, daß die Mutter vor der Beiwohnung des Beklagten mindestens 9 Wochen lang mit keinem anderen Manne geschlechtlich verkehrt hatte.

2 Recke, DJZ. **13** 584. § 1717 findet im Falle des Art. 21 EGBGB. keine Anwendung. Das uneheliche ausländische Kind hat als Kläger zu behaupten, daß es tatsächlich von dem Beklagten erzeugt sei. Kann es nur beweisen, daß die Mutter mit dem Beklagten in der Empfängniszeit Geschlechtsverkehr gepflogen hat, so bleibt es beweisfällig und die exceptio plurium ist überflüssig.

§ 1718. 1. HansGZ. **12** Beibl. 312 (Hamburg). Das Gesetz gibt dem unehelichen Kinde gegen den Vater nur einen Anspruch auf Erfüllung der ihm nach §§ 1708 ff. obliegenden Unterhaltspflicht, nicht aber einen Anspruch auf Anerkennung der Vaterschaft in einer öffentlichen Urkunde. Die Anfechtung einer solchen Anerkennung wegen Irrtums oder Arglist würde übrigens sehr erheblichen Schwierigkeiten unterliegen.

2. *Walsmann, Verzicht 291. Die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft ist kein Verzicht auf die Einrede der mehreren Zuhälter (vgl. JDR. **11** zu § 397 BGB.).

Siebenter Titel. Legitimation unehelicher Kinder.

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

§ 1719. KGBl. **13** 65 (KG. XX). Der Umstand, daß ein Kind im Ehebruch erzeugt ist, steht seiner Legitimation durch nachfolgende Ehe nicht entgegen. (Im übrigen erörtert die Entscheidung, wieweit ein Dritter nach märkischem Provinzialrechte die Unehelichkeit eines Kindes geltend machen konnte.)

II. Ehelichkeitserklärung.

§§ 1723 ff. Sternberg, Die behördliche Mitwirkung bei der Ehelichkeitserklärung und der Annahme an Kindesstatt im deutschen internationalen Privatrechte, JW. **13** 567. S. den Selbstbericht des Verf. zu Art. 22 EGBGB.

§ 1737. Die Entsch. des OLG. Stuttgart — JDR. **11** zu § 1737 — auch KGJ. **43** A 281.

Achter Titel. Annahme an Kindesstatt.

§ 1741. Köhler, FürsorgeZ. **5** 40 erörtert die für die Adoption unehelicher Kinder in Betracht kommenden Bestimmungen des BGB. insbesondere in der Richtung, ob Anlaß zu einer Gesetzesänderung (Einführung einer Pflegkindschaft, tutelle officieuse, Adoption ohne Intestaterbrecht) gegeben sei.

§ 1746. SeuffBl. **13** 158 (BayObLG.) erörtert und bejaht die Frage, ob ein kinderloser katholischer Inländer, der sich in Rußland im Jahre 1883 mit einer evangelischen Russin rechtsgültig verheiratet hat, aber dort im Jahre 1901 von ihr durch das zuständige evangelische Konsistorium mit Rechtskraft für das russische Recht hat scheiden lassen, noch als verheiratet zu gelten habe und daher nach § 1746 Abs. 1 nur mit Einwilligung seiner Ehefrau an Kindesstatt annehmen könne.

§ 1758. 1. Hemeling, DJZ. **13** 1318 empfiehlt, um Frauen, namentlich Witwen, die nach der Auflösung ihrer Ehe ein Kind an Kindesstatt annehmen wollen, aber daran Anstoß nehmen, daß das Kind den Mädchennamen der Adoptivmutter annehmen muß, die Annahme an Kindesstatt zu erleichtern, im § 1758 nach Satz 2 folgendes einzuschalten: „Die Annehmende kann jedoch mit Zustimmung des Mannes und, wenn der Mann gestorben oder geschäftsunfähig oder dauernd abwesend ist, mit Genehmigung des zur Bestätigung zuständigen Amtsgerichts in dem Annahmevertrage vereinbaren, daß das Kind den Familiennamen des Mannes erhält. Das Gericht soll vor Erteilung der Genehmigung, soweit tunlich, die Verwandten des Mannes hören. § 1748 Abs. 2 Satz 2 BGB. gilt auch hier."

2. RJA. **12** 198 (KG.). Ist bei der Annahme an Kindesstatt in dem Annahmevertrage bestimmt, daß das an Kindesstatt angenommene Mädchen fortan den Namen des Annehmenden zu führen habe, so ist für die Adoptierte das Recht zur Führung ihres Mädchennamens vollständig fortgefallen. Verheiratet sie sich demnächst, so darf sie ihrem Ehenamen unter Voranstellung des Wortes „geborene" nur den durch die Annahme an Kindesstatt erworbenen Namen hinzufügen. Durch das Wort „geborene" wird nicht auf den Namen hingewiesen, den die Ehefrau durch die Geburt erlangt hat, sondern es wird dadurch lediglich ihr Mädchenname im Gegensatze zu ihrem Ehenamen gebraucht.

§ 1766. v. Blume, ZBlFG. **14** 137. Die Unterhaltspflicht des Vaters eines unehelichen Kindes geht der Unterhaltspflicht der Adoptiveltern vor.

Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

Literatur: 1. Im allgemeinen. Hagemann, Die neuesten Entscheidungen in Vormundschaftssachen bis Oktober 1912, FürsZBl. **5** 37. — Taubenschlag, Vormundschaftsrechtliche Studien. Beiträge zur Geschichte des römischen und griechischen Vormundschaftsrechts.

2. Jugendgerichte. a) Zu dem Gesetzentwurf über das Verfahren gegen Jugendliche. Becker, Die „Schutzaufsicht" über Minderjährige, ihre Ziele und Wege, ZBlFG. **13** 519. — Bleeck, Die Stellung des Vormundschaftsrichters bei strafbaren Handlungen jugendlicher Übeltäter (Nach dem Jugendgerichtsentwurf in der Fassung zweiter Lesung der Reichstagskommission), FürsorgeZ. **5** 123. — Hertz, Strafbefehl und Strafverfügung gegen Jugendliche, FürsorgeZ. **5** 181. — Landsberg, Der Entwurf eines deutschen Gesetzes über das Verfahren gegen Jugendliche. Kritik und Wünsche, R. **13** 54, 87. — Nagler, Das Jugendgerichtsgesetz in der Fassung der Reichstagskommission, LeipzZ. **14** 209. — v. Wider, Nochmals zum Entwurfe des RGes. über das Verfahren gegen Jugendliche, FürsorgeZ. **5** 162. — b) Sonstige Veröffentlichungen. Feisenberger, Das neue ungarische Jugendgerichtsgesetz, FürsorgeZ. **6** 61. — Friedeberg, Die Kosten der Jugendgerichtshilfe, FürsorgeZ. **4** 245. — Köhne, Das Jugendgericht Berlin-Mitte im Jahre 1912, DJZ. **13** 797. — Landsberg, Schweigepflicht und Anzeigezwang bei der Jugendgerichtshilfe, RuWirtsch. **3** 15.

3. Tagungen. Verhandlungen des 3. Deutschen Jugendgerichtstags. Leipzig 1913. — Österreichischer Kinderschutzkongreß, Salzburg 1913, Bericht FürsorgeZ. **5** 163 erstattet von Polligkeit. — Der Vierte Deutsche Kongreß für Säuglingsschutz, Bericht FürsorgeZ. **5** 165. — Erste Tagung der Deutschen Zentrale für Jugendfürsorge (Darmstadt 29. u. 30. September 1913), Bericht FürsorgeZ. **5** 198 erstattet von Hedwig Kantorowicz.

Erster Titel. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Die viel beachtete und besprochene Entsch. KGJ. **43** A 41 (vgl. JDR. **11** Ziff. 3b und hier Ziff. 1 zu § 1779) über das Erfordernis eines geeigneten gleichkonfessionellen Vormundes auch bei der Sammelvormundschaft hat namentlich Klumker und Wuermeling (s. Ziff. 1 zu § 1773 und Ziff. 2 zu § 1779) auf den Plan gerufen, um von ihrem Standpunkt aus die Rechtsprechung zu bekämpfen oder in Schutz zu nehmen und die Licht- und Schattenseiten der städtischen Sammelvormundschaft zu beleuchten.

§ 1773. Einzel- und Berufsvormundschaft.

1. Gesetzgebung. Ein „Jugendamt" als Zentralstelle der öffentlichen Fürsorge für Minderjährige, die einer öffentlichen Aufsicht unterstehen oder die aus öffentlichen Mitteln zu verpflegen oder zu erziehen sind, ist durch das Brem. G. vom 21. Dezember 1912, abgedr. DNotV. **13** 223 geschaffen worden, vgl. auch oben Ziff. B VI zu § 1666 BGB.

2. Literatur: a) Im allgemeinen. Crasemann, Die Berufsvormundschaft als geeignete Organisationsform zum Schutze der Menschheit vor den Unsozialen, FürsorgeZ. **5** 43. — Klumker, Die Entwicklung der Berufsvormundschaft im Jahre 1912/13, FürsorgeZ. **5** 133. — Goeze, Jugendfürsorge und Volksversicherung, FürsorgeZ. **5** 148. — Storck, Die Volksversicherung im Dienste der Berufsvormundschaft, FürsorgeZ. **5** 97. — b) In Württemberg. Vf. des Min. d. Just. u. d. J. vom 21. Oktober 1912, betr. die Berufsvormundschaft von Beamten (Amtsbl. 149 ff.) — Sauer, Die Berufsvormundschaft und ihre Einführung in Württemberg, WürttZ. **13** 225. — v. Wider, Der Vollzug des WürttG. über die Berufsvormundschaft, FürsorgeZ. **5** 17. — c) In Baden. Müller, BadNotZ. **13** 1 schildert die Vorzüge und praktische Durchführung der seit 1. Januar 1913 in Baden eingeführten sog. Sammelvormundschaft. — d) In Österreich. Müller, Entwicklung und Stand der Berufsvormundschaft in Österreich, RuWirtsch. **2** 82.

1. **a)** Klumker, Das Wesen der Vormundschaft, FürsorgeZ. **4** 255. Der Vormund hat in unserer Zeit nicht die Aufgabe, seinen Mündel zu erziehen, sondern er hat die Erziehung seines Mündels zu leiten und zu beaufsichtigen. Die Einzelvormundschaft ist nur noch am Platze, wo der Mündel so viel Familienanhang hat, daß die Familie für ihn sorgen kann. Im übrigen ist an ihre Stelle die Berufsvormundschaft als Organisation der Gemeinden oder von Vereinigungen getreten. **b)** Dagegen Wuermeling, FürsorgeZ. **5** 25 — zugleich in Besprechung von KGJ. **43** A 41 (vgl. zu § 1779) —. Rechtlich steht die Erziehung dem Vormund auch dann zu, wenn der Mündel in einer Familie oder in einer Anstalt untergebracht ist. Bei einer städtischen Sammelvormundschaft muß eine sachliche organische Sicherung dafür geboten werden, daß die religiös-sittliche Erziehung der Mündel auf dem festen Boden ihres gesetzlichen Bekenntnisses nicht zu kurz kommt. Dazu genügt nicht die (rechtlich nicht gesicherte) Zulassung von Personen aus der konfessionellen Liebestätigkeit zur Unterstützung des Sammelvormundes, sondern die Bestellung des Einzelvormundes neben dem Sammelvormund unter Zuweisung bestimmter Wirkungskreise (§ 1797 Abs. 2 BGB.), so daß dem Sammelvormunde die Sorge für das Vermögen und dem — möglichst organisierten — Einzelvormunde die Sorge für die Person des Mündels zustände. Nur mit dieser Beschränkung des Wirkungskreises sollte die Gemeinde in ihrem Beschlusse die Sammelvormundschaft zur Verfügung stellen.

2. Gesetzliche Vormundschaft. **a)** Bayern. BayObLG. **13** 771 (Gutachten). Als Vorstand einer unter staatlicher Verwaltung oder Aufsicht stehenden Erziehungs- oder Verpflegungsanstalt im Sinne des Art. 100 AGBGB. hat zu gelten, wem die tatsächliche Leitung der Anstalt in erzieherischer Hinsicht bestimmungsgemäß zusteht. **b)** Hamburg. HansGZ. **13** Beibl. 40 (Hamburg). Ein nach § 75 HambAGBGB. (in der Fassung von Art. 3 G. vom

9. Februar 1910) kraft Gesetzes eintretender Generalvormund bedarf keiner Verpflichtung nach § 1789 BGB.

§ 1779. 1. Abs. 2 Satz 2. Die Entsch. des KG. — JDR. **11** Ziff. 3 b zu § 1779 (Religiöses Bekenntnis des Vormundes bei der Sammelvormundschaft) — auch KGJ. **43** A 41, RJA. **12** 183, R. **13** 176. Dagegen

2. a) Klumker, FürsorgeZ. **5** 49 u. 73. Das BGB. will über die religiöse Erziehung gar nichts sagen, sondern dies (Art. 134 EGBGB.) den Landesgesetzen überlassen. Das BGB. fordert nirgends, daß der Vormund der Konfession des Mündels angehöre. Von der Konfession des Vormundes ist nur im § 1801 die Rede, wo vorausgesetzt wird, daß der Vormund einem anderen Bekenntnis als der Mündel angehört. Wenn § 1779 Abs. 2 Satz 2 bestimmt, daß bei der Auswahl des Vormundes auf das Bekenntnis des Mündels Rücksicht genommen werden solle, so heißt das nicht, der Vormund solle dem Bekenntnisse des Mündels angehören, sondern der Richter hat sich nur zu vergewissern, ob der im übrigen geeignet erscheinende Vormund gewillt sei, die religiöse Erziehung des Mündels entsprechend den im einzelnen Falle zur Anwendung kommenden landesgesetzlichen Vorschriften zu leiten. Sobald sich aus der Prüfung der Eignung, die nach dem BGB. allem anderen vorgeht, ergibt, daß von mehreren in Frage kommenden Personen nur eine wirklich geeignet ist, so wird sie bestellt werden müssen, auch wenn die Rücksicht auf das religiöse Bekenntnis dagegen spräche. Diesen Bedenken, wenn sie stark genug sind, muß dann durch Anwendung des § 1801 abgeholfen werden. b) Wuermeling, Mündelsicherheit, FürsorgeZ. **5** 109 verteidigt gegenüber den Angriffen Klumkers die Begründung des KGBeschlusses. Gegen ihn Klumker, FürsorgeZ. **5** 121.

3. Abs. 2 Satz 1. R. **13** Nr. 2880 (BayObLG.). Es ist nicht schlechthin unzulässig, als vorläufigen Vormund des wegen Verschwendung zu Entmündigenden einen Anwalt zu bestellen, der mit dem Anwalte des Antragstellers (des Vaters des zu Entmündigenden) eine gemeinsame Kanzlei führt.

4. Abs. 2 Satz 3. R. **13** Nr. 1006 (KG.). Ist ein Pfleger, ohne daß vor seiner Bestellung § 1779 Abs. 2 Satz 3 beachtet worden ist, bestellt worden, so ist die Bestellung zwar wirksam, die Verwandten und Verschwägerten des Pflegebefohlenen können aber die ordnungswidrig erfolgte Pflegerbestellung mit der Beschwerde (§ 20 FGG.) anfechten, wenn sie auch nicht ohne weiteres die Entlassung des Pflegers fordern können.

§ 1789. Vgl. oben Ziff. 2 b zu § 1773.

§ 1792. 1. DJZ. **13** 236 (KG.). Ein allgemeiner Satz des Inhalts, als Gegenvormund sei ungeeignet, wer zum Vormund in so nahem verwandtschaftlichen Verhältnisse stehe, daß von ihm die genügende Selbständigkeit gegenüber dem Vormunde nicht vorauszusetzen sei, läßt sich nicht aufstellen. Es können sich vielmehr nur im einzelnen Falle aus den betreffenden Beziehungen und Persönlichkeiten Bedenken ergeben.

2. BayObLG. **14** 210, R. **13** Nr. 1760 (BayObLG.). Für die Entscheidung, ob ein Gegenvormund bestellt werden soll (§ 1792 Abs. 2), kommt nicht die Erheblichkeit des Mündelvermögens, sondern die Erheblichkeit der Vermögensverwaltung in Betracht. Vgl. auch zu § 1793.

II. Führung der Vormundschaft.

Vorbemerkung. Im Anschluß an die Ausführungen von Kuttner in der Festschrift für v. Martitz (vgl. JDR. **10** Ziff. 3 zu §§ 1821 ff.) haben Kipp und Josef (Ziff. 1 u. 2 zu §§ 1821 ff.) versucht, die theoretische Grundlage für die von der herrschenden Ansicht geteilte Meinung, daß im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung des Mündels

die sonst erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausgeschaltet wird, zu geben. — Einzelne Fälle, in denen es im Falle der Beteiligung eines Bevormundeten der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, so bei dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrags, der zur Fortsetzung einer in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft oder zur Erlangung der selbständigen Stellung eines Kommanditisten (an Stelle eines verstorbenen Kommanditisten) eingegangen wird, werden bei § 1822 von der Rechtsprechung erörtert. Das KG. (Ziff. V zu § 1822) hält die Erteilung einer Prokura dann nicht für genehmigungsbedürftig, wenn Inhaber des Handelsgeschäfts eine juristische Person, z. B. eine GmbH. und der Minderjährige daran als Gesellschafter beteiligt ist. Josef (vgl. Ziff. I 4) vertritt mit beachtenswerten Gründen die Ansicht, daß in allen Fällen, in denen der Zweck einer Gesellschaft der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ist, der Gesellschaftsvertrag im Falle der Beteiligung eines Minderjährigen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, auch wenn der Minderjährige nur mit einer Vermögenseinlage beteiligt ist. — Das RG. (Ziff. II zu § 1822) bringt im Falle des § 1822 Ziff. 5, wenn ein Pachtvertrag die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht gefunden hat, hinsichtlich der Frage, wieweit der Pachtvertrag geeignet ist, wenigstens bis zu dem im § 1822 Ziff. 5 vorgesehenen Zeitpunkte Wirksamkeit zu äußern, den Grundsatz des § 139 BGB. zur Anwendung.

§ 1793. 1. BayObLG. **14** 210, R. **13** Nr. 1761 (BayObLG.). Der Vormund kann zwar einem anderen nicht die Wahrnehmung seiner sämtlichen Rechte und Pflichten übertragen, wohl aber kann er sich bei der Ausübung einzelner Rechte und Pflichten, namentlich in Beziehung auf bestimmte Angelegenheiten vertreten lassen. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 1792.

2. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 831. Über die Pflicht, das verwaltete Vermögen zu versichern, vgl. Ziff. 2 zu §§ 1638 f.

§ 1795. I. 1. a) Burth, DNotV. **13** 30 — im Anschluß an DNotV. **12** 149 (JDR. **11** Ziff. a zu § 1795). — Zur Vertretung minderjähriger Geschwister bei einer Nachlaßbereinigung genügt häufig ein Vertreter (nämlich bei einer unter § 97 FGG. fallenden Auseinandersetzung und in den DNotV. **12** 152 II bezeichneten Fällen der Übertragung der Kindererbteile oder aller einzelnen Nachlaßgegenstände auf den überlebenden Ehegatten), dagegen sind selbst bei privater oder nicht bestätigter amtlicher Auseinandersetzung nicht mehr als zwei Vertreter erforderlich. **b)** Ferner Derselbe, WürttZ. **13** 33.

2. *Bourier, DNotV. **13** 553. Bei der Gutsabtretung seitens des in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Vaters an ein Kind liegt im Sinne der Vorschrift ein Rechtsgeschäft nur zwischen dem Vater und dem erwerbenden Kinde, nicht auch zwischen diesem und den übrigen zustimmenden Kindern vor. Teilhaber, denen ein Verfügungsrecht nicht zusteht, gelten nicht als Vertragsbeteiligte, auch wenn ihre Zustimmung erforderlich ist. Vgl. auch oben Ziff. V zu § 1630.

3. Über die Frage, wann ein Pfleger für mehrere Minderjährige bei der Erbauseinandersetzung genügt s. *Rohde, ZBlFG. **14** 325 oben Ziff. 4 zu § 181 BGB.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 236. Ein nach §§ 1795, 181 BGB. unwirksam geschlossenes Geschäft erlangt durch die nachträgliche Zustimmung eines rechtlich nicht behinderten Vormundes Wirksamkeit, und zwar wirkt die Genehmigung mit der aus § 184 Abs. 2 BGB. sich ergebenden Einschränkung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück.

2. Nr. 2. KGJ. **43** A 146. Der gesetzliche Vertreter ist bei der Aufhebung einer Hypothek, die für eine dem Mündel gegen ihn zustehende Forderung bestellt ist, auch dann an der Vertretung des Mündels verhindert, wenn

er nicht Grundstückseigentümer ist. Ein Verstoß gegen § 1795 kann jedoch durch nachträgliche Genehmigung des volljährig gewordenen Mündels geheilt werden.

§ 1796. 1. Josef, FürsorgeZ. **5** 85 — gegen OLG. **18** 305 (KG.), JDR. **8** Ziff. 11 2 zu § 1630 —. Erhält das Vormundschaftsgericht Kenntnis davon, daß dem Kinde (Mündel, Pflegebefohlenen) ein Anspruch gegen den gesetzlichen Vertreter zustehe, dessen Erfüllung dieser verweigert, so hat das Vormundschaftsgericht von Amts wegen die zur Anordnung einer Pflegschaft aus § 1909 erforderlichen Schritte zu tun. Es hat zunächst den gesetzlichen Vertreter hierüber zu hören, weil dieser durch die Pflegschaftsanordnung beschränkt werden soll, ihm auch Gelegenheit gegeben werden muß, durch Leistung des geschuldeten Betrags zum Mündelsvermögen die Pflegschaftsanordnung zu beseitigen. Im übrigen ist die Auffassung und Entschließung des gesetzlichen Vertreters für die dem Gericht und dem künftigen Sonderpfleger obliegenden Maßnahmen unerheblich. Es ist daher nicht erforderlich, daß das Vormundschaftsgericht dem gesetzlichen Vertreter gemäß § 1796 die Vertretungsbefugnis bei Entscheidung der Frage, ob ein Anspruch gegen ihn zu erheben sei, entzieht.

2. BayObLG. **13** 582, R. **13** Nr. 65 (BayObLG.). Zur Entziehung der Vertretung nach § 1796 liegt so lange keine Veranlassung vor, als der Vater selbst sich noch nicht schlüssig darüber gemacht hat, welche Maßnahmen er zu seinen eigenen Gunsten im Widerstreite zu den Interessen der Kinder ergreifen will.

§ 1807. 1. Röder, HirthsAnn. **13** 73 gibt eine Zusammenstellung der in Deutschland und in den deutschen Bundesstaaten als mündelsicher geltenden Wertpapiere.

2. BraunschwZ. **13** 129 (LG. Präs Braunschweig). Eine Pflicht des Vormundes zur Anlegung von Mündelvermögen in den durch § 1807 vorgeschriebenen Werten besteht nur hinsichtlich des vorhandenen oder zufallenden baren Geldes (§ 1806). Für die Entschließung, ob andere Vermögenswerte in eine mündelsichere Kapitalsanlage umzuwandeln seien, ist in jedem Falle die Fürsorge für das Mündelvermögen (§ 1793), in erster Linie die Vorbeugung gegen Vermögensnachteile des Mündels maßgebend.

§ 1809. 1. KGJ. **43** A 58, OLG. **27** 132 (KG.). Der zufolge § 1809 in das Sparkassenbuch aufgenommene Sperrvermerk hat lediglich die Bedeutung, daß er das Bestehen der aus seinem Inhalte sich ergebenden besonderen Vertragsabrede zwischen dem Mündel und der Sparkasse erweist. Der Vermerk wirkt also nur obligatorisch zwischen ihnen. Dagegen entzieht er das Guthaben nicht dergestalt dem Verkehre, daß wider den Willen des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts jede Verfügung mit Wirkung gegen Dritte ausgeschlossen ist (§ 137 BGB.). Deshalb bedarf es zur Pfändung gesperrter Sparkassenguthaben nicht der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts. — (Ebenso Glatzer, R. 08 484, JDR. **7** zu § 1809, andererseits Geyler, SächsRpflA. **10** 399, JDR. **9** Ziff. 2 zu § 1809.) [Red.]

2. **RG.** R. **13** Nr. 2741. Auch ein Verzicht auf den Anspruch auf Rechnungslegung bedarf der Genehmigung des Gegenvormundes (oder des Vormundschaftsgerichts), denn der Anspruch auf Rechnungslegung ist auf eine „Leistung" gerichtet und der Verzicht stellt eine „Verfügung" über den Anspruch dar.

3. OLG. **26** 171 (KG.). Zur Löschungsbewilligung des Vormundes eines Hypothekengläubigers bedarf es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht, wenn die Hypothek nach § 1181 BGB. erloschen ist, die Löschungsbewilligung also nicht eine Verfügung über das dingliche Recht enthält, sondern nur der Grundbuchberichtigung dient.

§§ 1812, 1813. R. **13** Nr. 1308 (KG.). Der Vormund kann ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (oder des Gegenvormundes) über den Empfang einer dem Mündel geschuldeten Leistung quittieren, wenn er dieser Genehmigung zur Annahme der Leistung nicht bedarf (§ 368).

§ 1813. Abs. 1 Nr. 2. KGJ. **44** A 280, R. **13** Nr. 1309 (KG.). Nimmt der Vormund mehrerer Mündel für diese gleichzeitig Leistungen in Empfang, die ihnen nicht gemeinschaftlich geschuldet werden, sondern denen sie als Einzelgläubiger ohne Rechtsgemeinschaft gegenüberstehen, so findet für die Beantwortung der Frage, ob der Anspruch, auf den die Leistung erfolgt, mehr als 300 M. beträgt (§ 1813 Nr. 2), eine Zusammenrechnung der einzelnen Ansprüche nicht statt. Dies gilt auch dann, wenn die Mündel Geschwister sind. Den Begriff der „gemeinsamen Vormundschaft" kennt das BGB. nicht. Die Vorschrift des § 1775 ist lediglich eine Zweckmäßigkeitsvorschrift, und die Zusammenfassung der Vormundschaften in einer Person hat nur tatsächliche Bedeutung.

§ 1814. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **11** zu § 1814 — auch **RG. 80** 252, JW. **13** 38.

§ 1816. MecklZ. **31** 155, OLG. **26** 115 (Rostock). § 1816 ist auf die Verwalter einer Stiftung nicht anwendbar.

§§ 1821 ff. 1. Kipp, R. **13** 45 — gegen Kuttner in der Festschrift für v. Martitz JDR. **10** Ziff. 3 zu §§ 1821 ff. — Das Imperium des Prozeßgerichts war weder nach römischem noch ist es nach heutigem Rechte der Autorität anderer Staatsbehörden übergeordnet, vielmehr ist jedes Staatsorgan in seinem Kreise dem anderen ebenbürtig. Ist der Mündel zur Abgabe einer Willenserklärung rechtskräftig verurteilt, so ist das Urteil in dem Sinne der Fiktion zu verstehen, als hätte der gesetzliche Vertreter die Erklärung abgegeben. Diese Fiktion kann den Mangel der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht ersetzen. Das Vormundschaftsgericht muß aber mit der rechtskräftig festgestellten Verpflichtung des Mündels zur Abgabe der Willenserklärung rechnen, kann also durch die Verweigerung seiner Genehmigung den Mündel von seiner rechtskräftig festgestellten Verpflichtung nicht befreien, würde ihn vielmehr durch die Verweigerung nur in einen Schadensersatzprozeß stürzen.

2. Dagegen **a)** Josef, R. **13** 130. Da das Gesetz dem Vormunde die Ermächtigung erteilt, den Mündel in Rechtsstreitigkeiten zu vertreten, muß es auch die zwangsweise Durchführung der gegen den Mündel ergangenen Entscheidungen gewähren, als ob eine Aufsicht des Vormundschaftsgerichts gar nicht bestände. Der § 1676 des ersten Entw. zum BGB. sprach dies noch ausdrücklich aus; in der Kommission (Prot. **4** 795) wurde diese Bestimmung als selbstverständlich und entbehrlich gestrichen. Auf den von Kuttner aufgestellten Rechtsgrundsatz der Bindung des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit an Urteile des Prozeßgerichts läßt sich die Vollstreckbarkeit der gegen den Mündel ergangenen Urteile, d. h. die Ausschaltung des Vormundschaftsgerichts hierbei, nicht zurückführen. — **b)** Übereinstimmend Josef, BuschsZ. **43** 365, 390.

3. HessRspr. **14** 148 (LG. Gießen). Bei der Entschließung über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung hat das Vormundschaftsgericht nicht nur auf das gerade zur Genehmigung verstellte Rechtsgeschäft zu sehen, sondern die gesamte Lage des Mündels in das Auge zu fassen.

§ 1821. 1. Nr. 1. KGJ. **43** A 63, ZBlFG. **13** 542 (KG.). Willigt der Vormund des Mannes darin, daß die Frau des Mündels ein eingebrachtes Grundstück veräußere, so bedarf seine Einwilligungserklärung keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, denn es handelt sich dabei nicht um ein die Vermögenssphäre des Mündels berührendes Rechtsgeschäft.

2. Abs. 2. RJA. **14** 465 (Dresden). Zu der Umwandlung einer für einen Mündel eingetragenen Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek bedarf der Vormund (Pfleger) des Mündels nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

§ 1822. I. Ziff. 3. Gesellschaftsvertrag. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **11** Ziff. III zu § 1822 — auch ZBlFG. **13** 498, R. **13** Nr. 211.

2. KGJ. **44** A 128 (KG.). Sind bei einem Gesellschaftsvertrage, der zur Fortsetzung einer in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft eingegangen wird, Minderjährige beteiligt, so ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich.

3. KGJ. **44** A 132, RJA. **12** 229, R. **13** Nr. 1365 (KG.). Stirbt ein Kommanditist einer Kommanditgesellschaft, so tritt die Gesamtheit seiner Erben in die Kommanditstellung ein (§ 177 HGB.). Will jeder einzelne Miterbe für sich die selbständige Stellung eines Kommanditisten erlangen, so bedarf es des Abschlusses eines besonderen Vertrags unter den Gesellschaftern. Bei diesem Vertrage muß ein minderjähriger Miterbe, dessen gesetzlicher Vertreter ebenfalls als Kommanditist in die Gesellschaft eintreten will, durch einen besonderen Pfleger vertreten werden. KGJ. **37** A 145, RJA. **10** 42 (KG.), JDR. **8** Ziff. 2 zu § 1822 betrifft nur die Frage, ob eine Erbengemeinschaft als solche durch Vertrag sich als Kommanditistin mit einer Vermögenseinlage an einer Kommanditgesellschaft beteiligen könne. ➠ In JDR. **8** Ziff. 2 zu § 1822 muß es vollständig heißen: „Zum Abschluß eines die Gründung einer Kommanditgesellschaft betreffenden Gesellschaftsvertrags namens seiner Kinder" usw. (Red.) ⬅

4. Josef, FürsorgeZ. **5** 221. § 1822 Nr. 3 unterscheidet nach seinem Wortlaute nicht, ob das Erwerbsgeschäft durch sämtliche Vertragschließenden oder nur durch einzelne von ihnen oder durch ein von ihnen neu zu bildendes Rechtssubjekt betrieben werden soll; er will, wie seine Entstehung ergibt (Prot. der ersten Komm. **12** 8340, 8349), ganz besonders auch den Fall treffen, wo der Zweck der Gesellschaft die Betreibung eines Erwerbsgeschäfts ist, mag auch gerade für den Mündel selbst nicht der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, sondern nur eine Vermögensanlage vorliegen. Jene Vorschrift findet daher auch Anwendung, wenn der Mündel sich nur als stiller Gesellschafter — aM. OLG. **21** 290 (KG. V.), JDR. **9** Ziff. 2 zu § 1822 — Gesellschafter einer GmbH. (vgl. RJA. **12** 233 (KG.) oben Ziff. 4 zu § 1643), Gesellschafter einer Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht (KGJ. **30** A 149, JDR. **4** Ziff. 6 c zu § 1822), Kommanditist (**RG. 51** 34, KGJ. **23** A 89, **37** A 148, JDR. 8 Ziff. 2 zu § 1822) oder Aktionär (aM. Staub, Anm. 6 zu § 182 HGB.) beteiligt.

5. Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 1643 BGB.

II. Ziff. 5. Pachtvertrag. **RG. 82** 124, JW. **13** 687, R. **13** Nr. 1568, 1612. Auch im Falle des § 1822 Nr. 5 muß der Grundsatz des § 139 BGB. zur Anwendung gebracht werden. An sich ist zwar die Pachtdauer eine Eigenschaft des Pachtvertrags; dies hindert jedoch nicht, den Pachtvertrag im einzelnen Falle in Zeitabschnitte dergestalt zu zerlegen, daß diese zugleich als Teile des Vertrags im Sinne des § 139 BGB. angesehen werden können. Ist daher ein Pachtvertrag, der die nach § 1822 Nr. 5 erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht gefunden hat, zwar insoweit unwirksam, als er über den im § 1822 Nr. 5 angegebenen Zeitpunkt fortdauern soll, so hängt doch die Entscheidung der Frage, ob die Unwirksamkeit sich auch auf die Zeit bis zu diesem Zeitpunkt erstreckt, davon ab, ob die Beteiligten

bei Kenntnis der Unwirksamkeit des über den angegebenen Zeitpunkt laufenden Pachtvertrags diesen bis zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen haben würden.

III. Ziff. 8. Aufnahme von Geld auf den Kredit des Mündels. Die Entsch. SächsOLG. **34** 155 — JDR. **11** Ziff. V 2 zu § 1822 — auch OLG. **26** 114.

IV. Ziff. 10. Übernahme einer fremden Verbindlichkeit. 1. HansGZ. **13** Beibl. 68 (Hamburg). Sparkassenguthaben Minderjähriger können nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verpfändet werden (§ 1822 Nr. 10). Der Beweis, daß das bei der Sparkasse eingezahlte Geld zum Vermögen des Vaters gehört, wird nicht schon durch den Hinweis darauf geführt, daß der Vater die Vorschriften über die Belegung von Mündelgeld (§§ 1642, 1809 BGB.) nicht befolgt habe.

2. ElsLothJZ. **13** 197 (Colmar). Wenn auch der Vormund in der Regel zur Veräußerung oder Verpfändung von Mobiliargegenständen des Mündels keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, so wird diese Genehmigung doch notwendig, wenn die dem Mündel gehörigen Sachen zur Befriedigung oder Sicherung einer ihm fremden Schuld veräußert oder verpfändet werden. Durch eine solche Verfügung wird in Wirklichkeit eine fremde Verbindlichkeit im Sinne des § 1822 Nr. 10 übernommen. Der Begriff der Übernahme einer fremden Verbindlichkeit erschöpft sich nicht in dem obligatorischen Geschäfte, das die Verpflichtung zur Übernahme begründet, sondern umfaßt auch die dingliche Verfügung, durch die die Übernahme unmittelbar bewirkt wird.

3. Vgl. auch oben Ziff. 3 u. 4 zu § 1643 BGB.

V. Nr. 11. Erteilung einer Prokura. RJA. **12** 237, DJZ. **13** 1444, R. **13** Nr. 2743 (KG.). Die Vorschrift des § 1822 Nr. 11 hat darin ihren Grund, daß kraft Gesetzes (§ 50 HGB.) eine Beschränkung des Umfanges der Prokura Dritten gegenüber unwirksam und der Prokurist daher ohne weiteres auch zur Eingehung der im § 1822 Nr. 8—10 bezeichneten Rechtsgeschäfte ermächtigt ist, hiernach aber die Rechtslage des minderjährigen Inhabers eines Handelsgeschäfts durch die Erteilung einer Prokura erheblich gefährdet werden kann. Diese Erwägungen treffen aber nicht zu, wenn nicht der Minderjährige Inhaber (oder Mitinhaber) eines Handelsgeschäfts ist, sondern eine juristische Person, insbesondere eine Gesellschaft m. b. H., die auch das Handelsgeschäft betreibt (vgl. § 13 GmbHG.). Der Umstand allein, daß die Maßnahmen des Prokuristen indirekt eine Rückwirkung auf die Vermögens- und Einkommensverhältnisse der Gesellschafter äußern können, reicht mangels einer ausdrücklichen Vorschrift nicht aus, um die Vorschrift des § 1822 Nr. 11 auch auf den Fall der Bestellung eines Prokuristen für eine GmbH. auszudehnen, bei der ein Minderjähriger beteiligt ist. Außerdem kommt in Betracht, daß, auch wenn man nicht die Geschäftsführer, sondern die Gesellschafter als die zur Erteilung der Prokura zuständigen auf Grund des § 46 Nr. 7 GmbHG. erachtet, nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern diese in ihrer Gesamtheit als Organe der Gesellschaft es sind, die die Prokura (in der Regel auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses) erteilen.

VI. Nr. 13. Aufgabe einer Sicherheit. ZBlFG. **14** 308 (Dresden). Hat der Schuldner einer wiederholt abgetretenen und gepfändeten Forderung den Schuldbetrag nach § 372 BGB. hinterlegt, so begründet die Hinterlegung nicht, wie die zum Zwecke der Sicherheitsleistung, ein Pfandrecht an der gegen die Hinterlegungsstelle bestehenden Forderung, sondern sie verleiht dem Gläubiger (damit auch dem Pfändungsgläubiger) nur das Recht, sich aus dem hinterlegten Betrage (nach Maßgabe der Pfändung und Überweisung) zu befriedigen. Gehört ein Minderjähriger zu den Pfandgläubigern, so bedarf sein Anerkenntnis des besseren Rechtes

vorgehender Pfändungsgläubiger keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, da das Pfandrecht des Minderjährigen sich auf die gepfändete Forderung beschränkt.

§ 1829. 1. Die Entsch. ElsLothNotZ. **12** 254 (Colmar) — JDR. **11** Ziff. 2 zu § 1829 — auch ElsLothJZ. **13** 104, OLG. **26** 116.

2. ElsLothNotZ. **13** 139 (LG. Straßburg). Wenn in einer notariellen Urkunde bestimmt ist, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung beim AG. derart beantragt werde, daß der Genehmigungsbeschluß seitens des Gerichts in einer Ausfertigung dem Notare zugesandt werden und daß durch den Eingang beim Notare die Genehmigung als für alle Beteiligten geschehen betrachtet und wirksam werden solle, so ist durch diese Vorschrift dem § 1829 BGB. genügt, ohne daß die Beurkundung eine (nach § 171 FGG. unzulässige) Beurkundung einer Vollmacht für den Notar enthält.

3. PosMSchr. **13** 99 (KG.). Ist die zweiwöchige Mitteilungsfrist aus § 1829 Abs. 2 versäumt, so ist ein Vertrag, der genehmigungsfähig wäre, nicht mehr vorhanden und daher eine Prüfung des Vormundschaftsgerichts, ob der Vertrag im Interesse des Mündels liege, entbehrlich. Nicht wesentlich ist, ob oder daß bei Empfang der Aufforderung der Vormund sich schon im Besitz eines Bescheids des Vormundschaftsgerichts befunden und diesen Bescheid dem Vertragsgegner wissentlich und absichtlich verschwiegen hat.

§§ 1829, 1831. Josef, BayRpflZ. **13** 330. (Eine Erbschaftsausschlagung auf schwankendem Grunde.) Fällt die Ausschlagung einer Erbschaft nicht unter die §§ 1829, 1831 BGB., dann fällt sie auch nicht unter § 55 FGG. Grundsätzlich findet hiernach auch § 18 FGG. Anwendung, wonach das Vormundschaftsgericht die Verfügung, durch die es die von dem Vormund erklärte Ausschlagung der Erbschaft genehmigt hat, wieder aufheben kann. Dadurch wird aber der Verfügung nur die Wirksamkeit für die Zukunft genommen, aber die inzwischen erfolgten Handlungen des Vertreters und der dadurch geschaffene neue Rechtszustand können nicht ungeschehen gemacht werden.

§ 1833. 1. WürttJ. **25** 163 (Stuttgart). Der Gegenvormund ist verpflichtet, in den Fällen der §§ 1802, 1847 sich die Zinsscheine der zum Mündelvermögen gehörigen Wertpapiere vorlegen zu lassen. Die Befürwortung eines nach den §§ 1814, 1815 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unterliegenden Genehmigungsgesuchs enthält nicht ohne weiteres eine Pflichtverletzung.

2. SchlHolstAnz. **13** 13 (Kiel). Der Mündel haftet nicht ohne weiteres für unerlaubte Handlungen des Vormundes (vgl. **RG. 67** 153, JDR. **7** Ziff. 2 zu § 1833).

3. Vgl. auch oben zu § 1694 (Haftung des Beistandes).

§ 1836. 1. a) Rosenstock, Zeitschr. f. d. Armenwesen (Bericht FürsorgeZ. **5** 93) hält es für unzulässig, daß ein von der Gemeinde angestellter Berufsvormund Vergütung für seine Tätigkeit zugunsten der Gemeinde erhalte. Die Gemeinde kann Ersatz ihrer durch die Berufsvormundschaft entstandenen Kosten nur aus öffentlich-rechtlichen Gründen beanspruchen, wobei insbesondere auf § 4 PrKommAbgG. verwiesen wird, wonach die Gemeinde besondere Vergütungen (Gebühren) von denjenigen erheben kann, die durch die Veranstaltung vorzugsweise Nutzen haben. b) SchlHolstAnz. **13** 288 (KG.). Nach § 1836 kann nur dem Vormund eine Vergütung bewilligt werden. Der Sammelvormund ist daher nicht berechtigt, die Bewilligung einer Vergütung nicht für sich, sondern für die Stadtkasse herbeizuführen.

2. a) Josef, BadRpr. **13** 170 — gegen R. **09** Nr. 2437 (Hamburg), JDR.

8 zu § 1987 BGB. — unter Billigung von OLG. **18** 294 (KG.), JDR. 8 Ziff. 3 zu § 1836: Bei der Entscheidung über die Bewilligung einer Vergütung hat das Vormundschaftsgericht lediglich die im § 1836 für maßgebend erklärten Umstände und Voraussetzungen zu berücksichtigen, wogegen andere Tatsachen (wie besondere Abreden der Beteiligten über die Höhe der Vergütung oder über die Unentgeltlichkeit der Vormundschaftsführung) außer Betracht bleiben. Über solche Tatsachen hat lediglich das Prozeßgericht zu entscheiden, für dessen Urteil die Verfügung des Vormundschaftsgerichts die Grundlage ist. Die Bewilligung der Vergütung ist (anders wie im Falle des § 165 FGG.) eine reine Verwaltungshandlung des Gerichts, die auch ohne Antrag des Vormundes erfolgen kann; der etwaige Antrag des Vormundes richtet sich nicht gegen den Mündel. b) SächsOLG. **34** 64, OLG. **26** 117 Anm. 1 (Dresden). Die Zubilligung einer Vergütung an den Vormund (oder nach §§ 1693, 1915, 1836 an den Beistand) schafft keinen vollstreckbaren Schuldtitel und schließt die Geltendmachung solcher Einwendungen nicht aus, die außerhalb des Bereichs des § 1836 Abs. 1 Satz 2 liegen. (Ebenso OLG. **16** 30, **18** 293 [KG.]).

3. BayObLG. **14** 431, BayRpflZ. **13** 426, R. **13** Nr. 2881 (BayObLG.). Das Vormundschaftsgericht kann nicht mit dem Vormund einen Vertrag wegen der ihm zu bewilligenden Vergütung schließen, dagegen kann es kraft seiner Amtsgewalt ihm für die Zukunft eine Vergütung mit der Wirkung zusagen, daß das daraus für ihn entstehende Recht zwar in seinem Bestande von dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts abhängig bleibt, aber für die Vergangenheit ihm nicht mehr entzogen werden kann, solange die Zusage vom Vormundschaftsgericht nicht geändert wird (§ 1836 Abs. 1 Satz 4). Hat das Vormundschaftsgericht dem Vormund über die Höhe der Vergütung nicht von vornherein eine bestimmte Zusicherung gemacht, so bestimmt es die Vergütung für das Rechnungsjahr nach seinem Ermessen.

4. Die Entsch. des KG. — JDR. **11** Ziff. 2 zu § 1836 — auch OLG. **26** 117, R. **13** Nr. 212.

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

§ 1837. I. Rechtshilfe. A. Zur Ermittelung und Vorladung des Erzeugers eines unehelichen Kindes. 1. RheinA. **110** 143 (Düsseldorf). Das Vormundschaftsgericht darf den Vormund eines unehelichen Kindes bei der Ermittelung des unterhaltspflichtigen Vaters unterstützen, insbesondere durch Vernehmung von Zeugen im Wege der Rechtshilfe.

2. R. **13** Nr. 1373 (KG.). Ein nicht mit den Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts befaßtes AG. ist nicht verpflichtet und ohne Bereitstellung der durch die Vorladung und Vernehmung voraussichtlich entstehenden Kosten auch nicht in der Lage, auf den Antrag des Vormundes eines unehelichen Kindes dessen angeblichen Vater vorzuladen und über die Anerkennung der Vaterschaft und Leistung von Unterhaltsbeiträgen zu hören. Deshalb kann zu diesem Zwecke das AG. dem Mündel auch nicht das Armenrecht bewilligen. Diese Grundsätze gelten auch, wenn der Vormund ein Berufs-(Sammel-)Vormund ist.

3. KGJ. **43** A 33 (KG.). Das Vormundschaftsgericht ist befugt, die Unterlagen für eine im Interesse des Mündels liegende Grundbucheintragung dadurch zu beschaffen, daß es die Rechtshilfe eines auswärtigen AG. zur Vernehmung eines Beteiligten über die Abgabe einer zu der Eintragung erforderlichen Erklärung in Anspruch nimmt.

B. Bei der Rechnungslegung. WürttZ. **13** 333, BadRpr. **13** 127 (Karlsruhe). Zur Erfüllung der ihm durch § 1843 auferlegten Pflichten kann das Vormundschaftsgericht in die Lage kommen, sich den Vermögensbestand nachweisen und die in den Händen des Vormundes befindlichen Urkunden, Wertpapiere und Gelder sich vorlegen zu lassen. Ein dahingehendes Rechtshilfeersuchen darf das ersuchte Gericht nicht ablehnen. Dagegen würde ein Ersuchen, eine derartige Revision in der Wohnung des Vormundes vorzunehmen, abzulehnen sein, denn so weit reicht die Verpflichtung des Vormundschaftsgerichts aus § 1843 nicht. In diesem Sinne ist aber auch das Ersuchen um Vornahme eines „Kassensturzes" nicht zu verstehen.

C. Grenzen. RheinA. **111** 33 (Düsseldorf). Das Ersuchen um Rechtshilfe darf aber nicht dazu führen, daß die ersuchende Behörde einer anderen eine Amtshandlung überträgt, zu deren Vornahme sie selbst berufen ist.

II. Rechtliche Stellung des Vormundschaftsgerichts 1. **a)** Jakoby. Ist das Vormundschaftsgericht eine Verwaltungsbehörde? Borna-Leipzig 1912. Verf. bejaht die Frage gegen Josef, FürsorgeZ. **2** 121, ZBlFG. **10** 361, R. **14** 127, 164, RheinA. **109** 94. **b)** Besprechung von Landsberg, FürsorgeZ. **4** 247.

2. Oppermann, ZBlFG. **14** 1. (Das Ermessen des Vormundschaftsrichters im Lichte der kritischen Rechtstheorie). Die Fürsorge des Vormundschaftsgerichts betätigt sich namentlich für die Rechtspersönlichkeit und für die wirtschaftliche und moralische Existenz des Unmündigen. Die Arbeitsmethode berührt sich vielfach mit der Verwaltung, dient aber nicht, wie diese, der einseitigen Verfolgung öffentlicher Interessen, sondern der Rechtsanwendung. Dabei setzt die größte Zahl der einschlagenden Vorschriften alles in das freie Ermessen des Richters, beruhend auf einer durch die Mannigfaltigkeit der zu regelnden Zustände bedingten Zurückhaltung des Gesetzgebers. Der Maßstab des Ermessens kann nur gefunden werden in der Idee des Rechtes und in dem Zwecke der im Einzelfall anzuwendenden Vorschrift.

III. Machtbereich des Vormundschaftsgerichts. 1. Die Entsch. SeuffA. **67** 237 (Dresden) — JDR. **11** IV Ziff. 2 zu § 1837 — (Keine Klage des Vormundes gegen den Mündel auf Herausgabe von Wertpapieren) auch SächsOLG. **34** 66, OLG. **26** 118.

2. RheinANV. **31** 82 (KG.). Will ein wegen Trunksucht Entmündigter auf Anfechtung der Entmündigung (ZPO. § 684) klagen, verweigert aber der Vormund die Zahlung des zur Durchführung des Prozesses erforderlichen Gebührenvorschusses aus dem Vermögen des Entmündigten, weil er die Rechtsverfolgung für aussichtslos erachtet, so kann das Vormundschaftsgericht eine Einwirkung auf den Vormund (KGJ. **29** A 194) nicht mit der Begründung ablehnen, daß nach Lage der Sache der Standpunkt des Vormundes gebilligt werde. Der wegen Trunksucht Entmündigte ist in Ansehung des Anfechtungsprozesses (ZPO. § 684) voll prozeßfähig, also auch berechtigt, sich für den Prozeß einen Anwalt auf seine Kosten zu bestellen. Wollte man dem Vormunde die Entscheidung, ob die Anfechtungsklage aussichtsvoll ist oder nicht, zuerkennen, so würde es in seiner Hand liegen, ob die Anfechtungsklage durchgeführt werden soll oder nicht.

3. SchlHolstAnz. **13** 207 (KG.). Das Vormundschaftsgericht ist nicht verpflichtet, auf den Antrag eines Dritten den Vormund anzuhalten, dem Dritten über den Aufenthaltsort des Mündels Auskunft zu erteilen. Diese Auskunft gehört nicht zur Führung der Vormundschaft, und selbst wenn dies der Fall wäre,

liegt in der Verweigerung der Auskunft nicht ohne weiteres eine Pflichtwidrigkeit, gegen die das Vormundschaftsgericht nach § 1837 einzuschreiten hätte.

4. Vgl. auch unten Ziff. 2 zu § 1901 BGB.

§ 1839. JW. **14** 54, FürsorgeZ. **5** 227 (KG.). Der Vorschrift des § 1839 ist genügt, wenn die Auskunft von dem Vormunde herrührt oder ein Dritter erkennbar im Auftrage des Vormundes sie erteilt hat. Dieser Rechtsgrundsatz folgt schon aus § 13 Satz 2 FGG., der auch Anwendung findet, wenn es sich um einen schriftlichen Verkehr zwischen dem Gericht und dem Vormunde handelt (vgl. KGJ. **26** A 236). Das Vormundschaftsgericht ist jedoch nach § 13 Satz 2 FGG., wenn es sich auch auf den schriftlichen Verkehr mit dem Vormunde beschränken will, berechtigt, zu verlangen, daß der Vormund seine Erklärung persönlich abgebe (vgl. KGJ. **33** A 143, 149). Diesem Verlangen hat auch der Berufsvormund nachzukommen.

§§ 1843, 1848. RG. JW. **13** 135, R. **13** Nr. 213, 214. Die Sonderbestimmung des § 1848, daß der Vormundschaftsrichter nur dem Mündel, nicht Dritten haftet, kommt für das Versehen eines Kalkulators, dessen sich der Vormundschaftsrichter bedient, nicht in Betracht. Der Kalkulator haftet vielmehr, da er die Kalkulaturgeschäfte selbständig zu besorgen hat, aus § 839 BGB. Dem Richter liegt nicht auch die Kalkulatur ob. Eine Nachprüfung der rechnerischen Kalkulatur durch den Richter ist weder vorgeschrieben noch auch nur möglich.

VII. Beendigung der Vormundschaft.

§ 1882. BayRpflZ. **13** 382 (BayObLG.). Eine bei einem bayerischen AG. anhängige Vormundschaft ist im Sinne des § 1882 BGB. und der Artt. 87, 88 BayGebG. auch dann beendigt, wenn sie von einem nichtbayerischen Gericht übernommen wurde.

§ 1886. 1. R. **13** 247 (KG.). Die Weigerung des Vormundes, im Namen seines Mündels dessen Annahme an Kindesstatt herbeizuführen, weil dadurch möglicherweise der Mündel seinen Glauben zu wechseln in die Lage komme, berechtigt das Vormundschaftsgericht nicht zur Entlassung des Vormundes wegen Gefährdung der Interessen des Mündels, wenn die Stellungnahme des Vormundes nicht auf mangelnder Einsicht oder auf Starrsinn, sondern auf pflichtmäßigem Ermessen beruht (vgl. KGJ. **38** A 93, JDR. **9** zu § 1767 BGB.).

2. R. **14** Nr. 74 (BayObLG.). Der Umstand allein, daß der Vormund Morphinist ist, ist kein Grund zu seiner Entlassung, wenn für eine durch Morphiumgenuß herbeigeführte Verminderung seiner Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit keine Anzeichen vorhanden sind.

3. R. **13** Nr. 1472 (BayObLG.). Zur Anwendung des § 1886 genügt nur eine das Interesse des Mündels gefährdende Pflichtwidrigkeit. Die Entlassung des Vormundes ist daher selbst bei einer Pflichtwidrigkeit dann zu vermeiden, wenn der dem Mündel durch die Entlassung voraussichtlich entstehende Schaden unverhältnismäßig größer ist, wenn z. B. zu befürchten ist, daß der Vormund (und Großvater) sich des Mündels nicht weiter annehmen werde.

4. SchlHolstAnz. **13** 222 (KG.). Eine Gefährdung der Mündelinteressen, die die Entlassung des Vormundes rechtfertigt, kann darin gefunden werden, daß der Vormund in einem Disziplinarverfahren, das gegen den Mündel geschwebt hat, Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder in einem gegen den Mündel anhängig gewesenen Strafverfahren Anträge auf Wiederaufnahme des Verfahrens zu stellen unterläßt, obwohl die Anträge nicht aussichtslos sind.

5. KGJ. **44** A 34 (KG.). Dem Vormunde steht gegen eine Verfügung, die

lediglich die Androhung seiner Entlassung enthält, das Recht der Beschwerde nicht zu (abw. von OLG. **18** 299).

§ 1892. Josef, AZivPr. **110** 402, 422. Das Vormundschaftsgericht hat zwar nach dem Tode des Mündels die Abnahme der Schlußrechnung durch die Erben zu vermitteln; es ist aber nicht verpflichtet, zur Ermittelung des Erben eine amtswegige Tätigkeit zu entfalten.

Zweiter Titel. Vormundschaft über Volljährige.

§ 1897. BayNotZ. **13** 318 (LG. München 1). Der Vormund eines wegen Geistesschwäche Entmündigten kann insoweit Willenserklärungen an Stelle des Mündels nicht abgeben, als es sich um höchstpersönliche Angelegenheiten des Mündels handelt. Darunter fällt das Recht, Testamente zu errichten und zu widerrufen (§§ 2064, 2229, 2230, 2253 Abs. 2, 2254). Das Gleiche muß aber auch gelten für das damit zusammenhängende Recht des Testamentsgeheimnisses, zu dessen Wahrung der Art. 22 BayNotG. dient. Die Gewährung der Testamentseinsicht ist daher ohne eine dahin gehende Ermächtigung des Mündels abzulehnen.

§ 1901. 1. KGJ. **43** A 67, RJA. **12** 90, R. **13** Nr. 1762 (KG.). Der Vormund kann einen wegen Trunksucht entmündigten Volljährigen zwar in einer Trinkerheilanstalt, nicht aber in einer Besserungsanstalt unterbringen.

2. OLG. **26** 282 (KG.). Herrscht zwischen dem Vormund einer wegen Geisteskrankheit entmündigten Ehefrau und dem Ehemanne der bevormundeten Frau Streit über den Umfang der beiderseitigen Rechte, so handelt es sich dabei nicht um eine Angelegenheit, über die zu entscheiden das Vormundschaftsgericht berufen wäre, sondern in dieser Beziehung steht dem Vormunde der Ehemann wie jeder andere Dritte gegenüber, der ihm sein Recht zur tatsächlichen Sorge für die Person des Mündels streitig macht. Zur Entscheidung über eine solche Streitigkeit ist allein das Prozeßgericht zuständig (Staudinger Anm. 3; Planck Anm. 7 zu § 1632; Enneccerus § 79 IV 7; Endemann § 214 Anm. 5 a). Auch wenn man das Verlangen des Vormundes als Geltendmachung der Rechte seiner Tochter, deren gesetzlicher Vertreter er sei, auffassen wollte, würde das Vormundschaftsgericht zur Entscheidung nicht zuständig sein. Auch über Rechte, die sich auf § 1354 Abs. 2 gründen, hat ausschließlich das Prozeßgericht zu entscheiden. § 45 FGG. hat nur Fälle im Auge, in denen das Vormundschaftsgericht auf Grund besonderer Vorschriften (vgl. §§ 1357 Abs. 2, 1358) zur Entscheidung über die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander berufen ist.

§ 1906. 1. Voraussetzungen der Anordnung der vorläufigen Vormundschaft. a) Laubhardt, ZBlFG. **14** 270. Für die Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft ist die Erörterung keiner der Fragen wesentlich, die der Prüfung des Entmündigungsrichters unterliegen. Das Vormundschaftsgericht hat, sofern eine vorläufige Vormundschaft überhaupt gesetzlich zulässig ist, lediglich festzustellen, ob ein Antrag auf Entmündigung eines Volljährigen, gleichviel von wem, bei einem AG., gleichviel bei welchem, gestellt ist und ob eine erhebliche Gefährdung der Person oder des Vermögens besteht. b) OLG. **26** 117, R. **13** Nr. 695 (BayObLG.). Ob der Entmündigungsantrag begründet ist, hat das Vormundschaftsgericht nicht zu prüfen. Freilich, wenn der Antrag unbegründet ist, erscheint die Besorgnis nicht gerechtfertigt, daß ohne die vorläufige Vormundschaft eine erhebliche Gefährdung der Person oder des Vermögens des Volljährigen eintritt. Mit Rücksicht hierauf hat das Vormundschaftsgericht zwar nicht zu prüfen, ob der Antrag begründet ist, aber doch, ob er nicht aussichtslos

ist. Es prüft aber diese Frage nach Maßgabe der für Vormundschaftssachen geltenden allgemeinen Vorschriften; § 654 ZPO. findet keine Anwendung. Das Gericht kann den zu Entmündigenden persönlich vernehmen; ob es ihn vernimmt, ist in sein Ermessen gestellt. **c)** OLG. **27** 122 (KG.). Der Umstand, daß das AG. die Beschlußfassung über den Entmündigungsantrag ausgesetzt hat, steht dem Einschreiten des Vormundschaftsgerichts aus § 1906 nicht entgegen, sofern eine gegenwärtige erhebliche Gefährdung der Person oder des Vermögens des Volljährigen dies erforderlich erscheinen läßt.

2. R. **13** Nr. 1763 (BayObLG.). Liegen die Voraussetzungen der Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft vor und handelt es sich um eine große Zahl zu besorgender Angelegenheiten, so ist es rechtlich bedenkenfrei, dem Fürsorgebedürftigen, statt für jeden einzelnen Fall einen Pfleger zu bestellen, einen vorläufigen Vormund beizugeben.

§ 1908. Abs. 2. R. **13** Nr. 1375 (KG.). Die vorläufige und die sich daran anschließende endgültige Vormundschaft sind mit Bezug auf die Zuständigkeit des Gerichts nicht als ein einheitliches Verfahren, sondern als zwei getrennte Angelegenheiten anzusehen. Für die Anordnung der endgültigen Vormundschaft ist daher dasjenige AG. zuständig, in dessen Bezirke der Mündel zu der Zeit, zu der die Entmündigung in Wirksamkeit tritt, seinen Wohnsitz (oder seinen Aufenthalt) hat.

Dritter Titel. Pflegschaft.

§ 1909. I. Pflegerbestellung nach Abs. 1 Satz 1. 1. Bedürfnis danach als Voraussetzung? *Levis, ZBlFG. **13** 649 ff. — gegen Josef, BadRpr. **11** 283, JDR. **10** Ziff. II b β zu § 1631 —. Ist der ordentliche gesetzliche Vertreter verhindert, den Pflegebefohlenen bei Erledigung einer Angelegenheit zu vertreten, so muß nicht in jedem Falle ein Pfleger bestellt werden. Es ist vielmehr zunächst zu prüfen, ob ein Bedürfnis nach der Errichtung einer Pflegschaft besteht, und die Pflegebestellung ist danach zu unterlassen, wenn überwiegende Interessen des Mündels — vornehmlich Interessen erzieherlicher Art — dagegen sprechen.

2. Verhinderung des Vormundes (Gewalthabers). Josef, ZBlFG. **13** 693 (in Beantwortung der Anfrage ZBlFG. **13** 569): Der Vormundschaftsrichter kann seiner Ansicht gegenüber dem widerstrebenden Vormunde (Gewalthaber) und dem diesem beitretenden Beschwerdegericht nicht dadurch zum Siege verhelfen, daß er einen Pfleger bestellt, damit dieser die weitere Beschwerde einlege, denn an sich ist der Vormund selbst an der Einlegung der weiteren Beschwerde weder tatsächlich noch rechtlich verhindert. Ist aber gleichwohl ein solcher Pfleger bestellt worden, so ist die Rechtswirksamkeit seiner Bestellung im Rechtsverkehr zu achten.

3. Aus der Praxis. **a)** Die Entsch. HansGZ. **12** Beibl. 275 — JDR. **11** Ziff. 3 b zu § 1909 — auch OLG. **26** 118. **b)** BayObLG. **13** 582, R. **13** Nr. 66, OLG. **26** 118 (BayObLG.). Die bloße Möglichkeit künftigen Eintritts eines Bedürfnisses genügt nicht zur Anordnung einer Pflegschaft nach § 1909; es muß eine bestimmte Angelegenheit für das Kind oder den Mündel zu besorgen sein. **c)** R. **13** Nr. 1474 (BayObLG.). Wenn auch das Vormundschaftsgericht nicht zur Prüfung der Frage berufen ist, ob ein Anspruch, zu dessen Geltendmachung ein Pfleger bestellt werden soll, begründet ist, so liegt ihm doch die Feststellung ob, ob überhaupt die Angelegenheit zu besorgen sei, z. B. ob wegen angeblich unrichtiger Angaben über die Höhe eines Nachlasses eine Auseinandersetzung angefochten werden soll.

II. Pflegerbestellung nach Abs. 1 Satz 2. OLG. **26** 119 (KG.). Bei einer gemäß § 1909 Abs. 1 Satz 2 angeordneten Pflegschaft ist zwar der Kreis

der Rechte und Pflichten des Pflegers durch das Gesetz umzeichnet, aber innerhalb dieses Kreises hat der Pfleger die rechtliche Stellung eines Vormundes (§ 1915). Das dazu nach § 1793 gehörende Recht, für das Vermögen des Mündels zu sorgen, enthält auch die Befugnis, über die Verwendung der Einkünfte aus jenem Vermögen selbständig zu entscheiden und die Jagd auf dem seiner Verwaltung unterworfenen Gute auszuüben; denn § 2 der JagdO. vom 15. Juli 1907 ergibt unzweideutig, daß das Jagdrecht ein Ausfluß des Eigentums an Grund und Boden ist und daher demjenigen zusteht, der das Grundstück verwaltet.

§ 1910. 1. BayObLG. **14** 32, 965, OLG. **26** 284, R. **13** Nr. 964. Auf Grund des § 1910 kann eine Pflegschaft für sämtliche Angelegenheiten eines Geisteskranken oder Geistesschwachen nicht angeordnet werden, insbesondere nicht dahin, daß der Pfleger die Angelegenheiten des Gebrechlichen vor Gericht oder bei sonstigen Behörden wahrnehme.

2. Abs. 3. BayObLG. **14** 65, R. **13** Nr. 861. Stellen sich die Äußerungen eines Querulanten bei der Verhandlung über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Einleitung einer Pflegschaft als offenbarer Ausfluß seines Querulantenwahns dar, so kann daraus gefolgert werden, daß eine Verständigung mit ihm über die Einleitung der Pflegschaft nicht möglich ist.

3. KGJ. **44** A 57, R. **13** 176. Das Kaiserliche Patentamt hat kein rechtliches Interesse an der Änderung einer Verfügung, durch die es abgelehnt wird, einer Pflegschaft aus § 1910 BGB. über einen Patentsucher einzuleiten, und daher auch kein Beschwerderecht nach § 57 Nr. 3 FGG.

4. Vgl. auch *Levis, ZBlFG. **14** 288, oben Ziff. 2 zu §§ 104 ff. BGB. Ziff. 2.

§ 1911. 1. Zuständigkeit. a) OLG. **26** 121 (Rostock) erörtert die Zuständigkeit zur Einleitung der Abwesenheitspflegschaft (§§ 39 Abs. 2, 36 Abs. 2 FGG.). b) HansGZ. **13** Beibl. 108 (Hamburg). Auch bei Ausgewanderten ist, wie bei Verschollenen, die Fortdauer der deutschen Staatsangehörigkeit zu vermuten. Danach bestimmt sich die Zuständigkeit zur Führung der Abwesenheitspflegschaft (§§ 36, 39 FGG.).

2. ZBlFG. **14** 519, R. **13** Nr. 2920 (BayObLG.). Ein Antrag auf Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft kann nicht deshalb von vornherein abgewiesen werden, weil die Abwesenheit nicht genügend bescheinigt sei.

3. BayRpflZ. **14** 24, ZBlFG. **14** 525 (BayObLG.). Ist zu der Zeit, in der die Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft für einen Verschollenen beantragt wird, die Lebensvermutung (§ 19 BGB.) für den Verschollenen nicht mehr begründet, so ist doch die Einleitung der Abwesenheitspflegschaft noch zulässig, da der Tod des Verschollenen nicht bewiesen ist. Durch das Vorhandensein eines Nachlaßpflegers (§ 1960 BGB.) wird nicht jedes Bedürfnis einer durch Bestellung eines Abwesenheitspflegers zu leistenden Fürsorge ausgeschlossen, z. B. wenn es sich um eine schleunige Herbeiführung der Nachlaßauseinandersetzung oder um die Erwirkung eines Erbscheins handelt.

4. KGJ. **44** A 60, RJA. **13** 7, DJZ. **13** 1205. Die Beschlagnahme nach § 361 MStGO. ist ein ausschließlich im öffentlichen Interesse gegebenes Gestellungsmittel, und die auf ihr beruhende Güterpflege, mag sie auch zugleich dem Interesse des Betroffenen dienen, folgt nur soweit den Regeln des BGB. von der Abwesenheitspflegschaft, als nicht der öffentlich-rechtliche Zweck der Beschlagnahme Abweichungen erheischt. Das Recht des Staates auf wirksame Durchführung der Beschlagnahme zu wahren und daher gegen die Ablehnung der Einleitung einer Güterpflege Beschwerde einzulegen, ist der Gerichtsherr als zuständige Strafverfolgungsbehörde berufen; die gegenteilige Ansicht RJA. **6** 255 (JDR. **5** Ziff. 1 zu § 1911 BGB.) wird aufgegeben. Die Beschlagnahme ergreift nicht nur

das gegenwärtige, sondern auch das künftige Vermögen des Abwesenden. Für die Tätigkeit des Pflegers ist auf alle Fälle Raum, da er auch dafür zu sorgen hat, daß der Abwesende das ihm später anfallende Vermögen nicht an sich bringt.

§ 1913. 1. SächsOLG. **34** 304. Die Bestellung eines Pflegers nach § 1913 setzt voraus, daß ein Bedürfnis zur Fürsorge für den Nacherben besteht.

2. MecklZ. **13** 47 (Rostock). Ist bei einer im Grundbuch eingetragenen Forderung ungewiß, wieweit der Kreis der zu der forderungsberechtigten Familie gehörigen Mitglieder auszudehnen sei, liegt aber kein Anhalt für die Annahme vor, daß die Person oder der Aufenthalt einzelner Beteiligter unbekannt sei, so kann eine Pflegschaft aus § 1913 nicht eingeleitet werden.

§ 1914. *Brinkmann-Bondi, Altes und Neues über Sammelvermögen (Berlin 1913), folgt dem Gutachten Seckels zum 30. DJT. (vgl. JDR. **9** Ziff. 1 a zu § 1914) dahin, daß das Sammelvermögen eine juristische Person, Selbstzweck im Stammlerschen Sinne und (49 ff.) dies Ergebnis rechtsphilosophisch-theoretischer Untersuchung auch mit dem Stande des heutigen deutschen bürgerlichen Rechtes vereinbar sei. Daraus werden Folgerungen gezogen auf die Erwerbs- und Grundbuchfähigkeit, aktive und passive Parteifähigkeit des Sammelvermögens; genauer wird auf die testamenti factio passiva und die Konkursfähigkeit eingegangen. Ferner werden behandelt: der Übergang des Sammelvermögens (durch Verteilung oder im ganzen) — er ist keine Schenkung, sondern die hauptsächlichste und letzte Erfüllung des Selbstzwecks, wodurch dieser untergeht —, wobei die Rechtssätze im Wege der Analogie aus den bei Aufhebung einer Stiftung geltenden §§ 46 bis 53 BGB. gewonnen werden; die Permanenzerklärung eines Sammlerkomitees, die Garantiezeichnungen; die Zuwahl neuer Komiteemitglieder; die Spenden nach dem sog. amerikanischen Systeme (vgl. zu den letzten drei Fällen die Anregung Bondis, ZBl. **8** 514/15) und die Pflegschaft nach § 1914 BGB. Der weitere Teil der Arbeit (68—182) betrifft die öffentlich-rechtliche Stellung des Sammelvermögens im Verwaltungsrecht (68—115), Strafrecht (116—120) und internationalen Rechte (121—125) sowie seine rechtliche Behandlung in Österreich (126—130), der Schweiz (131—136), Frankreich (137—150), Italien (151—158) und England (159—182).

§ 1918. 1. R. **13** Nr. 1473 (BayObLG.). Das Amt des Pflegers erlischt mit der Besorgung der Angelegenheit, für die er bestellt ist. Soll diese Erledigung (z. B. eine Auseinandersetzung) angefochten werden, so ist ein neuer Pfleger zu bestellen.

2. OLG. **26** 285, HansGZ. **13** Beibl. 255 (Hamburg). Die Pflegschaft für einen Minderjährigen bildet stets nur „Surrogat und Annex" des elterlichen (vormundschaftlichen) Schutzes. Wo dieses allgemeine Schutzbedürfnis durch den Eintritt der Volljährigkeit des Minderjährigen weggefallen ist, ist auch die Pflegschaft beendet.

Fünftes Buch. Erbrecht.

Literatur: v. Blume, Recht des BGB. 5. Buch Erbrecht I./II. Abt. Berlin 1913. — Derselbe, Umbau und Ausbau des deutschen Erbrechts. Tübingen 1913. — Kretzschmar, Das Erbrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Leipzig 1913. — Liebegott, Nachlaßbehandlung im englischen Rechte mit besonderer Berücksichtigung der Exekution und Administration und unter Vergleichung mit dem preußischen und deutschen Rechte, ABürgR. **38** 335. — Weißler, Rechtsprechung in Urkund- und Nachlaßsachen, DNotV. **13** 320. — Derselbe, Rechtsprechung in Nachlaßsachen, DNotV. **14** 19.

Erster Abschnitt. Erbfolge.

§§ 1922 ff. Literatur: Fitting, Zum Entwurf eines Gesetzes über das Erbrecht des Staates, DJZ. **13** 796. — Heinitz, Der Entwurf eines Gesetzes über das Erbrecht des Staates, DJZ. **13** 559. — Hermes, Der Gesetzentwurf über das Erbrecht des Staates. Stuttgart 1913.

Bamberger, Für das Erbrecht des Reiches, RuW. 3 6 schlägt — in Anlehnung an eine frühere Bestimmung im § 31 I. 12 PrALR. — eine Gesetzesbestimmung dahin vor, daß beim Ableben eines Testierunfähigen, wenn kein Testament vorhanden ist, die Hälfte des Nachlasses an seine Verwandten bis zum vierten Grade fällt. Er will ferner das gesetzliche Erbrecht der Geschwisterkinder ausgeschlossen wissen, diesen aber den Nießbrauch an dem Nachlaß auf Lebenszeit zubilligen, im Anschluß an einen Vorschlag von Devcic in der Zeitschr. Deutsch-Österreich vom 5. Juli 1913.

§ 1922. Literatur: Ebbecke, R. **13** 757, gibt einen Überblick über die Stellung des zur Erbschaft Berufenen (des vorläufigen Erben) bis zum Erwerbe der Erbschaft im Falle der gesetzlichen und testamentarischen Erbfolge und für den Fall des Vorhandenseins mehrerer Erben.

1. OLG. **26** 286 (KG.). Die Beteiligten sind rechtlich nicht in der Lage, durch übereinstimmende Willenserklärung einem Nichterben die Stellung eines „Erben" zu verleihen oder dem Testamentsvollstrecker die Erbauseinandersetzung zu entziehen (KGJ. **33** A 106, JDR. **7** Ziff. II zu § 87 FGG.).

2. OLG. **26** 297 (KG.). Zu dem „Vermögen" im Sinne des § 1922 gehören nicht bloß die Aktiva des Erblassers, sondern auch die Schulden und alle in seiner Person begründeten Rechte und Verbindlichkeiten, mit Ausnahme der höchstpersönlichen. Umfaßt ein Nachlaßverzeichnis (§ 2027) nicht die ganze Erbschaft, weil die Verpflichteten sich nicht für verpflichtet halten, gewisse vorhanden gewesene Gegenstände mit anzugeben, so steht (abgesehen von dem Verlangen der Leistung des Offenbarungseids nach § 260 BGB.) gegen sie auch der Weg des Antrags aus § 888 ZPO. offen.

§ 1924. RG. SeuffA. **69** 17, JW. **13** 869, BayRpflZ. **13** 358, R. **13** Nr. 2430, 2431. Die Erbfolge ist, was die in den §§ 1924—1926 genannten Abkömmlinge betrifft, von dem BGB. derart geordnet, daß die sämtlichen Abkömmlinge, auch die der weiteren Grade, kraft eigenen Rechtes erbfolgeberechtigt sind und ihr Erbrecht nur so lange gehemmt ist, als das des näheren Abkömmlinges in Kraft ist. Dieser Grundsatz ist auch für den Fall zur Anwendung zu bringen, daß der nähere Abkömmling durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen wird (**RG. 61** 14, JDR. **4** zu § 1924). Im einzelnen Falle kann allerdings die Ausschließung in dem Sinne gemeint sein, daß nicht bloß der unmittelbare Abkömmling, sondern auch dessen Nachkommenschaft, also der ganze Stamm von der Erbfolge ausgeschlossen sein soll. Dies ist Sache der Auslegung.

§ 1931. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 697, BayRpflZ. **13** 148, JW. **13** 39, R. **13** Nr. 1165. Mit der Kraft, das gesetzliche Erbrecht zu überwinden, sind nicht nur die nach dem Inkrafttreten des BGB. getroffenen, sondern durch Artt. 213, 214 EGBGB. auch die vorher ergangenen letztwilligen Verfügungen ausgestattet. Für die Entscheidung der Frage, ob durch eine solche Verfügung der bedachte Ehegatte des gesetzlichen Erbrechts nach § 1931 verlustig gegangen sei, kommt es darauf an, ob der Wille des Verfügenden dahin ging, den Bedachten unter allen Umständen auf das ihm Zugewandte zu beschränken, ihm jedes weitere Recht an dem Nachlasse zu versagen. Dieser Wille ergibt sich nicht schon ohne weiteres aus der Tatsache, daß der Verfügende wissend, daß die Rechtsordnung dem anderen jede Ansprüche versage, ihm eine Zuwendung gemacht hat. Deutlich würde diese Absicht ausgedrückt sein, wenn in der Verfügung über den ganzen außer dem Zugewandten vorhandenen Nachlaß Bestimmung getroffen, dieser Nachlaß aufgeteilt wäre. Wo die Verfügung den Bestand des Nachlasses nicht erschöpft, muß der Wille des Verfügenden aus dem Vertragsinhalt und den begleitenden Umständen entnommen werden.

2. Einen hierher gehörigen Fall s. RheinZ. **5** 394 (Colmar).

3. Märkisches Provinzialrecht. **RG.** KGBl. **13** 103. Der pflichtteilsberechtigte Ehegatte wird durch die Wahl des ihm nach Märkischem Provinzialrechte zustehenden Anspruchs auf statutarische Portion Erbe des Verstorbenen zur Hälfte des durch Einwerfung des eigenen Vermögens vermehrten Nachlasses. Der Anspruch auf statutarische Portion gibt ein Recht darauf, Erbe zu sein, nicht bloß ein Recht auf Zahlung einer dem Werte des Erbteils entsprechenden Summe.

§ 1939. RG. JW. **13** 39. Die Bestimmung in einem Gesellschaftsvertrage, durch den der Geschäftsteil eines Gesellschafters für dessen Todesfall einem Dritten zugewiesen wird, ist keine Verfügung von Todes wegen. Die auf den Todesfall zugunsten Dritter geschlossenen Verträge kommen in ihrem Endziele dem Vermächtnisse nahe, sie haben jedoch die Eigentümlichkeit, daß das Zugewendete sich mit dem Tode des Verfügenden von dessen Nachlaß trennt und nicht zum Nachlasse gehört.

§ 1940. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1613. Den Gegenstand einer Auflage kann die Verpflichtung zu jeglicher Leistung, also sowohl zu einem Tun als auch zu einem Unterlassen bilden (§ 241). Unter erstere Kategorie fällt die Verpflichtung zur Aufwendung von Bemühungen um eine Weltsprache, aber auch die zur zinstragenden Anlegung des Geldes mit der Maßgabe, die Zinsen einstweilen zum Kapitale zu schlagen.

2. A. Hellwig, PrVerwBl. **35** 183. Eine eigenhändige Anordnung über die Feuerbestattung (§ 9 Nr. 1 PrG. vom 14. September 1911) muß der Formvorschrift des § 2231 Nr. 2 BGB. entsprechen. Zur Erteilung der ortspolizeilichen Genehmigung (§ 7 G.) kann die Urkunde vor deren gerichtlicher Eröffnung (§ 2259 BGB.) der Ortspolizeibehörde überreicht werden, die für ihren Amtsbereich über die Rechtsgültigkeit der Urkunde selbständig zu entscheiden hat. Daß in der Beurteilung der Urkunde möglicherweise die Polizeibehörde und das Gericht sich widersprechen, ist unvermeidlich.

3. a) Jastrow, Letztwillige Anordnungen über Feuerbestattung, DNotV. **13** 284. Anordnungen über die Bestattung des eigenen Körpers gehören unter den Begriff der „Auflage" mit der Wirkung, daß der Erbe oder, wem sonst die Auflage gemacht ist, die Verpflichtung hat, ihr nachzukommen. Eine Urkunde des in Rede stehenden Inhalts braucht, da sie kein Testament ist, an das Nachlaßgericht nicht abgeliefert zu werden (§ 2259 BGB.). b) Hackenberger, DNotV. **13** 394, stimmt dem zu, hält es aber auch für gangbar, durch Testament einem Testamentsvollstrecker die Feuerbestattung zu übertragen (§ 2203 BGB.).

Zweiter Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Titel. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

§ 1944. RheinA. **110** A 255 (Cöln). Die Ausschlagungsfrist beginnt spätestens in dem Zeitpunkt, in dem der pflichtteilsberechtigte Erbe von dem Testament und der darin enthaltenen Beschränkung seines Erbteils Kenntnis erhalten hat. Zweifel über die rechtliche Auslegung oder über die Gültigkeit des Testaments hindern nicht den Beginn der Ausschlagungsfrist.

§ 1945. OLG. **26** 288 (München). Für die Abgabe der Verpflichtungserklärung, eine Erbschaft nach § 1945 in öffentlich beglaubigter Form auszuschlagen, ist im Gesetze keine besondere Form vorgeschrieben.

§ 1946. Vgl. unten zu § 2142. (Annahme der Erbschaft durch den Nacherben.)

§ 1960. I. Nachlaßverzeichnis und Nachlaßinventar. BayNotZ. **13** 427, R. **14** Nr. 75 (BayObLG.). Die Anfertigung des Nachlaß-

verzeichnisses ist eine von der Aufnahme des Inventars wesentlich verschiedene Maßregel; beide dienen gesonderten Zwecken. Während im Inventare nicht bloß die Nachlaßaktiva, sondern auch die Verbindlichkeiten angegeben sein müssen (§ 2006), ist die Aufnahme der Nachlaßschulden in dem Nachlaßverzeichnisse nicht erforderlich (§ 15 Abs. 2 BayNachlO.). Das Nachlaßverzeichnis hat lediglich die Sicherung des Nachlasses zur Aufgabe. Das Inventar ist eine für die Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlaß bedeutungsvolle Maßregel.

II. Nachlaßpfleger. 1. Wirkungskreis. a) OLG. **26** 288 (KG.). Der Nachlaßpfleger ist zwar unbedenklich zur Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs aus § 2018 legitimiert, ferner ist seine Hauptaufgabe die Ermittlung der Erben, wenn diese unbekannt sind. Er ist aber nicht berufen, Streitigkeiten über das Erbrecht auszufechten. Solange über das Erbrecht gestritten wird, ist er zur Herausgabe des Nachlasses nicht verpflichtet; denn seine Herausgabepflicht tritt erst nach Beendigung seines Amtes ein. b) SächsRpflA. **13** 523 (Dresden). Die Ausführung einer Teilungsanordnung (§ 2048) fällt nicht in den Wirkungskreis des Nachlaßpflegers, zumal durch eine solche Teilungsanordnung lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung der Erben zur gegenseitigen rechtsgeschäftlichen Übertragung begründet wird.

2. Vergütung. OLG. **26** 289 (Braunschweig). Ist es zweifelhaft, ob jemand zum Nachlaßpfleger bestellt worden ist, steht aber fest, daß er vom Nachlaßgericht ermächtigt worden war, für die Bewachung des Nachlaßgrundstücks zu sorgen, daß also eine Anordnung nach § 1960 Abs. 1 BGB. getroffen worden ist, so hat der zur Bewachung Angenommene unmittelbar einen Anspruch auf Bezahlung der vereinbarten Vergütung gegen den Erben erlangt.

3. Kosten der Nachlaßpflegschaft. OLG. **26** 290 (KG.). Aus der Weiterführung einer (selbst zu Unrecht eingeleiteten) Nachlaßpflegschaft ergibt sich die Verpflichtung der Beteiligten, die ihren Erbteil betreffenden Kosten zu tragen.

§ 1961. 1. *Kößler, Die Stellung des Nachlaßrichters, BuschsZ. **44** 1 ff., 19 ff. Der Nachlaßrichter übt als Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur eine verwaltende, nicht eine entscheidende Tätigkeit aus. Er wird nicht für den Einzelnen tätig, sondern für die Allgemeinheit, d. h. die Gemeinschaft aller derjenigen, die von dem Schicksale der Verlassenschaft irgendwie berührt werden. Bezeichnend ist namentlich, daß im Falle des § 1961 eine Nachlaßpflegschaft eingeleitet wird, also eine Pflegschaft, die sich auf den ganzen Nachlaß erstreckt. — Der Gläubiger, der einen Antrag nach § 1961 stellt, braucht seinen Anspruch nicht glaubhaft zu machen. Er hat nur die Tatsachen anzuführen, auf die er sein behauptetes Recht stützt, um erkennbar zu machen, daß er selbst an dieses Recht glaubt und gewillt ist, es zu verfolgen. S. a. u. zu § 1981 Ziff. 2 b.

2. Josef, AZivPr. **110** 402, 414. Hat ein Nachlaßgläubiger auf Grund des § 1961 die Bestellung eines Nachlaßpflegers beantragt, so ist die Pflegschaft anzuordnen, auch wenn der Gläubiger nach Stellung des Antrags verstorben ist.

Zweiter Titel. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

Literatur: v. Breska, Die Nachlaßverbindlichkeiten des Erben. Berlin 1912.

§ 1967. 1. OLG. **26** 291 (BayObLG.). Dem BGB. ist eine Haftung „des Nachlasses" für die durch die gerichtliche Nachlaßbehandlung erwachsenen Staatsgebühren fremd.

2. OLG. **26** 342 (Braunschweig). Die Erbschaftssteuer gehört zu den Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 1967. Sie ist neben dem Erwerber auch dem Erben als solchem, als Subjekt des Nachlasses, auferlegt; für sie haftet der Nachlaß „die ganze steuerpflichtige Masse" (§ 31 Abs. 1, 2 ErbschStG.). Es ist im Interesse der Beteiligten geboten, daß der Testamentsvollstrecker, um eine endgültige Regelung der Verhältnisse herbeizuführen, die letztwilligen Vergabungen nicht ohne vorgängige Regelung der Steuer austeilt. Wann der Vollstrecker die Steuer zahlen will, liegt innerhalb der Grenzen ordnungsmäßiger Verwaltung in seinem pflichtmäßigen Ermessen.

3. Vgl. auch unten Ziff. 3 zu § 2058 (Verwaltungskosten zur Erhaltung des Nachlasses als Nachlaßverbindlichkeiten).

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

§ 1978. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 832. Hat der Erbe — entgegen der Regel ordnungsmäßiger Wirtschaft — Nachlaßgegenstände nicht versichert, so haftet er für den hierdurch entstehenden Schaden; dies gilt für die verkehrsüblichen Versicherungen aller Art, mit alleiniger Ausnahme der Haftpflichtversicherung.

§ 1980. Vgl. **RG.** Ziff. 1 zu § 1990.

§ 1981. 1. KGJ. **43** A 79, RJA. **12** 115. Die Nachlaßverwaltung ist nicht bestimmt, für die Befriedigung eines einzelnen Nachlaßgläubigers wegen seines auf eine individuelle Leistung gerichteten Anspruchs Sorge zu tragen, wenn im übrigen die Gesamtheit der Nachlaßgläubiger und der betreffende Gläubiger selbst hinsichtlich seines Interessenanspruchs überhaupt nicht gefährdet sind. Für solche Fälle stehen dem Gläubiger die Mittel des Zivilprozesses zur Verfügung.

2. a) KGJ. **44** A 72. Auf den Antrag eines Miterben, der zugleich Nachlaßgläubiger ist, kann die Nachlaßverwaltung unter der Voraussetzung des § 1981 Abs. 2 ohne die Mitwirkung der übrigen Erben und auch dann angeordnet werden, wenn andere Nachlaßgläubiger nicht vorhanden sind. — Für die dem Nachlaßgerichte nach § 1981 Abs. 2 obliegende Prüfung gilt der Grundsatz des Amtsbetriebs. — Die durch das Nachlaßgericht ausgesprochene Anordnung der Nachlaßverwaltung darf von dem Beschwerdegericht nicht deswegen aufgehoben werden, weil die Voraussetzungen für die Anordnung erst nach dem Erlasse des amtsgerichtlichen Beschlusses eingetreten seien. **b)** Im wesentlichen übereinstimmend *Rößler, BuschsZ. **44** 15 ff. Nur seine eigene subjektive Berechtigung hat der Antragsteller glaubhaft zu machen. Hinsichtlich der objektiven Voraussetzungen der beantragten Maßnahme und der Voraussetzungen, die in der Person desjenigen, gegen den sich der Antrag richtet, vorhanden sein müssen, besteht für den Antragsteller nur eine Anführungspflicht. Das gilt wie für § 1994 Abs. 2 so auch für § 1981 Abs. 2 BGB. Noch geringer sind die Anforderungen, die im Falle des § 1961 BGB. an den beantragenden Gläubiger zu stellen sind, vgl. oben Ziff. 1 zu § 1961 BGB.

§ 1985. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 834. Zur ordnungsmäßigen Verwaltung wird häufig eine Pflicht zur Versicherung des Vermögens oder der einzelnen Gegenstände gehören. Für das Unterlassen einer Versicherungsnahme gegen Haftpflicht ist der Nachlaßverwalter jedoch nur dem Erben, nicht auch den Nachlaßgläubigern gegenüber verantwortlich.

§ 1988. Die Entsch. KGJ. **42** A 94 — JDR. **11** zu § 1988 — auch RJA. **12** 108.

§ 1989. a) **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1014, JW. **13** 752, PosMSchr. **13** 73, BayRpflZ. **13** 357, LeipzZ. **13** 691, R. **13** Nr. 2108. Ist ein Nachlaßgläubiger infolge Versäumung der Ausschlußfrist (§ 152 KO.) von jeder Be-

friedigung aus der Nachlaßkonkursmasse ausgeschlossen, so kann er sich nur noch an den Erben persönlich halten, der ihm freilich gemäß §§ 1989, 1973 Abs. 2 erst nach Beendigung des Konkurses und nur unter Beschränkung auf den Konkursüberschuß, aber doch als der rechte Beklagte verhaftet bleibt. Die darauf gerichtete Klage ist schon vor der Beendigung des Konkurses zulässig, wenn die Voraussetzungen der §§ 256, 259 ZPO. vorliegen. **b)** Dazu Jäger, LeipzZ. **13** 694. Die Ansicht des RG. scheitert am Zwecke der §§ 12, 14 und am Grundsatze des § 144 Abs. 2 KO. Für eine Feststellungsklage fehlt das nach § 256 ZPO. geforderte Interesse, für eine Klage aus § 259 ZPO. (gleich dem Falle des § 1984 Abs. 1 Satz 3 BGB.) das Rechtsschutzbedürfnis.

§ 1990. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 233, R. **13** Nr. 362. Die Vorschrift des § 1980 findet auch in den Fällen der §§ 1990, 1991 Anwendung. Dies trifft auch zu, wenn der Nachlaß gerade erst dadurch so geringfügig geworden ist, daß der Erbe entgegen dem § 1980 es seinerzeit unterlassen hat, unverzüglich die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen. Indessen die Folge wäre doch nur die, daß der säumige Erbe dem Nachlasse (§ 1978) den erwachsenen Schaden zu ersetzen hätte. An sich aber wird dadurch das Recht, sich auf § 1990 zu berufen, nicht ausgeschlossen. Für dieses Recht kommt es auf den Zeitpunkt des Antrags auf Konkurseröffnung im übrigen nicht an.

2. **RG.** WarnE. **6** 293. Für die Entscheidung, ob die Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 1990 zutrifft, ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs maßgebend.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 210, BayRpflZ. **13** 424, WarnE. **6** 519, R. **13** Nr. 2306. Der Erbe ist nicht verpflichtet, außer dem Nachlaß auch das, was an die Stelle des Nachlasses oder einzelner Bestandteile des Nachlasses getreten ist, im Wege der Zwangsvollstreckung dem Nachlaßgläubiger herauszugeben. § 2111 BGB. greift erst nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge Platz. Neben den Anspruch aus § 1990 kann ein solcher auf Schadensersatz aus § 1991 Abs. 1 in Verb. mit §§ 1978, 667 BGB. treten, z. B. auf Beseitigung eines Rechtes an einem Nachlaßgrundstücke, das der Erbe als Entgelt für die Veräußerung des Nachlasses erworben hat.

4. SeuffA. **69** 79 (Rostock). Die „Herausgabe", von welcher § 1990 spricht, bedeutet nichts anderes als das Geschehenlassen der Vollstreckung wegen der Urteilssumme in die betreffenden Gegenstände. Die Fassung des Urteils, daß den Erben die Beschränkung der Haftung vorbehalten sei, ist daher zutreffend. Die Erben können aber schon im Prozesse geltend machen, daß überhaupt nichts vom Nachlasse vorhanden sei oder daß er nur aus bestimmten Gegenständen bestehe oder daß, falls zurzeit des Todes vorhanden gewesene Sachen nicht mehr da sind, an ihre Stelle eine Geldsumme getreten sei. Sie können dementsprechend verlangen, daß entweder die Klage ganz abgewiesen werde, weil nichts da sei, oder daß sie nur verurteilt werden, behufs Befriedigung der Gläubiger wegen ihrer Forderung die Vollstreckung in namentlich bezeichnete Nachlaßgegenstände zu dulden oder die wegen Verwertung der Erbschaftssachen geschuldete Summe zu zahlen.

§§ 1990, 1991. Velleman, NaumburgAK. **13** 10. Mitteilung und Besprechung eines Rechtsstreits, der eine auf die §§ 1990, 1991 gegründete Vollstreckungsgegenklage zum Gegenstande hatte, vor einem nicht näher bezeichneten Amts- und Landgerichte.

§ 1992. **RG.** SeuffA. **68** 20, SeuffBl. **13** 502, BayRpflZ. **13** 380, JW. **13** 870, WarnE. **6** 446, R. **13** Nr. 2109. Will der Erbe die Abweisung der auf Grund eines Vermächtnisses gegen ihn gerichteten Klage des Vermächtnisnehmers erreichen, so muß er bereits im Rechtsstreite beweisen, daß der Nachlaß nicht

ausreicht und daß seine Überschuldung auf Vermächtnissen und Auflagen beruht. Ist dem Erben aber nur um den im § 780 Abs. 1 ZPO. vorgesehenen Vorbehalt zu tun, so ist für den Ausspruch des Vorbehalts dessen einfache Geltendmachung zur Begründung genügend (**RG. 69** 283, JDR. 8 Ziff. 2 zu § 780 ZPO.).

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

§ 2003. Die Entsch. KGJ. **42** A 99 — JDR. **11** Ziff. IV zu § 2003 — auch OLG. **26** 292.

§ 2009. *Eckstein, GruchotsBeitr. **57** 649. Die gesetzliche Vermutung ist durch bloße Gegenvermutung zu entkräften (vgl. zu § 292 ZPO.).

§ 2013. Kretzschmar, SächsRpflA. **13** 84 (bei der Besprechung von Leonhard, Erbrecht). Die Vorschrift des § 2013 Abs. 1 Satz 2 ist geflissentlich nicht auf die Fälle der Eidesverweigerung (§ 2006) erstreckt worden.

V. Aufschiebende Einreden.

§ 2014. **RG.** R. **13** Nr. 1310. Auf § 2014 kann das Recht des überlebenden Ehegatten, von dem Erben Auskunft zu verlangen, nicht gestützt werden, wenn dieser Ehegatte nach märkischem Rechte die statutarische Portion gewählt hat. Denn in diesem Falle ist er nicht nur Pflichtteilsberechtigter, sondern auch Miterbe (JW. **10** 745).

§§ 2014, 2015. Literatur: Jahn, Die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014, 2015 BGB. und der Leistungsverzug des Erben, unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung. Berlin 1912.

1. OLG. **26** 294 (KG.). Die §§ 2014, 2015 wollen den Erben nur gegen die Durchführung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß und in sein eigenes Vermögen schützen. Hat daher der Erbe nur unter Berufung auf die Einrede aus den §§ 2014 ff. seiner Verurteilung widersprochen, so muß er im Prozeß unterliegen und die Kosten des Rechtsstreits persönlich (mehrere Erben als Gesamtschuldner) tragen.

2. a) Die Entsch. des **RG. 79** 201, JDR. **11** zu §§ 2014, 2015 (der Erbe kann nicht während der Ausschlagungsfrist, dagegen während der Verweigerungsfrist des § 2014 in Verzug kommen), auch SeuffA. **68** 188. b) Dagegen *Jahn aaO. Die Einrede aus den §§ 2014, 2015 schiebt die Fälligkeit, welche eine Voraussetzung für den Verzug ist, hinaus. Abgesehen hiervon gerät jedenfalls der Erbe, der von der Einrede Gebrauch macht, auch schon deshalb nicht in Verzug, weil dann die Nichtleistung auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht. Die Tatsache, daß die Einrede nicht die Verjährung ausschließt, ferner nicht die Verurteilung hindert und auch in der Zwangsvollstreckung nicht die sonst den aufschiebenden Einreden zukommende Wirkung äußert, darf nicht zu dem Schlusse berechtigen, daß die Einrede überhaupt keine materiellrechtliche sei, daß sie insbesondere nicht den Verzug ausschließe. Das Wörtchen „nur" im § 782 ZPO. erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte: der erste Entw. zum BGB. (§ 2130 u. 2143) wollte dem Erben für die Zwangsvollstreckung weitergehende Rechte geben, als es im fertigen Gesetze geschehen ist. Für die Auslegung der Einreden aus § 2014 und § 2015 hat dieses „nur" keine Bedeutung.

Dritter Titel. Erbschaftsanspruch.

§ 2018. 1. **RG. 81** 293, JW. **13** 546, R. **13** Nr. 1311. § 2018 greift auch Platz, und eine für die Begründung des Erbschaftsbesitzes erhebliche Besitzaneignung ist schon dann anzunehmen, wenn der im Besitze von Gegenständen befindliche Miterbe nach dem Tode des Erblassers mit Rücksicht auf das angemaßte Erbrecht sich weigert, den Mitbesitz den Miterben ein-

zuräumen, und so seinen Fremdbesitz in Eigenbesitz umwandelt. Dieselben Pflichten werden für den Miterben begründet, wenn dieser mit Rücksicht auf sein künftiges Erbrecht, um sich den Alleinbesitz unter Vereitelung des Rechtes der Miterben zu sichern, mit oder ohne Einverständnis des Erblassers aus dessen Vermögen Gegenstände in Besitz nimmt, die beim Tode des Erblassers zum Nachlasse gehören, und in Ausführung dieser Absicht nach dem Eintritte des Erbfalls den Besitz der Erbschaftsgegenstände den übrigen Erben vorenthält. Ein ähnlicher Rechtsgedanke liegt der Vorschrift des § 2027 Abs. 2 zugrunde. S. a. u. § 2027 Ziff. 1.

2. Vgl. auch unten **RG.** zu § 2213. (Verneinung der Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers gegenüber der Erbschaftsklage.)

§ 2022. **RG.** WarnE. **6** 293 (bereits JDR. **9** zu § 2022). Der Erbschaftsbesitzer hat zwar wegen aller Verwendungen, nicht aber wegen der Ansprüche, die ihm als Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigten zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht. Dies ergibt sich schon aus der rechtlichen Natur des Herausgabeanspruchs, dessen Verwirklichung erst den Erben in die Lage bringt, die Erbschaftsregulierung vorzunehmen.

§ 2023. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 623. Vgl. oben zu § 989.

§ 2026. **RG.** WarnE. **6** 351 behandelt einen Rechtsfall nach gemeinem Rechte über den Ausschluß des usucapio pro herede gegenüber dem wahren Erben.

§ 2027. 1. **RG. 81** 293, 296. Zum Erwerbe des Erbschaftsbesitzes genügt die Erlangung des mittelbaren Besitzes. Dies kann für den Fall praktisch werden, daß die angeblich zum Nachlasse gehörigen Wertpapiere sich bei einem Dritten, der sie für die Beklagten besitzt, im Depot befinden. Vgl. oben Ziff. 1 zu § 2018.

2. R. **13** Nr. 1312 (Stuttgart). Die Pflicht des Erbschaftsbesitzers zur Auskunftserteilung schließt die Pflicht zur Vorlegung eines schriftlichen Verzeichnisses der Sachen, über die Auskunft erteilt werden soll, in sich.

3. OLG. **26** 295 (Hamburg) — bereits JDR. **11** Ziff. 1 zu § 2027 —. Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung gemäß § 2027 ist höchstpersönlich und geht daher auf den Erben des Verpflichteten nicht über.

§§ 2027, 2028. OLG. **26** 296 (Braunschweig). Ob neben der Auskunftspflicht nach § 2027 noch eine solche nach § 2028 über die Führung erbschaftlicher Geschäfte bestehen kann, ist teilweise mit der Begründung bestritten, daß § 2028 inhaltlich nicht weiter gehe als § 2027, letztere Vorschrift aber auch die Rechnungspflicht umfasse (KGJ. **20** A 428). Allein die Auskunftspflicht über Bestand und Verbleib nach § 2027 kann immer nur eine Pflicht zur Rechnungslegung über Nachlaßsachen und Forderungen begründen, über die der Erbschaftsbesitzer verfügt hat. Die erbschaftlichen Geschäfte des § 2028 aber haben, wie schon § 1959 Abs. 1, 2 ersehen läßt, eine weitere Bedeutung. Sie begreifen z. B. auch Verwaltungsmaßregeln, die den Nachlaß mit Verbindlichkeiten belasten, ohne den Aktivbestand zu verändern. Ebensowenig kann der Ansicht (RGRKomm. 1 zu § 2028) beigetreten werden, daß der Miterbe als Hausgenosse nicht unter § 2028 falle (vgl. **RG. 58** 89, JDR. **3** Ziff. 3 zu § 2057).

§ 2028. 1. Die Entsch. des **RG.** JDR. **11** Ziff. 2 zu § 2028 (Begriff der häuslichen Gemeinschaft) auch **RG. 80** 285, GruchotsBeitr. **57** 1016, BayRpflZ. **13** 72, ElsLothNotZ. **13** 70, JW. **13** 95, WarnE. **6** 83.

2. **RG. 81** 30, R. **13** Nr. 217. Der von dem Verpflichteten zu leistende Eid bezieht sich auf die sämtlichen zur Erbschaft gehörigen Gegenstände, ohne Unterschied, ob sie noch zur Zeit des Todes des Erblassers im Nachlasse vorhanden oder ob sie bereits vor dem Tode entfernt waren, da im letzteren Falle ein dinglicher oder ein durch die Wegschaffung erzeugter schuldrechtlicher Anspruch verblieben ist. Vgl. auch unten Ziff. 1 zu § 2038.

3. Abs. 3. MecklZ. **32** 49 (Rostock). Daraus, daß das bei der Erteilung einer Auskunft vorgekommene Versehen ein geringes ist und daß die vergessenen Sachen einen geringen Wert haben, folgt noch nicht, daß die Angelegenheit, in der der Eid verlangt wird, auch nur eine geringe Bedeutung habe. Durch die Zuziehung eines Notars wird der Auskunftspflichtige von der Pflicht, den Bestand des Nachlasses usw. sorgfältig zu prüfen, nicht befreit.

Vierter Titel. Mehrheit von Erben.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

Vorbemerkung: Zu diesem Abschnitt ist auf die reichlich geflossene Rechtsprechung, namentlich auch die des RG. hinzuweisen, so zu § 2033 (Ziff. II) über die Verpfändung eines Erbteils, zu § 2038 (Ziff. 2) über die Bedeutung des Verbots vorzeitiger Teilung der Früchte und (Ziff. 1) über die Unanwendbarkeit des § 2038, um daraus eine Verpflichtung des Erben zur Auskunftserteilung herzuleiten.

§ 2032. **RG.** R. **13** Nr. 1313. Der Miterbe kann vor der Erbteilung nicht verlangen, daß er als Bruchteilseigentümer eines Grundstücks eingetragen werde (**RG. 57** 432, JDR. **3** Ziff. 2 A a zu § 925 BGB.).

§ 2033. I. Verfügung über den Anteil am Nachlasse. 1. **RG.** WarnE. **6** 293. Ein Miterbe kann über seinen Anteil am Nachlaß in der Art verfügen, daß er nicht seinen ganzen Anteil, sondern einen Bruchteil dieses Anteils dem Erwerber überträgt mit der Wirkung, daß eine gleichanteilige Mitberechtigung der Gesellschafter herauskommt.

2. FrankfRundsch. **47** 214 (LG. Wiesbaden) bejaht die Zulässigkeit der fiduziarischen Übertragung eines Erbteils zum Zwecke der Teilung und Auseinandersetzung.

II. Verpfändung eines Erbteils. 1. **RG.** JW. **13** 1038, R. **13** Nr. 2307, 2308. Zur Wirksamkeit der Verpfändung eines Erbteils bedarf es nicht der im § 1280 BGB. geforderten Anzeige des „Gläubigers" an den „Schuldner", weil es sich nicht um die Verpfändung einer Forderung handelt. — Mit dem Erwerbe des Anteils eines Miterben erlangt der Erwerber alle die Rechte, die dem Miterben bezüglich der Verwaltung und Auseinandersetzung zustanden. Hat ein Miterbe seinen Anteil verpfändet, so dürfen die Miterben einen einzelnen zur Erbschaft gehörigen Gegenstand nur unter Zuziehung des Pfandgläubigers veräußern. Haben sie dieser Verpflichtung zuwider einen Gegenstand an einen gutgläubigen Dritten veräußert, so sind sie aus einem vertragsähnlichen Verhältnisse verpflichtet, den Zustand herzustellen, der sich ergeben hätte, wenn sie den Pfandgläubiger zur Veräußerung und Auseinandersetzung zugezogen hätten.

2. SächsOLG. **35** 22. Die Verpfändung des Anteils eines Miterben am Nachlasse kann im Wege der Berichtigung des Grundbuchs auf dem Blatte des Nachlaßgrundstücks eingetragen werden. Übereinstimmend KGJ. **33** A 228, JDR. **6** Ziff. 5, ElsLothJZ. **31** 513 (Colmar). AM. OLG. **12** 368 (Karlsruhe), JDR. **5** Ziff. 1 3 c zu § 2033.

III. Verfügung über das Auseinandersetzungsguthaben. 1. OLG. **26** 298 (Stettin). Solange die Erbengemeinschaft besteht, kann der Erbe mit dinglicher Wirkung nur über seinen Erbanteil verfügen, nicht über das, was ihm bei der Erbauseinandersetzung zukommen werde. Eine im letzteren Sinne abgegebene Erklärung begründet aber für ihn die vertragliche Verpflichtung, dem Begünstigten das diesem Zugewendete aus dem Auseinandersetzungsguthaben zu verschaffen (vgl. **RG. 60** 126, JDR. **4** Ziff. 3 zu § 2033 BGB.).

2. R. 13 Nr. 2588 (Hamburg). Von dem Anteil an einem Nachlaß ist der Anspruch des Miterben auf Auskehrung desjenigen zu unterscheiden, was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt. Während die Abtretung des Anteils der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, ist die Abtretung des Anspruchs auf Auskehrung des Auseinandersetzungsguthabens formlos.

IV. Verfügung über den Anteil an einzelnen Nachlaßgegenständen. 1. OLG. 26 299 (KG.). Allerdings kann der Miterbe nach § 2033 Abs. 2 über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht verfügen, vielmehr bedarf es nach § 2040 Abs. 1 der gemeinschaftlichen Verfügung aller Miterben. Eine solche liegt aber auch dann vor, wenn von zwei Miterben der eine dem anderen eine Nachlaßhypothek bei der Erbteilung überweist und der andere dieser Überweisung zustimmt.

2. Josef, ABürgR. 39 298. Obwohl der Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht verfügen kann, hat er an ihnen dennoch Miteigentum nach Verhältnis seines Erbanteils, und das Miteigentum wird, wenn der Erbe in gütergemeinschaftlicher Ehe lebt, Gesamtgut. Der Erbe bedarf daher der Genehmigung seiner Frau, wenn er das zum Nachlasse gehörige Grundstück als einzelnes oder bei der Auseinandersetzung über den ganzen Nachlaß veräußert (§ 1445 BGB.). Ebenso bedarf der Vormund der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts zur Verfügung über eine Hypothek oder über ein Grundstück, auch wenn diese Gegenstände zu einem Nachlasse gehören, bei dem der Mündel nur als Miterbe beteiligt ist. AM. RJA. 4 117 (KG.) — JDR. 3 [1] zu §§ 1443, 1445 —, andererseits RJA. 4 181 = KGJ. 27 A 171 — JDR. 3 [1] Ziff. 6 zu § 1821 BGB.

V. Stempelsteuer. Henschel, DJZ. 13 228. Gehen Wertpapiere einer Nachlaßmasse von der Gesamtheit der Erben auf einen oder einige der Miterben über, so ist von dem vollen Werte, für den die Überlassung erfolgt, der Anschaffungsstempel gemäß Tarifst. 4 a RStempG. zu erheben. Dasselbe gilt, wenn die Wertpapiere unter die Erben, sei es auch nach Verhältnis ihrer Erbteile, aufgeteilt werden. Steuerfrei dagegen ist die Überlassung von Wertpapieren, die der Erbe, Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger in Erfüllung eines vom Testator angeordneten Vermächtnisses vornimmt, ebenso der Erwerb durch Erbfolge selbst, z. B. durch den Alleinerben oder wenn einem Miterben gegen eine bestimmte Gegenleistung die Erbanteile sämtlicher Miterben übertragen worden sind (KGJ. 25 A 74, 26 A 113).

§ 2034. 1. OLG. 26 302, R. 13 Nr. 1314 (Colmar). Daß das Vorkaufsrecht nicht selbständig, d. h. nicht ohne gleichzeitige Übereignung des Erbteils des vorkaufsberechtigten Miterben übertragbar ist, wird allgemein anerkannt. Dagegen ist vielfach die Ansicht vertreten, daß es zugleich mit dem Erbteil übertragen werden könne und somit auch der durch Erbteilskauf in die Erbengemeinschaft eintretende Nichterbe vorkaufsberechtigt werde. Dem wird nicht zugestimmt, vielmehr aus § 2034 gefolgert, daß, da das Vorkaufsrecht „auf die übrigen Miterben" beschränkt ist, die im vorangestellten Bedingungssatze Genannten, nämlich: der Miterbe, der seinen Anteil verkauft und der Nichterbe, obgleich er einen Erbteil kauft, kein Vorkaufsrecht haben. Der Miterbe selbst ist schon vermöge dieser seiner Eigenschaft in der Lage, das Vorkaufsrecht im ganzen auszuüben, er braucht es also nicht nochmals durch Ankauf eines anderen Erbteils zu erwerben.

2. ElsLothJZ. 13 425 (Colmar). Die Mitteilung, die der Erbanteilsverkäufer über den Inhalt des von ihm mit einem Dritten geschlossenen Vertrags an den vorkaufsberechtigten Miterben zu richten hat, braucht nicht schrift-

lich abgefaßt zu sein, muß aber so vollständig sein, daß dieser über alle wesentlichen Bestimmungen des Vertrags vergewissert ist (§ 510 BGB.). Ist die Mitteilung von einem Bevollmächtigten ausgegangen und von dem Erben nicht unverzüglich zurückgewiesen, so ist sie selbst dann wirksam, wenn ihm der Bevollmächtigte die Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt hat.

§ 2038. 1. a) **RG. 81** 30, JW. **13** 206, ElsLothNotZ. **13** 114, DJZ. **13** 234, R. **13** Nr. 218. Aus § 2038 folgt nicht die Verpflichtung des Erben, durch Auskunftserteilung zur Aufstellung eines richtigen Nachlaßverzeichnisses mitzuwirken, da es sich dabei nicht um eine Verwaltungsmaßregel handelt, die der eine Miterbe ohne Mitwirkung des andern nicht vornehmen könnte. Eine Auskunftspflicht der Miterben ist nur in gewissen Ausnahmefällen und Sätzen anerkannt, so in den §§ 2028, 2027 Abs. 2, 2057 BGB. Bei unehrlichem Vorgehen eines Miterben wird regelmäßig zugleich eine Aneignung des Alleinbesitzes vorliegen, die den Miterben nach § 2027 Abs. 2 offenbarungspflichtig macht. Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 2028. **b)** Dagegen HansGZ. **13** Beibl. 310 (Hamburg). Hinsichtlich der Pflichtteilsansprüche (§ 2213) müssen die Erben den Nachlaß selbst verwalten, also auch (§ 260 BGB.) dem Miterben von allem, was sie von der Angelegenheit wissen, Auskunft geben. Dies gilt auch, wenn der Miterbe zugleich Pflichtteilsberechtigter ist. Der Nachweis, daß der Pflichtteil verletzt ist, ist für die Geltendmachung des Anspruchs auf Auskunft nicht erforderlich.

2. **RG. 81** 241, JW. **13** 434, DJZ. **13** 587, R. **13** Nr. 696, 697, 698. Das an die Bezugnahme auf §§ 743, 745, 746, 748 unmittelbar sich anschließende grundsätzliche Verbot vorzeitiger Teilung der Früchte ist dahin zu verstehen, daß jeder Miterbe auch gegen Mehrheitsbeschlüsse dieses Inhalts gesichert sein soll. Der Schlußsatz des § 2038 gewährt auch dem einzelnen Miterben nicht das Recht, wenigstens am Schlusse jedes Jahres die Teilung des Reinertrags zu verlangen, wenn die Auseinandersetzung mit oder ohne Schuld der Erben auf länger als Jahresfrist hinaus verzögert wird. Denn das Gesetz macht zur Voraussetzung, daß die Auseinandersetzung auf länger als ein Jahr ausgeschlossen ist, und nimmt damit unverkennbar auf die Fälle der §§ 2043, 2044, 2042 Abs. 2 verbunden mit § 749 Abs. 2 Bezug. Auch davon abgesehen kann schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nicht gesagt werden, die Auseinandersetzung sei ausgeschlossen, wenn sie zwar in Gang gebracht ist, aber wegen innerer oder äußerer Hindernisse nicht vorwärts kommt. Vgl. auch oben Ziff. 1 zu § 1602.

3. HansGZ. **13** Beibl. 77 (Hamburg). Der von der Mehrheit der Erben gültig zum Verwalter Bestellte steht zu sämtlichen Miterben in einem Dienstverhältnis. Aber dieses berechtigt ihn nicht, von seinen Auftraggebern zu verlangen, daß sie seine Dienste nicht stören und beeinträchtigen.

4. Josef, AZivPr. **110** 402, 423. Die dem Erblasser eingeräumte Beschwerdebefugnis geht, wenn das verfolgte Recht vererblich ist, auf die Erben über. Die Ausübung dieses Rechtes gehört zur Verwaltung des Nachlasses; die Erben können daher nach § 2038 Abs 1 Satz 1 die Beschwerde nur gemeinschaftlich einlegen.

§ 2039. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **11** zu § 2039 — auch WarnE. **6** 293.

2. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **9** Ziff. 2 u. 3 zu § 2039 — auch WarnE. **6** 294, 295 (a, b).

3. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1018, HansGZ. **13** Beibl. 281, WarnE. **6** 184 verbleibt bei der Ansicht JW. **05** 146 — JDR. **4** Ziff. 2 zu § 2039 —, daß die Vorschrift des § 2039 auch bei den sonstigen dem BGB. bekannten Gesamtrechtsverhältnissen entsprechend anzuwenden und insbesondere auch auf die Güter=

gemeinschaft wenigstens dann auszudehnen sei, wenn die sonst dem Manne zustehende Verfügungsgewalt durch seinen Tod beendigt und auch nicht auf die überlebende Witwe übergegangen ist.

4. **RG.** WarnE. **6** 295. Wenn auch grundsätzlich der Rechenschaftsanspruch nur der Gesamtheit der zur Gemeinschaft Berechtigten zusteht, so ist dies doch nach § 2039 kein Hindernis, auch dem einzelnen Teilhaber das dort näher bestimmte sog. Individualklagerecht zuzugestehen.

5. **RG.** WarnE. **6** 295 c. Die im § 2039 vorgesehene Hinterlegung, die nur der Sicherung der Miterben und der Bereithaltung von Mitteln zur Tilgung etwaiger Nachlaßverbindlichkeiten zu dienen bestimmt ist, wäre zwecklos, wenn nur eine Forderung das einzige mit Nachlaßverbindlichkeiten nicht belastete Aktivum des Nachlasses bildet. Sind ferner überhaupt nur zwei Erben am Nachlasse beteiligt, von denen der eine den ganzen nach Tilgung der Nachlaßverbindlichkeiten verbliebenen Überschuß in Gestalt einer von ihm dem Nachlasse zu leistenden Geldschuld in Händen hat, so kann eine an alle Erben gemeinschaftlich zu bewirkende Leistung überhaupt nicht mehr in Frage kommen.

6. OLG. **26** 304, BreslauAK. **13** 3 (Breslau). In der Kündigung einer Nachlaßforderung ist eine Verfügung über den Nachlaßgegenstand zu sehen (**RG. 65** 6, JDR. **6** Ziff. 1 c zu § 2039), zu der der einzelne Miterbe vor der Teilung des Nachlasses nicht befugt ist. Unerheblich ist es, ob der eine Miterbe der Nachlaßschuldner ist, vielmehr bleibt in einem solchen Falle den übrigen Miterben lediglich die Klage auf Vertretung zum Nachlasse gegen den Miterben-Schuldner offen. Ist die Schuld wegen Nichtzahlung von Zinsen fällig geworden, so kann die Forderung auch von einzelnen Miterben geltend gemacht werden.

§ 2041. Roth, BayNotZ. **13** 368, hält eine Auflassung von Grundstücken an Miterben nicht zu Bruchteilen, sondern zur Erbengemeinschaft auf Grund des § 2041 für zulässig, da der Neuerwerb, besonders beim Tausche, in der Regel mit Mitteln des Nachlasses erfolge, immer aber anzunehmen sei, daß sich das Rechtsgeschäft auf den Nachlaß beziehe. Im Anschlusse daran werden die Rechte erörtert, die dem überlebenden Elternteil an dem neuerworbenen Grundstück im vormaligen Gebiete des Mainzer Landrechts zustehen.

§§ 2042 ff. 1. OLG. **26** 249 Anm 1 (KG.). Miterben können sich auch durch Festsetzung von Bruchteilen an den einzelnen Sachen auseinandersetzen (PrOVG PrVerwBl **34** 44), dagegen ist eine Gemeinschaft nicht als aufgehoben anzunehmen, wenn im Grundbuche nur auf Grund eines Erbscheins — aber ohne Auflassung — die einzelnen Erben nach Bruchteilen eingetragen sind.

2. OLG. **26** 299 Anm. 1 (KG.). Ist einmal die Erbengemeinschaft aufgelöst, so kann der Erbauseinandersetzungsvertrag nicht mit der Wirkung aufgehoben werden, daß die Erbengemeinschaft wieder auflebt. Ein bereits unter die Erben geteiltes Grundstück kann nicht wieder in die Erbengemeinschaft einbezogen werden.

3. MecklZ. **32** 265 (Rostock) schließt sich, was die Anrechnungspflicht des Sondernachfolgers eines Schuldner-Miterben betrifft, der Entsch. **RG. 78** 273, JDR. **11** Ziff. I zu §§ 2042 ff. an.

§ 2048. 1. ElsLothJZ. **13** 456 (Colmar). Eine testamentarische Anordnung, daß ein Miterbe die ihm vom Erblasser erlassene Schuld gleichwohl an seinem Erbteil in Abzug bringen lassen müsse und daß sie von ihm auszugleichen sei, kann zwar keine Ausgleichungspflicht bezüglich der im Schulderlaß enthaltenen „Zuwendung" nach den Regeln der §§ 2050 Abs. 3, 2052 begründen, weil der Erblasser nicht schon bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hatte, wohl aber ist diese Anordnung als Teilungsanordnung im Sinne des § 2048 wirksam.

2. R. **13** Nr. 2589 (BayObLG.). Ob neben einer bedingten Teilungsanordnung ein Vorausvermächtnis anzunehmen ist, unterliegt freier richterlichen Auslegung.

§ 2050. 1. OLG. **26** 306 (Rostock). Hatte der Erblasser seinem Sohne ein Darlehn gewährt und später in einer Urkunde bestimmt, daß die Summe ihm in An- und Abrechnung gebracht werden solle, so liegt darin ein Erlaß der Schuld für den Fall, daß sie bis zum Tode des Erblassers nicht getilgt sein werde, und die Anordnung, daß die in dem Erlasse liegende Zuwendung in der angegebenen Höhe zur Ausgleichung gebracht werde. Eine solche Anordnung ist nach § 2050 Abs. 3 wirksam, da zur Zeit der Anordnung der Erblasser noch in der Lage war, über die Forderung durch deren (wenn auch nur bedingten) Erlaß zu verfügen. Nicht erforderlich ist, daß die Anordnung schon bei der Hingabe der einzelnen Darlehen getroffen worden ist, wenn auch in dieser Form die Ausgleichung angeordnet werden kann (WarnE. **3** 255, JDR. **9** Ziff. III 1 zu § 2050).

2. **RG.** R. **13** Nr. 2431. Der auskunftspflichtige Miterbe hat alle Zuwendungen, die unter § 2050 Abs. 2 fallen können, nach Betrag und Zeit zu offenbaren. Es ist nicht seinem Belieben überlassen, zu bestimmen, welche Zuwendungen er selbst als unter diese Vorschrift fallend ansehen will.

3. **RG.** WarnE. **6** 295. Die Berufsvorbildung ist beendet, sobald die Befähigung für die Bekleidung der entsprechenden höheren Berufsstellung erlangt und der dafür erforderliche formale Nachweis durch erfolgreiche Ablegung der Prüfungen erbracht ist. Wer darüber hinaus sich außerstande sieht, die erlangte Befähigung nutzbringend anzuwenden, und sich einer erwerbslosen Untätigkeit hingibt oder sich darauf einläßt, in einer Dienststellung ohne Besoldung auf Anstellung zu warten, liegt, wenn er während dieser Zeit seiner Mutter zur Last fällt, nicht mehr der Vorbildung für den Beruf ob. Er beansprucht dann nur den Unterhalt gemäß § 1602 Abs. 1, wobei dahin gestellt bleiben kann, ob ihm ein solcher Anspruch in Wirklichkeit zusteht.

§ 2051. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **9** zu § 2051 — auch WarnE. **6** 296.

§ 2052. 1. OLG. **26** 305 (Karlsruhe). Hat der Erblasser angeordnet, daß sein ganzes Vermögen zu gleichen Teilen auf seine sämtlichen Kinder entfallen, d. h. unter seine Abkömmlinge nach Stämmen zu gleichen Teilen verteilt werden soll, so gilt zwar die Auslegungsregel des § 2052, jedoch tritt die Ausgleichungspflicht nicht ein, wenn — was der an sich ausgleichungspflichtige Erbe zu beweisen hat — der Erblasser die Ausgleichung erkennbar nicht gewollt hat. Ein dahingehender Wille wird aus dem Wortlaute der Erbeinsetzung gefolgert, wonach das „ganze Vermögen" des Erblassers „zu gleichen Teilen" auf seine sämtlichen Kinder entfallen soll. Der Sprachgebrauch rechnet zu dem „Vermögen" einer Person nur solche Vermögensstücke, die der Inhaber des Vermögens bei seinen Lebzeiten in Geldeswert umsetzen kann oder die doch für den Inhaber bei seinen Lebzeiten Geldeswert haben, und nicht etwa einen Ausgleichungsanspruch der hier in Rede stehenden Art, der für den Inhaber des Vermögens wertlos ist. Die Ausschließung ist nicht nur auf die vor, sondern auch auf die nach Errichtung des Testaments getroffenen Zuwendungen zu erstrecken; denn als letzter Wille ist das Testament so zu verstehen, als ob der Erblasser es unmittelbar vor seinem Tode errichtet hätte.

2. OLG. **26** 309, HansGZ. **13** Beibl. 173 (Hamburg). Hat der Erblasser die Anrechnung von Zuwendungen, die seine Stieftochter aus seinem Nachlaß empfangen würde, angeordnet, so kann daraus noch nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß die Anrechnung von dem Erblasser auch für den Fall gewollt sei, daß

es schon bei seinen Lebzeiten zu den Zuwendungen kommen werde. Nach dem Gesetze (§ 2052) ist die Stieftochter nicht ausgleichungspflichtig.

§ 2057. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **11** Ziff. 4 zu § 2057 — auch SeuffA. **68** 67.

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

§ 2058. 1. R. **13** Nr. 2110 (Braunschweig). Der Miterbe als Gläubiger hat schon vor der Erbauseinandersetzung eine Gesamtschuldklage gegen die Miterben. Diese unterscheidet sich in ihrer Wirkung von der Gesamthandklage (vgl. **RG.** R. **09** 491, **12** Nr. 3103) nur dadurch, daß die Gesamthandklage ohne weiteres auf den Nachlaß beschränkt ist, die Gesamtschuldklage aber nur, wenn die Erben von der Einrede aus § 2059 Abs. 1 Gebrauch machen.

2. **RG.** PosMSchr. **13** 6. In dem Klagantrage: Die beklagten Erben zur Zahlung in solidarischer Haftung zu verurteilen, ist ausgesprochen, daß die Klage gegen die Erben als Gesamtschuldner (§ 2058) erhoben werde. Die Klage wird in ihrem Wesen nicht dadurch geändert, daß der Kläger zugleich Zahlung aus dem Nachlasse verlangt; denn hiermit wird nur vorsorglich der Verweigerungseinrede Rechnung getragen, die jedem Miterben aus § 2059 Abs. 1 Satz 1 offensteht, und keineswegs nur Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß im Sinne des § 2059 Abs. 2 verlangt. Der aus § 2058 BGB. erhobenen Klage, die nach der Wahl des Gläubigers gegen sämtliche oder nur einzelne Miterben erhoben werden kann, stehen die Miterben nicht als notwendige Streitgenossen gegenüber (**RG. 71** 369).

3. OLG. **26** 289 (Braunschweig). Die bis zur Teilung des Nachlasses zur Erhaltung der Nachlaßgegenstände erforderlichen Verwaltungskosten gelten als Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 1967, für die die Erben nach § 2058 gesamtschuldnerisch haften.

Dritter Abschnitt. Testament.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Hervorzuheben sind die Entsch. zu § 2069 über die Bedeutung dieser Vorschrift für die Auslegung von Zuwendungen, die anderen Personen als den Abkömmlingen des Erblassers gemacht sind.

§§ 2064 ff. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1319. Ist ein Testament nichtig, so kann durch bloßes Anerkenntnis der Beteiligten dem Eingesetzten die Stellung eines Alleinerben nicht eingeräumt werden. Enthält ein Testament nur die Einsetzung eines Beteiligten als Vorerben, so können diesem nur vertragsmäßig durch Erbschaftskauf oder auf ähnliche Weise (§§ 2371, 2385) größere Rechte, als sie ihm als Vorerben zustehen, eingeräumt werden.

2. **RG.** JW. **13** 1100, R. **13** Nr. 2966. Eine letztwillige Zuwendung, die darauf abzielt, die Religionsmündigkeit des Bedachten zu beeinträchtigen, verstößt gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.).

§ 2064. RG. WarnE. **6** 298. Wer gegenüber einem ordnungsmäßig errichteten, zumal einem öffentlichen Testamente behauptet, daß der Erblasser zur Zeit der Errichtung geschäftsunfähig gewesen sei, hat die Beweislast.

§ 2065. *Raape, Die testamentarische Willkürbedingung nach heutigem und römischem Rechte (Zitelmann-Festschrift 1913). § 1 handelt von den Bedingungen, die auf das Verhalten eines unbeteiligten Dritten abgestellt sind. Das Verhalten kann in seiner Zustimmung zum Testamente bestehen (sog. Wollensbedingung. Beispiel: si Titius voluerit) oder in irgendeinem anderen Verhalten (sog. Willkürbedingung. Beispiel: si Titius Capitolium ascenderit). Die Wollens-

bedingung ist aus ethischen Gründen stets unzulässig; die Willkürbedingung hingegen ist grundsätzlich zulässig, wiewohl auch bei ihr der Dritte einen gewissen Einfluß auf den Bestand des Testaments erhält. Sie ist nur dann unzulässig, wenn sie der Erblasser lediglich infolge der eigenen Unentschlossenheit und des weiteren in der, wenn auch unberechtigten, Erwartung beifügte, daß sich der Dritte bei seinem Verhalten in erheblichem Maße oder gar ausschließlich von der daran geknüpften Rechtswirkung leiten lassen werde (sog. dolose Zauber- oder Schleichbedingung). Ein besonders wichtiges Beispiel für sie ist die sog. Schweigensbedingung nisi Titius noluerit, wenn der Dritte nicht binnen gewisser Frist nach meinem Tode widersprochen haben wird. Aus dem Gesagten erhellt, daß die einfache Zauberbedingung zulässig ist. Sie fügt zwar der Testator aus purer Unentschlossenheit bei, aber er spekuliert auch nicht damit, daß der Dritte den ihm mit der Bedingung verliehenen Einfluß bewußt ausüben werde. So erscheint das Handeln des letzteren mehr als ein zufälliges. Im Anschlusse hieran wird der Fall erörtert, daß jemand den zum Erben einsetzt, den sich ein Dritter seinerseits zum Erben einsetzen werde. § 2 untersucht in entsprechender Weise die Fälle, in denen das Verhalten des Beschwerten zur Bedingung gemacht wird, sei es seine Zustimmung zum Testamente (Wollensbedingung, si heres voluerit), sei es irgend ein sonstiges Verhalten (Willkürbedingung, si heres Capitolium ascenderit). § 3 handelt von dem Verhalten des Erblassers als Bedingung des Testaments. Die Willkürbedingung ist auch hier grundsätzlich statthaft, auch die lediglich aus Unentschlossenheit beigefügte Zauberbedingung. Diejenige aber ist es nicht mehr, die der Erblasser zu dem Zwecke beifügt, um die Entscheidung in der Hand zu behalten und sie demnächst in der Weise zu treffen, daß er, jenachdem sie ihn gereut oder nicht, die zur Bedingung gemachte Handlung unterläßt oder vornimmt. Der Grund ist der, weil der Testator andernfalls die Formvorschriften des Testaments illusorisch machen würde. Ganz klar sieht man das wieder bei der Schweigensbedingung: nisi intra certum tempus voluero. Was des weiteren ein Testament unter einer Wollensbedingung angeht (si testator voluerit), so verstößt auch dieses gegen den Grundsatz der Förmlichkeit des Testaments. Aber auch wo der Vorbehalt einer förmlichen Bestätigung gemacht wird, geht es nicht an, das Testament als ein im eigentlichen Sinne bedingtes aufzufassen; denn die Willensbedingung ist nun und nimmer eine wahre Bedingung, weil jegliche Bindung an die Willenserklärung aufhebend und damit ihr Wesen zerstörend. Demnach geht ten Hompel in die Irre, wenn er daraus die Ungültigkeit des Aktes folgert. Er läßt sich vielmehr in gewisser Weise aufrecht erhalten. § 4 behandelt kurz die Fälle, in denen ein Verhalten des Bedachten zur Bedingung gemacht ist.

§§ 2065, 2086. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **11** Ziff. 2 zu §§ 2065, 2086 — auch R. **13** Nr. 527, 528.

§ 2069. 1. a) **RG.** R. **13** Nr. 699, 700. Die Vorschrift des § 2069 ist nicht etwa eine Ausnahmebestimmung, aus der — durch Schlußfolgerung aus dem Gegenteil oder nach dem Satze, daß Ausnahmen die Regel bestätigen — hergeleitet werden müßte, daß in anderen Fällen die Auslegung einer Zuwendung in dem angegebenen Sinne nicht statthaft wäre. Die Vorarbeiten ergeben, daß man es in diesen Fällen der freien richterlichen Beurteilung überlassen wollte, die richtige Auslegung zu finden (JW. **11** 544, JDR. **10** Ziff. a zu § 2069). b) Ebenso Sächs. OLG. **35** 68.

2. BayObLG. **13** 668, ZBlFG. **13** 546, DJZ. **13** 928. Die Auslegungsvorschrift des § 2069 ist nicht auf Zuwendungen an die Abkömmlinge anderer Personen als des Erblassers auszudehnen, sondern auf die eigenen Abkömmlinge des Erblassers zu beschränken, doch kann im einzelnen Falle durch Auslegung ein entsprechender Wille des Erblassers ermittelt werden. Sind

die Erben nach Stämmen eingesetzt — z. B. wenn im Testamente die Erben in getrennten Gruppen aufgeführt sind —, so unterliegt die Auslegung keinem Bedenken, daß die Kinder eines weggefallenen eingesetzten Erben als dessen Ersatzerben eingesetzt sind.

3. **RG.** WarnE. **6** 297. Sollten, wie gemäß § 2069 anzunehmen, im Falle der Einsetzung des Sohnes zum Nacherben nach dem Willen des Erblassers die Enkel an die Stelle des wegfallenden Sohnes treten, so konnte die Ausschlagung der Erbschaft durch den Sohn nicht dazu führen, daß die Erbschaft dem Vorerben verblieb (§ 2142 Abs. 2). Es wird dadurch nicht demjenigen Nacherben, der den Pflichtteil verlangt, eine Prämie gewährt, wenn seine Abkömmlinge als Ersatzerben berufen werden; denn für seine Person erhält er nichts weiter als den nach dem Gesetz ihm zukommenden Pflichtteil.

4. Vgl. auch unten Ziff. 1 zu § 2108.

§§ 2078, 2079. Literatur: *Kagermann, Die Bindung der Ehegatten und die Anfechtung letztwilliger Verfügungen bei einem wechselseitigen Testamente nach deutschem bürgerlichen Rechte. Berlin 1913. S. zu § 2271 BGB. Ziff. I.

OLG. **26** 312 (KG.). Die Anfechtung nach § 2079 ist auch gegeben, wenn der Hinzutritt des neuen Pflichtteilsberechtigten auf einer freien Handlung des Erblassers (Eheschließung, Antrag auf Ehelichkeitserklärung, Annahme an Kindesstatt) beruht. Eine „Übergehung" des Pflichtteilsberechtigten im Sinne des § 2079 liegt aber nur vor, wenn diesem gar nichts zugewendet worden ist. Ist dagegen einem Berechtigten, der erst nach der Errichtung der Verfügung es geworden ist, ohne Rücksicht auf die seinem Rechte zugrunde liegende Stellung zum Erblasser eine Zuwendung gemacht worden, so schließt diese das Anfechtungsrecht nach § 2079 aus. — Neben dem § 2079 kommt für den Fall der Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten als Regelung des Anfechtungsrechts die allgemeine Vorschrift des § 2078 in Betracht.

§ 2079. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **11** Ziff. 1 zu § 2079 — auch SeuffA. **68** 368.

2. **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 133. Hat eine Frau als Witwe einen Dritten zu Erben eingesetzt und ihr überlebender Ehegatte, mit dem sie ihre zweite Ehe eingegangen war, das Testament nach § 2079 angefochten, so hängt die fortdauernde Wirksamkeit der Erbeinsetzung davon ab, ob die Erblasserin den Dritten auch dann als Erben eingesetzt hätte, wenn sie bei der Testamentserrichtung sich dessen bewußt gewesen wäre, daß sie späterhin noch eine zweite Ehe eingehen und vor ihrem Ehemanne versterben werde. Das Gericht hat also zu prüfen, wie der Erblasser bei seinen Lebzeiten unter einer unwirklichen Voraussetzung gehandelt hätte; denn zur Voraussetzung der Anfechtung nach § 2079 Satz 1 gehört, daß der Erblasser in Wirklichkeit an das spätere Hinzutreten eines Pflichtteilsberechtigten nicht gedacht hat (**RG. 59** 60, JDR. **3** Ziff. 1 zu § 2079). Bei der Schwierigkeit dieser Aufgabe erscheint es noch weniger als sonst angängig, der freien Sachprüfung in irgendeiner Weise eine Schranke zu ziehen. Vgl. auch unten Ziff. 3 b zu § 2255.

3. HansGZ. **14** Beibl. 1, R. **13** Nr. 1475 (Hamburg). Darin, daß der Testator einen von seiner Frau geborenen Sohn, der zur Zeit der Errichtung des Testaments noch nicht geboren, aber schon erzeugt war, übergangen hat, liegt keine zur Anfechtung des Testaments berechtigende Übergehung des Sohnes, wenn der Testator Grund zu der Annahme hatte, daß der Sohn nicht von ihm herstamme, sondern im Ehebruch erzeugt sei.

§ 2084. I. Bedeutung der Vorschrift. 1. R. **14** Nr. 76 (Bay. ObLG.). § 2084 verordnet nicht, daß eine letztwillige Verfügung im Zweifel

zugunsten des Bedachten auszulegen sei, sondern erklärt nur die Norm des § 133 BGB. auch bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen für anwendbar.

2. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 2. Der § 2084 geht dadurch über § 133 hinaus, daß, wenn unter den möglichen durch Ermittlung eines entgegengesetzten Willens nicht ausgeschlossenen Auslegungen nur eine ist, bei deren Annahme die Wirksamkeit erhalten bleibt, diese angenommen werden muß, und zwar auch dann, wenn sie nur durch eine Korrektur des Wortsinns ermöglicht wird.

3. **RG.** JW. **13** 991, PosMSchr. **13** 36, WarnE. **6** 291. Zur Erforschung des wahren Sinnes der in einem Testament enthaltenen Anordnungen, insbesondere ob eine Anordnung so zu verstehen sei, daß mit ihr zugleich die Aufhebung einer früheren Anordnung beabsichtigt ist, können auch Umstände, die außerhalb des Testaments liegen, in Betracht gezogen werden (vgl. JW. **10** 61 Nr. 4). — § 2084 stellt nur eine Auslegungsregel für den Fall auf, daß Zweifel über den wahren Willen des Erblassers bestehen. Vgl. auch unten zu § 2258.

II. Einzelne Fälle. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1614. Sind einem langjährigen Geschäftsangestellten im Testamente des Geschäftsherrn für die Beteiligung mit einer Einlage am Geschäfte Tantiemen zugesichert, so fällt dieser Anspruch nicht schon völlig weg, wenn ein Teil der Einlage in beiderseitigem Einverständnisse zurückgezogen wird.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2882. Ist in einem Erbvertrage der Verlust des Erbrechts als Strafe für den Fall festgesetzt, daß der Vertragserbe gegen den Willen des Erblassers sich auflehnen werde, so kann von einer solchen Auflehnung nicht die Rede sein, wenn der Erblasser in einem späteren Testamente den in dem Erbvertrage nur zu einem Teile Bedachten zum Alleinerben eingesetzt hat und der also Eingesetzte bemüht ist, den letzten Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen, auch wenn das Testament gegenüber dem Erbvertrage keine Gültigkeit beanspruchen kann.

3. **RG.** WarnE. **6** 292. Waren bei einem Ehevertrage die Vertragschließenden darüber einig, daß das dem einen Ehegatten zugewendete Vermächtnis als Ersatz für das nach dem Code civil fehlende Erbrecht dienen solle, so ist die Annahme, nach dem Willen der Vertragschließenden könne das Vermächtnis nicht beansprucht werden, wenn ein gesetzliches Erbrecht geltend gemacht werde, nicht zu beanstanden.

4. Vgl. unten Ziff. 1 zu § 2209.

§ 2085. I. Bedeutung der Vorschrift. 1. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 5. Der § 2085 kehrt für den Fall, daß mehrere voneinander unterschiedene Verfügungen in einem Testament enthalten sind, die Regel des § 139 dahin um, daß die von der Unwirksamkeit nicht betroffenen Verfügungen nur unwirksam werden, wenn positiv anzunehmen ist, daß die anderen Verfügungen ohne die unwirksame nicht getroffen sein würden.

2. **RG.** SeuffBl. **13** 210, R. **13** Nr. 644. Der wesentliche Unterschied zwischen § 2085 und § 139 BGB. besteht darin, daß nach § 2085 von der Selbständigkeit der einzelnen Anordnungen des Erblassers auszugehen ist, während nach § 139 die Verbindung der einzelnen Bestimmungen in dem einheitlichen Rechtsgeschäft auf die innere Zusammengehörigkeit und Unselbständigkeit der einzelnen Bestimmungen schließen läßt.

II. BayObLG. **13** 613, R. **13** Nr. 68. Heben Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament einen früheren Ehevertrag auf in der Absicht, freie Bahn für die Möglichkeit zu gewinnen, den überlebenden Teil zum Alleinerben einzusetzen und eine Nacherbschaft anzuordnen, so wird diese Erbeinsetzung nicht dadurch unwirksam, daß der Ehevertrag durch das Testament nicht aufgehoben werden konnte.

Zweiter Titel. Erbeinsetzung.

Vorbemerkung: Hinzuweisen ist (zu § 2087) auf die Zusammenstellung der Entscheidungen, die zu den im einzelnen Falle streitig gewordenen Fragen Stellung nehmen, ob es sich um die Einsetzung eines Erben als Alleinerben, eines Voll- oder Vorerben, um eine Erbeinsetzung (Nacherbeinsetzung) oder um ein Vermächtnis oder eine Auflage gehandelt hat.

§ 2087. I. Alleinerbe. 1. **RG.** PosMSchr. **13** 10. Als „Alleinerbe" pflegt nur der verstanden zu werden, der als der unbeschränkte Erbe eines Erblassers gelten soll, der weder durch das Vorhandensein von Miterben noch durch das von Nacherben beschränkt ist (**RG. 76** 204, JDR. **10** Ziff. V zu § 2269 BGB.). Vgl. auch unten Ziff. 1 zu § 2269.

2. BayRpflZ. **14** 26 (BayObLG.). Zwar kann nach § 2087 auch ein Bedachter, dem nur einzelne Gegenstände zugewendet sind, Erbe sein. Trifft dies aber zu, dann ist er nicht Sondernachfolger in die ihm zugewendeten Gegenstände, sondern Gesamtrechtsnachfolger im Sinne der §§ 1922, 2032 BGB.

3. Vgl. ferner unten zu § 2304.

II. Einsetzung zum Voll- oder Vorerben? 1. **RG.** R. **13** Nr. 219. Aus der Bestimmung, daß der überlebende Ehegatte volle ungestörte Dispositionsbefugnis auch über den Nachlaß des Vorverstorbenen haben solle, ist dessen Einsetzung zum Vollerben gefolgert, auch wenn es weiter in dem Testamente heißt: „Demnächst setzen wir die in unserer gegenwärtigen Ehe erzeugten Kinder zu gleichen Teilen zu unsern Miterben ein".

2. SchlHolstAnz. **13** 180 (KG.) legt ein gemeinschaftliches Testament, in dem die Eheleute lediglich bestimmen, daß der Überlebende im vollen ungeschmälerten Besitze des Vermögens bleiben und nach seinem Tode die Kinder alleinige Erben des gesamten Nachlasses sein sollen, im Sinne einer Einsetzung des Überlebenden als Vollerben (§ 2269) aus.

3. BayObLG. **14** 145. Eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser für den Fall seines Todes seine Ehefrau als Erbin einsetzt und zugleich bestimmt, wer nach ihrem Tode Erbe seines Nachlasses werden soll, enthält die Einsetzung eines Vor- und Nacherben auch dann, wenn die einschlägigen Rechtsgrundsätze dem Erblasser nicht bekannt waren. Die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 gilt nur im Zweifel, also nicht, wenn die Einsetzung auf einen Nachlaßgegenstand als Teilungsanordnung erscheint. Vgl. auch unten Ziff. **3a** zu § 2361.

4. SächsOLG. **34** 312. Hat in einem Testamente der Erblasser seine Witwe zur Universalerbin eingesetzt, es aber ihr zur Pflicht gemacht, das ererbte Vermögen zugunsten der Kinder zu verwalten und es ihnen, sei es durch Verfügung unter Lebenden, sei es durch Vererbung gleichmäßig zuzuwenden, so kann darin die Einsetzung der Witwe als Vorerbin und der Kinder als Nacherben ohne Gesetzesverletzung gefunden werden.

III. Erbeinsetzung oder Vermächtnis? 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **10** Ziff. II 2 zu § 2087 — auch WarnE. **6** 297.

2. OLG. **26** 320 (KG.). Für die Frage, ob sich die Zuwendungen einzelner Gegenstände und Summen als Erbeinsetzungen oder Vermächtnisse darstellen, ist entscheidend, ob sich aus den näheren Umständen, besonders aus der Art und dem Zwecke der Zuwendung der Wille des Erblassers entnehmen läßt, daß die Bedachten Erben eines bestimmten Bruchteils ihres Gesamtvermögens, also ihre Gesamtnachfolger sein sollen.

3. OLG. **26** 319 (Hamburg) legt ein Testament, worin neben dem auf den Rest des Vermögens eingesetzten Beklagten andere Personen mit bestimmten Summen bedacht sind, im Sinne einer Erbeinsetzung des Beklagten aus.

4. R. **14** Nr. 77 (BayObLG.). Wird ein Vermächtnis widerrufen, dann aber der Widerruf mit dem Zusatze zurückgenommen, der Bedachte solle sofort nach dem Tode des Erblassers seinen Erbteil erhalten, so ist er damit noch nicht als Erbe anzusehen.

IV. Nacherbeinsetzung oder Vermächtnis? 1. OLG. **26** 337 (Cöln). Sind Dritten nicht Bruchteile der Erbschaft, sondern nur Summen zugewendet, die gewissen Bruchteilen des Reinbestandes der Erbschaft entsprechen, so liegt nicht Nacherbeinsetzung, sondern die Zuwendung wahrer Vermächtnisse (Quotenvermächtnisse) vor.

2. BayObLG. **14** 144, R. **13** Nr. 1476. Ist nach der Sachlage die Annahme gerechtfertigt, daß ein Vater seine Kinder in gleicher Weise als Nacherben hat einsetzen wollen, so kann seine Bestimmung, daß der eine Sohn das Haus mit Zubehör, die anderen Kinder die übrigen Grundstücke erhalten sollen, nur als Teilungsanordnung nach § 2048 verstanden werden.

V. Erbeinsetzung oder Auflage. BayObLG. **13** 743, OLG. **26** 362, BayNotZ. **13** 69, BayRpflZ. **13** 133, SeuffBl. **13** 159, ZBlFG. **13** 702, R. **13** Nr. 526. In der Bestimmung eines Testaments, daß das, was nach Abzug aller Legate, Kosten und Abgaben noch übrig bleibe, zu frommen und wohltätigen Zwecken verwendet werden solle, ist keine Erbeinsetzung, sondern eine rechtswirksame Auflage (§ 1940) enthalten, wobei die Bestimmung der Person, an die die Leistung erfolgen soll, im vorliegenden Falle dem Testamentsvollstrecker überlassen worden ist. Vgl. auch unten Ziff. 1 zu § 2361.

VI. Bedeutung der Auslegungsvorschrift. OLG. **26** 319 (Hamburg). Dem Umstande, daß der Erblasser das Testament selbst und ohne Einholung juristischen Beirats angefertigt hat, kann für seine Absichten keine Bedeutung beigelegt werden. Gerade für Fälle, in denen die juristisch-technischen Ausdrücke nicht verwendet wurden, sind die Auslegungsvorschriften des § 2087 gegeben.

§ 2094. BadRpr. **13** 165 (Karlsruhe). Unter § 2094 fallen die Fälle, in denen ein eingesetzter Erbe vor dem Erbfalle wegen Todes oder Verzichts, nach dem Erbfalle durch Ausschlagung, Erbunwürdigkeit, Nichteintritt einer Bedingung oder infolge durchgeführter Anfechtung der letztwilligen Verfügung (§§ 2078 ff.) wegfällt, nicht aber der Fall, daß infolge Nichtigkeit des Testaments eine Erbeinsetzung überhaupt nicht besteht.

§ 2097. OLG. **26** 321 (BayObLG.). Die Annahme, daß die Kinder eines eingesetzten Erben als dessen Ersatzerben berufen seien, und die Annahme, daß die eingesetzten Erben nach Köpfen zu teilen haben, sind miteinander nicht vereinbar. Denn wenn die Erben nach Köpfen zu teilen haben, sind sie um ihrer Person willen, nicht als Repräsentanten ihres Stammes bedacht. Nur wenn sie als Repräsentanten ihres Stammes angesehen werden können, ist es möglich, daß an die Stelle eines nach der Testamentserrichtung weggefallenen eingesetzten Erben dessen Abkömmlinge treten.

Dritter Titel. Einsetzung eines Nacherben.

Vorbemerkung: Über die Voraussetzungen und die Form der Verpfändung des Nacherbenrechts hat sich das BayObLG. (vgl. Ziff. I zu §§ 2113 ff.) in zwei bemerkenswerten Entscheidungen ausgesprochen. Es hält (im Gegensatze zum KG.) die Eintragung dieser Verpfändung im Grundbuche nicht für zulässig und hat deshalb die Sache dem RG. zur Entscheidung vorgelegt. — Eine vom Erblasser „für sich und seine Erben" erteilte Vollmacht hat nach der Meinung des KG. (Ziff. III zu §§ 2113 ff.) keine Geltung über den Tod des Machtgebers hinaus, wenn Bevollmächtigter der alleinige Vorerbe des Machtgebers ist. — Bei Prüfung der Frage, ob eine vom Vorerben ge-

troffene Verfügung entgeltlich oder unentgeltlich sei, ist nach RG. **81** 364 (Ziff. V zu §§ 2113 ff.) nicht der objektive oder subjektive Maßstab zugrunde zu legen, sondern der Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung (§§ 2120, 2130 BGB.) heranzuziehen. — Mit dem Lieblingskinde der Rechtsprechung, der Frage, ob die Unentgeltlichkeit einer Verfügung des befreiten Vorerben durch die Sachlage ausgeschlossen sei, haben sich die Ziff. 1 und 2 zu § 2136 mitgeteilten Entsch. befaßt. — Von Bedeutung ist die Entsch. RG. **80** 377 (zu § 2142), die die Frage bejaht, ob der Nacherbe schon nach dem Erbfalle, noch ehe ihm die Erbschaft angefallen ist, diese annehmen könne.

§ 2100. 1. DJZ. **13** 535 (PrOVG.). Wie nach BGB., so ist auch nach dem bisherigen nassauischen Privatrechte der Vorerbe bis zum Eintritte der Nacherbfolge als Eigentümer des Nachlasses anzusehen und zu behandeln.

2. PrVerwBl. **34** 44, OLG. **26** 337 Anm. 1 (PrOVG.). Der Vorerbe und die Nacherben sind nicht Miterben. Ihre Verabredung über die Teilung des Nachlasses ist deshalb keine Auseinandersetzung unter Miterben, vielmehr ist die Rechtsstellung des Erben dauernd und unverzichtbar.

3. **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 292. Zwischen Vor- und Nacherben besteht kein Miteigentumsverhältnis. Der Nacherbe hat vor dem Eintritte der Nacherbfolge kein Erbrecht, sondern nur eine Anwartschaft. Die Verfügung über Nachlaßgegenstände steht bis zum Eintritte der Nacherbfolge nur dem Vorerben zu (§§ 2100, 2112, 2130). Vgl. **RG. 65** 218, JDR. **6** Ziff. 1 a zu § 2136 BGB.

4. Die Entsch. des OLG. Rostock — JDR. **10** Ziff. III 2 zu § 2100 — auch KGJ. **43** A 304.

§ 2108. 1. OLG. **26** 310 (KG.). Die im § 2108 Abs. 2 Satz 1 bestimmte Vererblichkeit der Anwartschaft kann nicht nur ganz ausgeschlossen, sondern auch auf bestimmte Personen aus dem Kreise der Erben beschränkt werden. Kann ein solcher Wille nicht festgestellt werden, so kommt weiter in Betracht, ob im Falle der Einsetzung von Abkömmlingen zu Nacherben bei dem späteren Wegfall eines eingesetzten Abkömmlinges die Auslegungsregel des § 2069 oder des § 2108 Abs. 2 vorgeht, oder umgekehrt.

2. Die Entsch. des KG. — JDR. **11** Ziff. 2 zu § 2108 — auch R. **13** Nr. 220.

§§ 2113 ff. I. Das Nacherbenrecht als besonders geartetes Recht an der Erbschaft. Verpfändung. 1. Die Entsch. KGJ. **42** A 288 — JDR. **11** Ziff. I 1 zu §§ 2113 ff. — auch OLG. **26** 329.

2. BayObLG. **14** 423, BayRpflZ. **13** 480, ZBlFG. **14** 460, BayNotZ. **13** 355 Die Verpfändung des Nacherbenrechts erfordert gemäß § 1274 Abs. 1 (ebenso wie entsprechend die Veräußerung nach § 2385 BGB.) die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Verpfändungsvertrags. Die Verpfändung des künftigen Herausgabeanspruchs des Nacherben (§§ 2130—2138) begründet ohne gleichzeitige Verpfändung des Nacherbenrechts selbst kein Pfandrecht an diesem.

3. BayNotZ. **13** 469 (BayObLG.). Die Verpfändung des Nacherbenrechts kann im Grundbuche nicht eingetragen werden, da durch dieses in erster Linie das (nicht eingetragene) Recht des Nacherben betroffen würde. AM. KGJ. **42** A 228, oben zu I 1. Deshalb ist die Sache gemäß § 79 GBO. dem RG. vorgelegt worden.

II. Vertretung des Nacherben durch den Vorerben. Die Entsch. des BayObLG. u. des RG. — JDR. **11** Ziff. III a u. b zu §§ 2113 ff. — auch DJZ. **13** 107.

III. Der alleinige Vorerbe als Bevollmächtigter des Erblassers. KGJ. **43** A 157. Eine dem Machtgeber für sich und seine Erben

erteilte Vollmacht, ihn in allen seinen Angelegenheiten zu vertreten, hat dann keine Geltung über den Tod des Machtgebers hinaus, wenn der Bevollmächtigte der alleinige Vorerbe des Machtgebers ist. Dies aus denselben Erwägungen, aus denen **RG. 77** 177 — IDR. **10** Ziff. 1 zu § 2197 — die Frage verneint wird, ob der alleinige Vorerbe wirksam zum Testamentsvollstrecker, insbesondere für den Nacherben, ernannt werden könne.

IV. Beeinträchtigung des Rechtes des Nacherben. 1. **RG.** R. **13** Nr. 3260, 3261. Die Unwirksamkeit nach § 2113 tritt allerdings nur bei solchen Verfügungen des Vorerben ein, die das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen, eine solche Beeinträchtigung liegt aber schon in der einseitigen Bestellung eines dinglichen Rechtes auch dann, wenn die Nacherben aus den zugrunde liegenden Rechtsgeschäften obligatorisch verhaftet waren. Die nach § 2113 eintretende Unwirksamkeit wirkt absolut, also gegenüber jedem Dritten, nicht nur zugunsten des Nacherben.

2. **RG.** PosMSchr. **13** 37. Hat ein Vorerbe, der mit dem Erblasser Mitberechtigter eines Grundstücks zur gesamten Hand war, an dem ganzen Grundstück eine Grundschuld bestellt, so wird bei dem Eintritte der Nacherbfolge die Eintragung unwirksam, soweit das Recht des Nacherben beeinträchtigt ist. Dahingestellt gelassen wird, ob die nachträgliche Unwirksamkeit der ganzen Eintragung anzunehmen sei oder ob umgekehrt, weil der Anteil des Erblassers keinen bestimmten Bruchteil darstelle, die Eintragung solange wirksam bleibe, bis der Gläubiger aus der Grundschuld hinsichtlich des Grundstücksanteils des Vorerben befriedigt sei.

V. Entgeltliche oder unentgeltliche Verfügung. **RG. 81** 364, IW. **13** 494, R. **13** Nr. 966. Wenn, wie dem § 2113 Abs. 2 zu entnehmen, entgeltliche Verfügungen über Nachlaßgegenstände dem Vorerben grundsätzlich nicht verwehrt sind, so liegt dem der Gedanke zugrunde, daß hierbei als Gegenleistung für die aus dem Nachlasse fortgegebenen Gegenstände dem Nachlasse regelmäßig andere Werte zufließen, die nach den Surrogationsgrundsätzen des § 2111 Bestandteile des Nachlasses werden. Deshalb liegt es im Sinne des Gesetzes, bei der Beurteilung der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit einer vom Vorerben getroffenen Verfügung für sich allein weder den objektiven noch den subjektiven Maßstab entscheiden zu lassen, vielmehr den Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung (§§ 2120, 2130) heranzuziehen und danach zu prüfen, ob und inwieweit ein Vorerbe, der auf eine künftige Herausgabeverpflichtung gebührend Rücksicht nimmt, über Nachlaßgegenstände verfügen durfte.

VI. Vgl. auch unten **RG.** Ziff. 2 b zu § 2313 (Bewertung eines Nacherbenrechts bei Berechnung des Pflichtteils.)

§ 2115. Die Entsch. des **RG.** — IDR. **11** zu § 2115 — auch **RG. 80** 30, SeuffA. **68** 192.

§§ 2121, 2127. 1. OLG. **26** 337 (Braunschweig). Der Vorerbe ist zur eidlichen Bekräftigung des von ihm dem Nacherben mitgeteilten Verzeichnisses der Erbschaftsgegenstände an sich nicht verpflichtet. § 2121 begnügt sich, den Vorerben zur Aufnahme und Mitteilung des Nachlaßverzeichnisses unter Anordnung bestimmter Sicherungsmaßregeln für die Richtigkeit des Verzeichnisses zu verpflichten. Eine Auskunftspflicht — und zwar hinsichtlich des jeweiligen Bestandes der Erbschaft — hat das Gesetz, wie § 2127 gegensätzlich klar stellt, nur auferlegt, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Vorerbe durch seine Verwaltung die Rechte des Nacherben erheblich verletze (OLG. **21** 325, BayObLG. R. **03** Nr. 2397, IDR. **9** Ziff. 1 zu § 2021, **2** zu § 2127.)

2. Vgl. auch unten Ziff. 1 zu § 2218 (Auskunftspflicht des Testamentsvollstreckers).

§ 2130. 1. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 833. Zur ordnungsmäßigen Verwaltung im Sinne des § 2130 gehört auch eine verkehrsübliche Versicherung sowohl des Vermögens im ganzen wie auch einzelner Gegenstände. Außer Betracht bleibt aber die Haftpflichtversicherung.

2. OLG. **26** 328 (KG.). Eine inhaltlich dem § 52 GBO. entsprechende Eintragung des Rechtes des Nacherben gibt diesem das Recht, durch den Nachweis, daß der Fall der Nacherbfolge eingetreten sei, die Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO. herbeizuführen.

3. Vgl. auch oben Ziff. V zu § 2113 ff.

§ 2136. 1. Nachweis der Entgeltlichkeit. a) **RG.** JW. **13** 494 sieht in einem Vergleich über einen gegen den Nachlaß erhobenen Anspruch eine unentgeltliche Verfügung des befreiten Vorerben. b) OLG. **26** 326 (KG. 1. Feriensen.). Eine einseitige Erklärung des Vorerben reicht zum Beweise der Entgeltlichkeit nicht aus. Dies gilt besonders für das Empfangsbekenntnis in einer Quittung (OLG. **21** 327, **RG. 70** 333), mag auch darin die Zahlung der Schuld durch eine Stadtgemeinde behauptet sein. Die Einreichung der Urkunde durch den Magistrat zur Begründung des Löschungsantrags ist einer ausdrücklichen Erklärung des Vertragsgegners über die Entgeltlichkeit des Geschäfts nicht gleichzustellen.

2. a) Dagegen SeuffA. **68** 215, SchlHolstAnz. **13** 41 (KG.). Die Entgeltlichkeit einer Verfügung ist durch die Sachlage ausgeschlossen, wenn die Bewilligung des Vorerben Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Geschäfts ist (KGJ. **38** A 223) oder wenn die von dem Vorerben erklärte Auflassung auf einem notariell beurkundeten Kaufvertrage beruht (RJA. **11** 123, OLG. **24** 87). Wenn ElsLothNotZ. **12** 119 (Colmar), JDR. **11** Ziff. II 1 zu § 2136, eine andere Auffassung vertritt, so nötigt dies nicht zur Vorlegung der Sache an das RG. (§ 79 GBO.), da der Standpunkt des KG. sich an die Entsch. **RG. 69** 257, 260, JDR. **7** Ziff. IV 2 zu § 2113, anlehnt und diese auch auf Fälle überträgt, die dem RG. noch nicht vorgelegen haben. Das gleiche gilt gegenüber RJA. **11** 300 (BayObLG., JDR. **11** Ziff. III zu § 2136), vgl. aber auch BayObLG. **13** 176, DJZ. **13** 927, JDR. **11** Ziff. II 2 a zu § 2136. b) SächsOLG. **34** 52. Die Entgeltlichkeit einer Auflassung kann aus dem Inhalte des ihr zugrunde liegenden Kaufvertrags gefolgert werden. c) KGJ. **43** A 263, OLG. **26** 323. Die Aufhebung einer an letzter Stelle stehenden Eigentümergrundschuld ist stets ein entgeltliches Geschäft, falls nicht gleichzeitig mit der Löschung eine neues Recht eingetragen wird, denn der Eigentümer erhält für die Aufhebung der Eigentümergrundschuld den Entgelt durch den Erwerb des dadurch freigewordenen Ranges. d) Die Entsch. DNotV. **12** 821 (KG.) — JDR. **11** Ziff. II 2 d zu § 2136 — auch OLG. **26** 323. e) Busse, R. **13** 599, befürwortet folgende Gesetzesbestimmung (etwa als § 36 a GBO): „Zum Nachweise der Entgeltlichkeit einer Verfügung des befreiten Vorerben ist seine eidesstattliche Versicherung erforderlich und genügend. Die Versicherung bedarf der im § 29 Abs. 1 GBO. vorgeschriebenen Form."

3. Löschung des Nacherbenvermerkes (JDR. **11** Ziff. III 2 zu § 2136). BayObLG. **13** 609, BayNotZ. **13** 50, OLG. **26** 322, ZBlFG. **13** 544, R. **13** Nr. 107. Die Eintragung des Rechtes des Nacherben ist von Amts wegen zu löschen, wenn dem Grundbuchbeamten durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird, daß der Nacherbe der Verfügung des Vorerben zugestimmt hat oder daß die Verfügung des befreiten Vorerben eine entgeltliche ist.

§ 2137. 1. Die Entsch. SächsOLG. **33** 326 — JDR. **11** zu § 2137 — auch OLG. **26** 338.

2. KGJ. **44** A 77. Im § 2137 Abs. 2 wird nicht die Rechtsfolge einer dem Vorerben vom Erblasser eingeräumten Verfügungsmacht im gesetzestechnischen Sinne der „Verfügung" festgesetzt, sondern eine Regel für die Auslegung eines den Lebensverhältnissen entsprechenden Ausdrucks gegeben. Vgl. auch unten Ziff. 1 zu § 2363.

§ 2142. **RG.** **80** 377, SeuffA. **68** 322, JW. **13** 136, R. **13** Nr. 215, 216. Der Nacherbe kann die Erbschaft annehmen, sobald der Erbfall eingetreten ist, auch wenn ihm die Erbschaft noch nicht angefallen ist; denn § 1946 ist dahin auszulegen, daß in Ansehung sämtlicher Erbfälle der gleiche Zeitpunkt sowohl für die Annahme als auch für die Ausschlagung der Erbschaft der maßgebende ist. Eine solche Erbschaftsannahme ist nicht in der bloßen Wahrnehmung von Rechten und Pflichten zu finden, die, unabhängig davon, ob der Nacherbe die Erbschaft bereits angenommen hat oder nicht, während der Dauer der Vorerbschaft im Verhältnisse zwischen dem Vorerben und dem Nacherben bestehen.

Zweiter Titel. Vermächtnis.

§ 2147. 1. OLG. **26** 340 (Naumburg). Hat der Erblasser Dritten eine Summe, welche dem halben Werte des abgeschätzten Nachlasses entspricht, als Vermächtnis zugewendet, so muß es als im Sinne des Erblassers liegend angesehen werden, daß mit dem Vermächtnis auch der Anspruch auf Auskunftserteilung über die Höhe der Erbschaft als mitvermacht gilt. Denn ohne zu wissen, wie groß der Nachlaß ist, können die Bedachten ihren Anspruch auf Herausgabe des Vermächtnisses nicht wirksam geltend machen.

2. Vgl. auch oben Ziff. III u. IV zu § 2087 BGB.

§ 2150. 1. **RG.** PosMSchr. **13** 66. Ein Vorausvermächtnis kann auch dem Alleinerben zugewendet werden, da auch für ihn diese Form der Zuwendung unter Umständen (vgl. §§ 2085, 2110 Abs. 2, 2373) von besonderem Werte sein kann.

2. Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 2048.

§ 2158. SächsRpflA. **13** 72 (Dresden). Auch bei Summenvermächtnissen kann ein Anwachsungsrecht bestehen.

§ 2161. **RG.** R. **13** Nr. 1615. Es liegt nicht in jeder Vermächtnisanordnung eine Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge. Daß auch ein Erbe Vermächtnisnehmer sein kann, läßt sich nicht bestreiten (vgl. § 2150). Daher wird eine Vermächtnisanordnung nicht schon deshalb unwirksam, weil der Bedachte infolge Ausschlagung eines eingesetzten Erben Miterbe wird.

§ 2165. **RG.** WarnE. **6** 297. Für die Frage, ob ein Vermächtnisnehmer die Beseitigung der Rechte verlangen darf, mit denen der vermachte Gegenstand belastet ist, ist ausschließlich der Wille des Erblassers maßgebend. Das Gesetz begnügt sich damit, im § 2165 Abs. 1 eine dem Vermächtnisnehmer nachteilige Auslegungsregel zu erteilen, für deren Anwendung kein Raum bleibt, wenn der gegenteilige Wille des Erblassers außer Zweifel steht.

§§ 2167, 2168. *Stillschweig (s. oben zu § 1132 Ziff. 6). Die Auslegungsregeln der §§ 2167, 2168 gelten auch, wenn der Erblasser einem Dritten den ideellen Anteil seines belasteten Grundstücks vermacht hat, während das Grundstück im übrigen zur Erbschaft fällt.

§ 2170. HansGZ. **13** Beibl. 61 (Hamburg). Die Verschaffung vermachter Gegenstände bedeutet deren Erwerb, d. h. deren Auslieferung frei von Rechten Dritter.

§ 2176. SächsRpflA. **13** 489 (Dresden). Ist der „Rest des Reinnachlasses" vermacht, so tritt die Fälligkeit des Vermächtnisses erst ein, wenn sich ein sicherer Überblick über die mit dem Nachlasse verbundenen Auf-

wendungen gewinnen und danach der dem Vermächtnisnehmer verbleibende Rest sich berechnen läßt. Allerdings darf der Erbe den Eintritt der Fälligkeit nicht nach Belieben hinausschieben, vielmehr unterliegt seine Verpflichtung dem § 242 BGB.

§ 2177. Bedingte Vermächtnisse. 1. **RG.** PosMSchr. **13** 64. Hat der Erblasser einem seiner Angestellten für den Fall, daß dieser zu einem bestimmten Zeitpunkte noch angestellt sein werde, etwas vermacht, so ist eine Auslegung der Anordnung nicht zu beanstanden, die dahin geht, der Bedachte solle die Zuwendung nicht geltend machen dürfen, wenn er vor dem Zeitpunkt aus wichtigen, wenn auch zum Teile in die Lebenszeit des Erblassers fallenden Gründen von den Testamentsvollstreckern des Erblassers aus dem Dienste entlassen werde.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2883. Die Bestimmung eines Testaments, daß der Bedachte ein Vermächtnis dem Stamme nach nicht vor Erfüllung des 25. Lebensjahrs erhalten, sondern erst mit diesem Zeitpunkte zur freien Verfügung über den ihm anfallenden Stamm des Vermächtnisses gelangen solle, gestattet die Auslegung, daß das Vermächtnis dem Bedachten bereits mit dem Erbfall anfallen, der Bedachte aber für eine bestimmte Zeit in der Verfügung über den Gegenstand beschränkt sein solle. Eine gleichwohl bereits in jener Zeit über den Gegenstand des Vermächtnisses (z. B. durch Abtretung) vorgenommene Verfügung ist zwar dem Testamentsvollstrecker gegenüber zunächst unwirksam, sie wird aber vollwirksam an dem Tage, an dem der Bedachte das bestimmte Alter erreicht hat oder erreicht hätte (vgl. § 185 Abs. 2 BGB.).

3. BadRpr. **13** 21 (Karlsruhe). Eine testamentarische Bestimmung dahin „Mein Sohn soll, wenn meine Tochter das ihr zufallende Anwesen verkauft hat, von ihr 6000 M. erhalten. Von diesem Kapitale muß sie von meinem Todestag an bis zu dem genannten Zeitpunkte meinem Sohne den 4 pCt. jährlichen Zins bezahlen", enthält nicht ein aufschiebend bedingtes oder durch Bestimmung eines Anfangstermins befristetes, sondern ein sofort anfallendes Vermächtnis, bei dem lediglich die Fälligkeit hinausgeschoben wurde.

4. OLG. **26** 339 (Rostock). Der Vater des Beklagten hat letztwillig bestimmt: „Unter der Bedingung, daß meine Wirtschafterin A. auch nach meinem Tode bei meinem Sohne Joachim bleibt und ihm lebenslänglich die Wirtschaft führt, vermache ich ihr in Anerkennung ihrer treuen Dienste ein Kapital von 6000 M., das ihr nach dem Ableben meines Sohnes aus dessen Nachlaß ungekürzt auszuzahlen ist; sollte mein Sohn sich aber mit ihr nicht vertragen können und sie entlassen, so soll sie von ihm 3000 M. erhalten". Der Sohn der nach dem Erblasser verstorbenen Wirtschafterin verlangt von dem (geisteskranken) Beklagten die Zahlung von 3000 M. Die Klage ist abgewiesen. Die Bedingung der Zuwendung des Vermächtnisses (§ 2074) ist nicht eingetreten; die Annahme, daß der Erblasser die Erben der A. hat bedenken wollen, erscheint nach dem Inhalte der Bestimmung ausgeschlossen. Für die Annahme, daß der Erblasser, wenn er an den Fall einer Dienstunfähigkeit der A. gedacht hätte, ihr 3000 M. zugewendet hätte, fehlt es an jeder Unterlage.

§ 2184. OLG. **26** 342 (Braunschweig). Das Vermächtnis einer Geldsumme fällt nicht unter § 2184; Zinsen können nur als Verzugszinsen (§§ 284, 285, 288 BGB.) in Betracht kommen.

§ 2191. ZBlFG. **14** 359 (LG. Leipzig). Das Rechtsverhältnis zwischen Vermächtnisnehmern und Nachvermächtnisnehmern ist lediglich obligatorischer Natur und daher zur Eintragung im Grundbuche nicht geeignet.

Fünfter Titel. Auflage.

Vgl. oben Ziff. 1 und 3 a zu § 1940 und Ziff. V zu § 2087 (Erbeinsetzung oder Auflage?)

Sechster Titel. Testamentsvollstrecker.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel ist über eine außerordentliche Fülle höchstrichterlicher Entscheidungen zu berichten. Zu § 2202 (Ziff. 1) spricht das OLG. Colmar den vor Annahme des Amtes vorgenommenen Handlungen des Testamentsvollstreckers jede Wirksamkeit ab. — Aus der Rechtsstellung, die der Testamentsvollstrecker als Inhaber eines Amtes zu eigenem Rechte bekleidet, folgert das RG. (Ziff. 1 und 2 zu § 2203), daß dem Testamentsvollstrecker das Armenrecht persönlich nicht bewilligt werden könne und ein Wechsel in der Person des Testamentsvollstreckers die Unterbrechung eines von ihm ohne Prozeßbevollmächtigten geführten Rechtsstreits zur Folge habe, anderseits aber zur Einlegung eines Rechtsmittels nur derjenige berechtigt sei, der zur Zeit der erforderlichen Einlegung Testamentsvollstrecker ist. — Daß der Testamentsvollstrecker nicht Repräsentant des Erblassers sei und daher auf seine Bewilligung (ohne den Nachweis der Erbfolge) ein für den Erblasser eingetragenes Recht nicht auf den Namen des Erben umgeschrieben werden könne, wird KGJ. **44** A 231 (Ziff. 4 zu § 2203) näher dargelegt. — Über den Nachweis der Entgeltlichkeit, wenn ein Testamentsvollstrecker über Nachlaßwerte verfügt, verhält sich die Entsch. des KG. in OLG. **26** 351 (Ziff. 3 zu § 2205). — Über die Frage, ob ein Testamentsvollstrecker zu dem Zwecke bestellt werden könne, zu dinglichen Verfügungen des Erben (Vorerben) seine Zustimmung zu erteilen, sind anscheinend das KG. (KGJ. **44** A 81) und das OLG. Rostock (SeuffA. **68** 321) verschiedener Meinung (vgl. Ziff. 1 und 2 zu § 2208), indem das OLG. Rostock die Frage verneint, das KG. sie bejaht und nur eine Anordnung für unwirksam erachtet, die zur Eingehung einer persönlichen Verpflichtung des Vorerben das Erfordernis der Zustimmung des Testamentsvollstreckers mit Wirkung gegenüber dem Dritten aufstellt. — RG. **82** 149 (zu § 2211) bejaht die Zulässigkeit einer Leistungsklage, mit der der Testamentsvollstrecker dem Erben gegenüber einen Nachlaßgegenstand, weil er ihm, dem Testamentsvollstrecker, auf Grund der letztwilligen Verfügung gebühre, für sich in Anspruch nimmt. — Über das Erbrecht des vom Erblasser eingesetzten Erben darf der Testamentsvollstrecker nicht verfügen, RG. **81** 151 (zu § 2213). — In einer lehrreichen Entsch. (zu § 2214) setzt das RG. auseinander, daß § 2214 BGB. der Geltendmachung von Rechten auf Grund eines an Nachlaßgegenständen bestehenden dinglichen Rechtes gegen den Testamentsvollstrecker nicht entgegenstehe und der Inhaber der elterlichen Gewalt nicht behindert sei, die ihm auf Grund seines gesetzlichen Nutznießungsrechts zustehenden Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker zu erheben, während im Falle der Entziehung der Verwaltung nach § 1656 BGB. der Gewalthaber wegen Herausgabe der ihm zustehenden Nutzungen sich nur an den zur Verwaltung des Vermögens bestellten Pfleger halten könne. — Über Zeit und Art der Rechnungslegung des Testamentsvollstreckers vgl. RG. Ziff. 2 zu §§ 2215, 2218.

§ 2198. Die Entsch. KGJ. **42** A 219 — JDR. **11** zu § 2198 — auch R. **13** Nr. 405.

§ 2200. **RG.** MecklZ. **32** 272, WarnE. **6** 296 (in Bestätigung von OLG. **26** 344, MecklZ. **32** 268 [Rostock]). Ist eine in einem Testament angeordnete Pflegschaft rechtlich unmöglich und deshalb die hierauf abzielende Anordnung des Testaments selbst nichtig, so kann doch (§ 140 BGB.) die Anordnung in dem Sinne der Ernennung eines Testamentsvollstreckers verstanden und daher (vgl. § 2084) aufrecht erhalten werden. Dann enthält aber auch die weitere testamentarische Anordnung, das Gericht solle anstatt der weggefallenen „andere zuverlässige Pfleger berufen und bestellen", unzweideutig das an das Nachlaßgericht gestellte Ersuchen im Sinne des § 2200.

§ 2202. 1. OLG. **26** 349, ElsLothJZ. **13** 274, ElsLothNotZ. **13** 121 (Colmar). Ein Testamentsvollstrecker kann erst nach Beginn seines Amtes — also

wenn er die Annahme seines Amtes gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt hat — rechtswirksame Verfügungen treffen. Früher getroffene Verfügungen werden auch nicht durch die später erklärte Annahme des Amtes rechtswirksam. Hat ein Notar (im Gebiete des rheinischen Rechtes) die Annahmeerklärung zusammen mit der Auflassung in einem Protokolle beurkundet und das Protokoll der als Grundbuchamt zuständigen Abteilung des AG. eingereicht, so bedarf es einer besonderen Kundgebung, daß hiermit auch die Erklärung der Annahme des Testamentsvollstreckeramts dem Nachlaßgerichte gegenüber abgegeben sein solle, anderenfalls kann die Erklärung nicht als dem Nachlaßgerichte zugegangen angesehen werden.

2. **a)** **RG. 81** 166, JW. **13** 379, DJZ. **13** 410, R. **13** Nr. 529, 530, 531. Zur Annahme des Testamentsvollstreckeramts genügen allerdings nicht bloß schlüssige Handlungen, doch kann eine Eingabe an das Nachlaßgericht, in der unter Berufung auf die Eigenschaft als Testamentsvollstrecker Anträge auf Erteilung von Abschriften gestellt werden, den Willen der Amtsübernahme, wenn auch in anderem Zusammenhange, genügend zum Ausdrucke bringen. Vgl. auch unten zu § 2225 (Beendigung des Amtes). **b)** Ebenso **RG.** WarnE. **7** 90.

3. KGJ. **43** A 86. Mit dem Ablaufe der auf Grund des § 2202 Abs. 3 bestimmten Erklärungsfrist gilt das Testamentsvollstreckeramt auch dann als abgelehnt, wenn der Betroffene während der Frist der Ansicht war, daß er nicht zum Testamentsvollstrecker ernannt sei, und gegen die Fristbestimmung die sofortige Beschwerde eingelegt hatte.

§ 2203. 1. Keine Bewilligung des Armenrechts für den Testamentsvollstrecker. **RG. 81** 292, SeuffA. **69** 116, GruchotsBeitr. **57** 1059, JW. **13** 384, WarnE. **6** 211, R. **13** Nr. 706. Der Testamentsvollstrecker ist nicht gesetzlicher Vertreter des Erben, sondern als Partei kraft des ihm übertragenen Amtes Vertreter seiner Interessen. Auch der Nachlaß als juristische Persönlichkeit führt den Prozeß nicht, und bezüglich seiner würden auch die Voraussetzungen des § 114 ZPO. schon begrifflich versagen. Einem Testamentsvollstrecker persönlich kann daher das Armenrecht nicht bewilligt werden, ebensowenig wie dem Konkursverwalter (**RG. 33** 367) oder dem Nachlaßverwalter (**RG. 65** 287, JDR. **6** zu § 1985).

2. Wechsel in der Person des Testamentsvollstreckers während des Schwebens eines Rechtsstreits. **RG.** BayRpflZ. **13** 277, WarnE. **6** 398. Der Testamentsvollstrecker ist nicht Vertreter eines anderen, insbesondere nicht des Erben, sondern Inhaber eines (nicht öffentlichen) Amtes zu eigenem Rechte (**RG. 56** 327, **61** 139, (JDR. **3** zu § 2213, **4** zu §§ 2203—2205). Demgemäß tritt er im bürgerlichen Verkehr als selbständiger Vertragsteil und im Prozeß als Partei auf. Aber er ist eine Partei besonderer Art, obgleich die Rechte und Pflichten, die den Gegenstand des Prozesses bilden, ihm nicht für seine Person zustehen. Diese Eigenart seiner Stellung bringt es mit sich, daß er, obgleich er selbst Vertragsteil ist, Rechte und Verbindlichkeiten nicht in seiner Person, sondern für und gegen den Nachlaß zur Entstehung bringt (**RG. 56** 330, **59** 361, **68** 258, **76** 126, JDR. **3** zu § 2213 und §§ 2205, 2206, **7** Ziff. 2 zu §§ 2205, 2216). Aber auch für den Prozeß ist zu beachten, daß er nur formell, nicht materiell Partei ist, und es sind aus diesem Grunde auch nicht immer die für die Parteien geltenden Grundsätze, sondern vielfach und insbesondere da, wo die materiellen Wirkungen entscheiden, die Vorschriften über die gesetzlichen Vertreter sinngemäß anzuwenden. — Daraus folgt zunächst in entsprechender Anwendung des § 241 ZPO., daß mit dem Wechsel in der Person des Testamentsvollstreckers eine Unterbrechung des Verfahrens eintritt, wenn der Testamentsvollstrecker

durch einen Prozeßbevollmächtigten nicht vertreten gewesen ist. Ferner aber steht die Befugnis zur Einlegung eines Rechtsmittels nur demjenigen zu, der zur Zeit der erforderlichen Einlegung Testamentsvollstrecker ist; denn die Wirkungen des Urteils treffen nicht den Testamentsvollstrecker persönlich, sondern den Nachlaß.

3. Ausführung der letztwilligen Verfügung. **RG.** R. **13** Nr. 2309. Hat ein Erblasser, der der Familie dauernd den Genuß bestimmter Vermögensgegenstände sichern wollte, die Rechtsform in das Ermessen des von ihm ernannten Testamentsvollstreckers gestellt, so ist dieser nicht behindert, die Form der Familienstiftung statt der eines Familienfideikommisses zu wählen.

4. Keine Repräsentation des Erblassers durch den Testamentsvollstrecker. KGJ. **44** A 231, RJA. **13** 57, R. **13** Nr. 1316. Ein im Grundbuche für einen Erblasser eingetragenes Recht kann nicht auf Grund der Bewilligung des Erben oder des Testamentsvollstreckers (§ 22 GBO.), sondern nur auf Grund des Nachweises der Erbfolge auf den Erben umgeschrieben werden. Eine Repräsentation des Erblassers (als des passiv Beteiligten) durch den Testamentsvollstrecker ist dem geltenden Rechte fremd. Übereinstimmend SeuffA. **57** 254 (Dresden), Kretzschmar, ZBlFG. **2** 719.

§ 2205. 1. Verfügungsbefugnis. OLG. **26** 351, MecklZ. **32** 309 (Rostock). Der Testamentsvollstrecker, mag er Miterbe sein oder nicht, ist zu allen Verfügungen, auch solchen zu seinen Gunsten, berechtigt, falls nicht ein abweichender Wille des Erblassers erhellt oder ein offenbarer Interessenwiderspruch vorliegt.

2. Anlegung der Nachlaßwerte. KGJ. **44** A 87, R. **13** Nr. 862 Für den Testamentsvollstrecker besteht keine gesetzliche Verpflichtung, Nachlaßgeld nach den für Mündelgeld geltenden Vorschriften anzulegen und die seiner Verwaltung unterliegenden Wertpapiere (bei einer Hinterlegungsstelle oder der Reichsbank) zu hinterlegen. Dies gilt auch dann, wenn ein Nacherbe vorhanden ist.

3. Satz 3. Unentgeltliche Verfügung. OLG. **26** 351 (KG.). Da der Testamentsvollstrecker nach § 2205 Satz 3, von Ausnahmefällen abgesehen, zu unentgeltlichen Verfügungen nicht berechtigt ist, muß im Grundbuchverkehre nachgewiesen werden, daß bei seinen Eintragungsbewilligungen keine unentgeltliche Verfügung vorliegt. Dieser Beweis kann jedoch nicht nur mit öffentlichen Urkunden (§ 29 GBO.), sondern mit allen Beweismitteln geführt werden (**RG. 65** 222, JDR. **6** Ziff. 1 a zu § 2136 BGB.), er kann sich auch ohne weiteres aus der Sachlage ergeben. Ist die Erklärung des Testamentsvollstreckers, die Abtretung der Hypotheken sei fiduziarischer Natur, nicht zu bezweifeln, so steht keine unentgeltliche Verfügung in Frage. Bei einer fiduziarischen Rechtsübertragung wird im Verhältnis unter den Beteiligten an dem bestehenden Rechtszustande nichts geändert, der Empfänger daher nicht auf Kosten des Übertragenden bereichert.

4. Vergütung. HansGZ. **13** Beibl. 291 (Hamburg) erachtet im gegebenen Falle einen Satz von zwei v. H. des Bruttonachlasses als eine angemessene Vergütung des Testamentsvollstreckers. (Der Nachlaß befand sich in Bielefeld, der Testamentsvollstrecker wohnt in Bremen, berücksichtigt ist die größere Kompliziertheit der Verwaltung, das Risiko des Testamentsvollstreckers, das die Verwaltung mit sich bringt, und die in der Ernennung des Testamentsvollstreckers liegende besondere Fürsorge für den zum Testamentsvollstrecker Ernannten).

§ 2208. Die Bestellung eines Testamentsvollstreckers dazu, daß er zur Eingehung persönlicher oder dinglicher

Verpflichtungen des Vorerben seine Zustimmung erteile. 1. KGJ. **44** A 81, OLG. **26** 346, PosMSchr. **13** 7, DNotV. **13** 353, DJZ. **13** 981. Ein Mindestumfang der Rechte des Testamentsvollstreckers ist im BGB. nicht vorgeschrieben. Zulässig ist daher die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nur zu dem Zwecke, daß er zu (dinglichen) Verfügungen des Vorerben seine Zustimmung oder Genehmigung erteile. Dagegen kann zur Eingehung einer persönlichen Verpflichtung seitens der Vorerben, mag sich diese Verpflichtung auch auf einen Nachlaßgegenstand beziehen, die Zustimmung des Testamentsvollstreckers mit Wirkung gegenüber dem Dritten (anderen Vertragsteile) nicht für erforderlich erklärt werden; denn es würde dies einen Eingriff in die Geschäftsfähigkeit des Vorerben bedeuten, die auch durch eine in vollem gesetzlichen Umfang angeordnete Testamentsvollstreckung nicht rechtswirksam herbeigeführt werden könnte.

2. SeuffA. **68** 321 (Rostock). Der Erblasser kann das Recht der Erben, über ihren Erbteil (dinglich) zu verfügen, nicht von der Zustimmung des Testamentsvollstreckers abhängig machen (§ 137 BGB.). Das Erbrecht des einzelnen Miterben ist kein Forderungsrecht, auf das daher auch § 399 BGB. keine Anwendung findet.

§ 2209. 1. WürttJ. **25** 26, BuschsZ. **13** 171, R. **13** Nr. 1317 (Stuttgart). Die letztwillig verfügte Zuwendung des unbeschränkten Verwaltungs- und Veräußerungsrechts an den überlebenden Ehegatten kann nach den Umständen des Falles als Bestellung zum Testamentsvollstrecker aufrecht erhalten werden (§ 2084).

2. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **11** zu § 2209 — auch DJZ. **13** 359.

§ 2211. **RG. 82** 149, JW. **13** 741, R. **13** Nr. 1764. Der zwischen einem Testamentsvollstrecker und einem Erben bestehende Streit, ob auf Grund der letztwilligen Verfügung des Erblassers ein zum Nachlasse gehöriger Gegenstand dem Testamentsvollstrecker für seine Person gebührt, kann zwischen beiden nicht nur im Wege der Feststellungsklage zum Austrage gebracht werden, vielmehr steht rechtlich nichts im Wege, daß der Testamentsvollstrecker gegen den Erben die Leistungsklage erhebt. In Ansehung der geforderten Leistung begibt er sich damit der eigenen Verfügung über den Nachlaßgegenstand und überläßt diesen zum Zwecke der Erfüllung der streitigen Verbindlichkeit dem Erben. Seine Befugnis hierzu ist zumal dann nicht zu bezweifeln, wenn zwischen ihm und dem Erben ein Widerstreit der Interessen besteht. Vgl. auch Ziff. 4 zu § 2238.

§ 2213. **RG. 81** 151, JW. **13** 332, HansGZ. Beibl. **13** 251, R. **13** Nr. 363. Gegen einen Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, können nach § 2213 Ansprüche erhoben werden, die sich gegen den Nachlaß richten, mit Ausnahme von Pflichtteilsansprüchen. Dagegen steht dem Testamentsvollstrecker nicht die Befugnis zu, über das Erbrecht der vom Erblasser eingesetzten Erben zu verfügen. Die mit der Erbschaftsklage (§ 2018) verfolgten Ansprüche auf Herausgabe des Nachlasses als Ganzen sind von dem das Erbrecht in Anspruch nehmenden Kläger gegen diejenigen zu richten, die für sich als Erben den Nachlaß beanspruchen.

§ 2214. Ansprüche auf Grund eines an Nachlaßgegenständen bestehenden dinglichen Rechtes gegen den Testamentsvollstrecker. **RG.** JW. **13** 740, BayRpflZ. **13** 401, WarnE. **6** 445, R. **13** Nr. 1755, 1765. Durch §§ 2214 wird es allerdings ausgeschlossen, daß Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlaßgläubigern gehören (vgl. § 1967 Abs. 2), sich an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände halten können. Nicht durch § 2214 werden aber diejenigen betroffen, die ein dingliches Recht an den Erbschaftsgegenständen haben, das vermöge

seiner rechtlichen Natur gegen Beeinträchtigung durch einen jeden Dritten geschützt ist und deshalb auch einen unmittelbaren Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker gibt. Ebenso kann auch der Gewalthaber des Erben wegen seines gesetzlichen Nutznießungsrechts, das in **RG. 75** 162, JDR. **10** zu § 1656 BGB., als dingliches Recht anerkannt ist, nicht bloß auf einen Anspruch gegen den Erben verwiesen werden, vielmehr kann er die hieraus hervorgehenden Ansprüche selbst gegen den Testamentsvollstrecker erheben. Er kann, sofern die Erben sich auseinandergesetzt haben, von dem Testamentsvollstrecker verlangen, daß die auf den Erbteil entfallenden Gegenstände ihm selbst als dem Nutznießungsberechtigten überlassen werden, und er kann, sofern der Testamentsvollstrecker die ihm obliegende Auseinandersetzung (§ 2204) noch nicht bewirkt hat, gegen diesen im Interesse seines Nutznießungsrechts den Anspruch erheben, daß die Auseinandersetzung vorgenommen werde. Desgleichen kann er verlangen, daß der Testamentsvollstrecker den jährlichen Reinertrag (vgl. § 2218 Abs. 2), soweit er auf den Anteil des in seiner elterlichen Gewalt befindlichen Miterben entfällt, ihm in Höhe des Betrags, der bei richtiger Verteilung dem Miterben zukommen würde, ausantworte. — Ist dem Gewalthaber die Verwaltung des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens entzogen (§ 1656 Abs. 1), so kann er die Herausgabe der Nutzungen, soweit nicht ihre Verwendung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Vermögens und zur Bestreitung der Lasten der Nutznießung erforderlich ist, nicht gegen den Testamentsvollstrecker, sondern nur gegen den zur Verwaltung des ererbten Vermögens bestellten Pfleger richten; denn der Gewalthaber hat nur einen Anspruch auf Herausgabe derjenigen Nutzungen, die nach Abzug der Lasten der Nutznießung verbleiben, mit diesen Lasten hat aber der Testamentsvollstrecker, der nur den Nachlaß in seiner Gesamtheit zu verwalten hat, nichts zu tun.

§§ 2215, 2218. 1. **RG.** R. **13** Nr. 967. Ist die auf Erteilung eines Verzeichnisses der Nachlaßgegenstände gerichtete Klage in erster Linie auf § 2215, nötigenfalls auf § 2218 gestützt, so ist es keine Klagänderung, wenn der Kläger nach der Feststellung, daß ein Verzeichnis bereits früher erteilt ist, seinen Antrag nur noch auf § 2218 Abs. 2 stützt.

2. **RG.** JW. **13** 1150, BayRpflZ. **14** 44, R. **13** Nr. 3024, 3025, 3026. Der Testamentsvollstrecker ist zur Rechnungslegung verpflichtet, sobald er seine Aufgabe der Verwertung und Verteilung des Nachlasses im wesentlichen erfüllt hat (§ 666 BGB.). Hierzu und zur etwaigen Beeidigung der Richtigkeit des Nachlaßverzeichnisses und seiner Rechnungslegung bleibt er auch nach Beendigung seines Amtes verpflichtet. Die Verpflichtung, nach bestem Wissen die Vollständigkeit des Nachlaßbestandes zu beschwören, schließt auch die Verpflichtung in sich, den Nachlaßbestand (wozu auch etwaige Ersatzforderungen gehören) nicht der Wirklichkeit zuwider dadurch als niedriger hinzustellen, daß Ausgaben berücksichtigt werden, die gar nicht zu Zwecken des Nachlasses gemacht sind. Ein entsprechend der Eidesnorm beigefügter Zusatz ist nicht zu beanstanden.

§ 2216. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 834. Zur ordnungsmäßigen Verwaltung wird häufig auch die Pflicht zur Versicherungsnahme gehören.

§ 2218. 1. **RG.** R. **13** Nr. 221. Der Nacherbe kann von dem Testamentsvollstrecker über die Verwaltung des Nachlasses nur unter derselben Voraussetzung (§ 2127) Auskunft verlangen, unter der er sie von dem Vorerben verlangen kann, also wenn eine erhebliche Verletzung seiner Rechte als Nacherbe zu besorgen ist.

2. HansGZ. **13** Beibl. 280 (Hamburg). Als eine „länger dauernde Verwaltung" im Sinne des § 2218 Abs. 2 hat auch die bei „Konstituierung" des Nachlasses zu gelten.

§ 2224. 1. **RG.** JW. **13** 495. Ob § 2224 eine notwendige Streitgenossenschaft unter den mehreren Testamentsvollstreckern begründet, hängt davon ab, welcher Art die den Testamentsvollstreckern angesonnene Handlung ist. Auskunfterteilung und Rechnungslegung sind nicht zu den Handlungen zu zählen, die rechtswirksam nur von allen Testamentsvollstreckern gemeinschaftlich vorgenommen werden könnten.

2. Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten. a) OLG. **26** 357, ElsLothJZ. **13** 391 (Colmar). Eine Entscheidung des Nachlaßgerichts nach § 2224 Abs. 1 Satz 1 kommt nur in Frage, wenn die Tatsache feststeht, daß es sich um eine von den mehreren Vollstreckern gemeinschaftlich vorzunehmende Amtsausübung handelt, nicht aber, wenn Streit darüber herrscht, ob das Recht auf Ernennung eines Mitvollstreckers nach den Anordnungen des Erblassers von den beiden Vollstreckern gemeinschaftlich auszuüben ist oder ob jedem von ihnen ein selbständiges Ernennungsrecht zusteht. Einen solchen Streit bindend zu entscheiden, ist Sache nicht des Nachlaß-, sondern des Prozeßrichters. b) KGBl. **13** 113 (KG.). Können die mehreren nach § 2199 Abs. 1 ermächtigten Testamentsvollstrecker sich darüber, ob ein weiterer Testamentsvollstrecker zu ernennen sei, nicht einigen, so besteht eine Meinungsverschiedenheit im Sinne des § 2224, über die auf Anrufen das Nachlaßgericht zu entscheiden hat.

§ 2225. **RG.** **81** 166, JW. **13** 379, DJZ. **13** 410, R. **13** Nr. 529, 530, 531. Zur Beendigung des Amtes ist nicht eine förmliche Amtsniederlegung erforderlich, ebensowenig eine Anzeige an das Gericht von der Erledigung der Aufgabe. Durch die Übertragung der Weiterführung seiner Geschäfte auf andere Personen wird die Aufgabe des Testamentsvollstreckers nicht beendet, sie erhält nur eine andere Richtung, nämlich die, die mit der Weiterführung der Geschäfte betrauten Personen zu überwachen (vgl. **RG.** **78** 312, JDR. **11** zu § 664 BGB.). Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 2202.

§ 2226. KGJ. **43** A 88, RJA. **12** 112. Der Testamentsvollstrecker kann auch für einen Teil seines Amtes in der Weise kündigen, daß er sich die Führung des Amtes für einen bestimmten anderen Wirkungskreis vorbehält. Ist der Testamentsvollstrecker zur Ernennung eines Nachfolgers ermächtigt, so kann er bei teilweiser Kündigung einen Nachfolger für denjenigen Geschäftskreis berufen, betreffs dessen er selbst das Amt niederlegt. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen Kündigung und Nachfolgerernennung ist jedoch, daß sich ein entsprechender Wille des Erblassers feststellen läßt.

§ 2227. 1. Die Entsch. BayObLG. **13** 49 — JDR. **11** Ziff. 1 zu § 2227 — auch OLG. **26** 357, DJZ. **13** 359.

2. a) OLG. **26** 358 Anm. 1 (BayObLG.). Trotz bestehender Feindschaft ist der Testamentsvollstrecker nicht zu entheben, wenn zwischen ihm und den Erben bei ihrem Bildungsgrad ein geschäftlicher Verkehr nicht ausgeschlossen ist und dieser eine Gefährdung der Rechte der Erben nicht besorgen läßt. b) OLG. **26** 358, SeuffA. **68** 326, HansGZ. **13** Beibl. 149 (Hamburg). In der durch persönliche Feindschaft zweier den Nachlaß verwaltenden Testamentsvollstrecker herbeigeführten Schwierigkeit der gegenseitigen Verhandlungen liegt an sich noch keine Gefährdung der Nachlaßinteressen, im Gegenteile kann ein gewisses gegenseitiges Mißtrauen mehrerer miteinander arbeitender Testamentsvollstrecker den Gesamtinteressen förderlicher sein als ein allzu großes Vertrauen.

3. R. **14** Nr. 79, 80, 81 (BayObLG.). Der Umstand, daß in dem nach § 2215 aufzunehmenden Verzeichnisse die Wertpapiere nicht genau spezialisiert sind, sowie ferner, daß der Testamentsvollstrecker die Wertpapiere auf seinen Namen statt auf den der Miterben angelegt hat, enthält nicht ohne weiteres einen

Grund zur Entlassung des Testamentsvollstreckers. Auch wenn zweifellos Verstöße des Testamentsvollstreckers vorliegen, kann von dessen Entlassung abgesehen werden, sofern durch diese noch größerer Schaden zu besorgen ist.

4. OLG. **26** 360, HansGZ. **13** Beibl. 201 (Hamburg) bringt den § 2227 auf das Verhältnis des Samtgutsverwalters zur Witwe (§ 17 Abs. 2 Hamb. GüterstandsG.) zur entsprechenden Anwendung.

5. Vgl. auch oben **RG. 81** 166 Ziff. 2 zu § 2202 und zu § 2225 (Annahme und Beendigung des Amtes als Testamentsvollstrecker).

Siebenter Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Vorbemerkung: Bemerkenswert sind die Aufsätze von Danz (Ziff. III 1 a und 2 b β zu § 2231), die sich mit dem eigenhändigen Testamente befassen und einerseits strenge Formerfüllung verlangen, anderseits einem undatierten Testamente, wenn zweifellos der Verfasser damit eine wirkliche letztwillige Verfügung hat errichten wollen, Wirksamkeit zusprechen wollen. Nach beiden Richtungen sind diese Ausführungen auf (wohl begründeten) Widerspruch gestoßen. Dem Versuche von Hellmann, das sog. testamentum mysticum nach dem Rechte des BGB. für zulässig hinzustellen, sind Goldmann und Kretzschmar (vgl. Ziff. 1 zu § 2238 mit überzeugenden Gründen entgegengetreten. — Die Rechtsprechung hat Gelegenheit gehabt, sich mit zahlreichen Einzelfragen der Testamentserrichtung zu befassen, im allgemeinen hat sie dabei die bisherige Auffassung festgehalten und vertieft. Ein gewisses Aufsehen hat die Entsch. des RG. hervorgerufen, die (vgl. Ziff. 3 a zu § 2238) erschwerende Anforderungen an die Bewirkung der Übergabe eines Testaments im Sinne des § 2238 Abs. 1 BGB. stellen zu wollen schien, und deshalb die Sache zur nochmaligen Erörterung in die Vorinstanz zurückverwiesen hatte. Die wiederholten eingehenden tatsächlichen Feststellungen haben dann aber einen Vorgang dahin ergeben (vgl. Ziff. 3 b zu § 2238), daß der Notar das in seinem Besitze befindliche Testament dem Erblasser in greifbare Nähe hingelegt und dann in Gegenwart der Testamentszeugen mit Zustimmung des Erblassers an sich genommen hat, und hierin hat das RG. den ausreichenden Nachweis der Übergabe gefunden. — Interessant, aber wohl nicht unbedenklich ist die Entsch. des KG. (vgl. Ziff. a zu § 2264), die den Beteiligten die Entnahme der Abschrift eines Testaments unter Verwendung der Photographie gestatten will.

§ 2231. Literatur: Rausnitz, Das eigenhändige Testament (3). Berlin 1913.

I. Notarielles Testament. Zuständigkeit des Notars. **a)** Dannhausen, DNotV. **13** 372 hält ein von einem preußischen Notar auf bremischem Gebiet errichtetes Testament unter der Voraussetzung des § 167 GVG. für gültig, da diese Gesetzesstelle nach §§ 2, 194 FGG. auch für Notare entsprechende Anwendung finde. **b)** Dagegen Meyer, DNotV. **13** 496: § 167 GVG. bezieht sich nur auf die Rechtshilfe, nicht auf die bloße Befugnis der Behörden zur Beurkundung von Rechtsgeschäften. Ebenso im Ergebnisse das von ihm mitgeteilte Urt. des OLG. Celle.

II. Öffentliches und Privattestament. 1. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 92. Hat ein formmangelhaftes öffentliches Testament die Form des Privattestaments, so gilt es ohne weiteres als solches. § 140 braucht dazu nicht herangezogen zu werden.

2. OLG. **26** 377 (KG.). Das eigenhändige Testament wird nicht dadurch, daß es eröffnet und zu den Testamentsakten genommen wird, zu einer öffentlichen Urkunde; diese Eigenschaft kommt vielmehr nur dem über die Eröffnung aufgenommenen Protokolle zu.

III. Eigenhändiges Testament. 1. Im allgemeinen. **a)** Danz, Das eigenhändige Testament im Lichte der Praxis, DJZ. **14** 22, fordert

getreue Formerfüllung, um zu beweisen, daß der Erklärende der freien Testierart würdig sei und sie mit Besonnenheit zu gebrauchen vermöge. b) Ring, DJZ. **14** 159, verteidigt gegenüber obigen Ausführungen von Danz das Bestreben der Gerichte, die an die Form des eigenhändigen Testaments zu stellenden Mindestanforderungen nach Möglichkeit herabzusetzen.

2. Mangel der Datierung. a) SchlHolstAnz. **13** 182 (KG.) läßt es dahingestellt, ob, wenn bei der Datierung eines eigenhändigen Testaments die Angabe der Jahreszahl weggelassen worden ist, der Mangel der Datierung dadurch als behoben angesehen werden kann, daß die Jahreszahl mit Sicherheit aus dem auf der Testamentsurkunde stehenden notariellen Beglaubigungsvermerk und dem Stempelvermerke hervorgeht, obwohl nicht außer acht zu lassen ist, daß die gedachten Vermerke nicht zur Form des eigenhändigen Testaments und als spätere Zusätze nicht zur Testamentsurkunde gehören. Vgl. auch unten Ziff. II 2 zu § 2271. b) α. *Danz, R. **13** 349, ist der Ansicht, daß, wenn es klar ist, daß der Erblasser eine wirkliche letztwillige Verfügung hat treffen wollen, das Verlangen der Ortsbezeichnung und des Datums des eigenhändigen Testaments auf etwas völlig Unverständliches, Zweckloses hinauslaufen würde, was man von einem als vernünftig vorausgesetzten Gesetzgeber nicht annehmen könne und auch die Allgemeinheit nicht annehme. β. Dagegen Weißler, DNotV. **13** 609. Das Gesetz steht als gebietende Norm über den Einzelfällen, nicht unter ihnen.

3. Eigenhändige Niederschrift. Die Entsch. SchlHolstAnz. **12** 193 (Kiel) — JDR. **11** Ziff. 2 zu § 2231 — bestätigt von **RG.** SchlHolstAnz. **13** 263 (Unwirksamkeit eines Testaments, wenn der Erblasser bei der Niederschrift einzelner Wörter und Ziffern unter der Herrschaft und Leitung des die Hand Führenden gestanden hat).

4. Entwurf. SächsOLG. **34** 228 zieht bei der Würdigung der Umstände, daß nicht ein eigenhändiges Testament, sondern nur der Entwurf zu einem solchen vorliege, in Betracht, daß der Erblasser alles nur mit Bleistift niedergeschrieben, zur Niederschrift Papier verwendet hat, wie es regelmäßig zu einer Testamentserrichtung nicht verwendet wird, daß eines der Schriftstücke von einer anderen Person mit in Tinte gehaltenen Bemerkungen verbessert ist und am Ende zwei verschiedene Daten aufweist, endlich daß das eine Schriftstück eine Lücke bei der Bezeichnung der Vermächtnisnehmer enthält.

5. Unrichtiger Vorname. **RG.** SeuffBl. **13** 322, WarnE. **6** 352. Der Gebrauch eines unrichtigen Vornamens bei der Unterschrift eines eigenhändigen Testaments macht das Testament nicht ungültig, wenn dadurch Zweifel über die Identität des Erblassers nicht entstehen, insbesondere wenn festgestellt ist, daß der Erblasser sowohl im Verkehre mit Privaten als auch im Verkehre mit Behörden sich regelmäßig des zur Unterschrift verwendeten Vornamens bedient hat. Vgl. auch unten Ziff. I 2 zu §§ 2365, 2368.

6. Unrichtiger Familienname. KGBl. **13** 98, DJZ. **14** 173 (KG.) verbleibt bei der Meinung KGJ. **31** A 109 — JDR. **5** Ziff. 2 b — gegen Thiesing, DJZ. **07** 352 — JDR. **6** Ziff. 6 b —, KG. III. — JDR. **5** Ziff. 3 c —, OLG. **16** 270 (Braunschweig) — JDR. **7** Ziff. 7 b —, wonach nach BGB. rechtswirksame eigenhändige Testamente regelmäßig mit dem Familiennamen des Erblassers unterzeichnet sein müssen. Dies gilt auch, wenn das Testament in einem an einen Verwandten oder nahen Freund gerichteten Briefe enthalten ist, da es für die Allgemeinheit bestimmt ist. Der Inhalt des Testaments ist auf dessen Form ohne Einfluß. Nur ausnahmsweise kann die Unterzeichnung mit einem anderen als dem Familiennamen als zulässig erachtet werden, z. B. bei erlauchten Personen mit dem Vornamen, bei Schriftstellern und

Künstlern mit einem angenommenen Namen oder z. B. bei Klosternonnen oder Krankenschwestern. (Der Beschluß erörtert ferner auch die Frage unter Zugrundelegung des § 578 ÖstABGB.).

7. Strafrechtliches. a) Die Entsch. des **RG.** (Straff.) — JDR. **9** Ziff. 8 zu § 2231 — auch ZBlFG. **13** 738. b) α. HessRspr. **14** 145 (Darmstadt, Straffen.). Wer, wenn auch im Auftrage des Erblassers oder mit dessen Willen, dessen Privattestament nieder= und mit dessen Namen unterschreibt, macht sich der fälschlichen Anfertigung einer Urkunde im Sinne des § 267 StGB. schuldig (vgl. **RG.** DJZ. **08** 196, JDR. **7** Ziff. 4 zu § 2231). β. Ebenso **RG.** (Straff.) SächsRpflA. **13** 533, wo ferner hervorgehoben wird, daß möglicherweise in einem solchen Falle dem Täter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seines Tuns gefehlt habe, aber der Tatbestand des § 270 StGB. vorliegen könne, wenn der Täter trotz erlangter Kenntnis von der Unechtheit und Ungültigkeit des Testaments dieses dem Nachlaßgerichte mit der Erklärung überreicht, daß es von dem Erblasser eigenhändig ge= und unterschrieben sei.

§ 2233. **RG.** ZBlFG. **14** 168, HansGZ. **13** Beibl. 275, R. **13** Nr. 681. Die Zuziehung der Zeugen ist Sache des Notars. Deshalb hat er bei der Testamentserrichtung den Erblasser auf die hinsichtlich der Zeugen bestehenden Unfähigkeitsgründe (§§ 2234—2236) aufmerksam zu machen. Der Vater des in dem Testamente zum alleinigen Erben Eingesetzten darf, zur Vermeidung der Nichtigkeit des Testaments, als Zeuge nicht zugezogen werden.

§ 2238. 1. Mystisches Testament. a) Hellmann, LeipzZ. **14** 256, ist der Ansicht, daß das sog. mystische Testament trotz der gegenteiligen Meinung der Motive (**5** 32, 293) auch nach dem Rechte des BGB. im Sinne des Gemeinen Rechtes Geltung habe, da das BGB. nicht die namentliche Bezeichnung des Erben verlange, sondern nur die Erkennbarkeit seiner Person voraussetze und da auch eine bedingte Erbeinsetzung zulässig sei. Wenn daher in einem Testamente der Erbe durch Verweisung auf eine andere Urkunde bezeichnet ist, so geschieht die Verweisung nur zur Erläuterung und zur genaueren Feststellung der sich als fertig darstellenden Verfügung.

b) Dagegen Goldmann, LeipzZ. **14** 470. Wenn das BGB. für die Erklärung des letzten Willens bestimmte Formen vorschreibt, so kann auch die Bezeichnung der Person des Erben nur in der gesetzlichen Testamentsform zum Ausdrucke gebracht werden. Erbeinsetzungen des Inhalts: „X sei mein Erbe, wenn sein Name sich auf einem Zettel geschrieben finden wird", oder: „Mein Erbe sei der, dem ich mein Reitpferd schenken werde", sind ungültig; denn damit hat sich der Erblasser die maßgebende Bestimmung über die Person des Erben vorbehalten, und das will das Gesetz nicht zulassen. Verschieden von diesen Fällen ist eine Bezeichnung des Erben durch Bezugnahme auf bereits vorliegende Urkunden, die feststehen und die der Erblasser nicht ersetzen kann. Deshalb wird Strohal (bei Planck zu § 2086) zugestimmt, wenn er es für zulässig hält, daß der Erblasser als Erben einsetze seinen Reisegenossen, den er in jüngst veröffentlichten Reisebriefen bezeichnet habe.

c) Desgl. Kretzschmar, ZBFG. **16** 565.

2. Mündliche Erklärung des Erblassers. a) ElsLothJZ. **13** 654 (Colmar). Eine bloße Verlesung des ausführlichen Testaments mit darauffolgendem „Ja" des Erblassers ersetzt nicht die mündliche Erklärung des Erblassers, wie sie § 2238 voraussetzt. b) **RG. 81** 34, JW. **13** 207, ElsLothNotZ. **13** 117. Eine der Vorschrift des § 2238 entsprechende mündliche Erklärung kann auch im Wege der Rede und Gegenrede, der Frage und Antwort zum Ausdruck gelangen, sofern die Testamentszeugen klar zu erkennen vermögen, worauf der wirkliche Wille des Erblassers gerichtet ist. Vgl. auch unten Ziff. 3 a. c) **RG.**

R. **13** Nr. 1616. Auch nach Beginn der Niederschrift kann der Erblasser noch eine rechtswirksame Erklärung im Sinne des § 2238 abgeben.

3. Erfordernisse der Übergabe. a) **RG.** 81 34, JW. **13** 207, ElsLothNotZ. **13** 117, R. **13** Nr. 222, 223. Zu einer rechtsgültigen Übergabe des Testaments an den Notar ist nicht eine unmittelbare Übergabe von Hand zu Hand erforderlich, vielmehr genügt es, wenn das Schriftstück bei dem Übergabeakte zur Stelle ist und sich im Besitze des Erblassers befindet. Vor dem Notar und den zugezogenen Zeugen muß sich der Besitzwechsel in äußerlich erkennbarer Weise vollziehen. Eine nach § 2238 rechtswirksame Übergabe kann sonach auch in der Weise zustande kommen, daß der Notar in Gegenwart der Zeugen auf Grund der erklärten Zustimmung des Erblassers das im Besitze des letzteren befindliche Schriftstück in Besitz nimmt. S. auch oben Ziff. 2 b. — Vgl. dazu die Bemerkungen DNotV. **13** 290, 393. b) **RG.** WarnE. **7** 121, R. **14** Nr. 82. Eine ausreichende Übergabe ist in dem Vorgange zu finden, daß der Notar das in seinem Besitze befindliche Testament dem Erblasser zur Empfangnahme in greifbarer Nähe hinlegt und dann in Gegenwart der Testamentszeugen mit Zustimmung des Erblassers an sich nimmt.

4. Verbindung der im § 2238 zugelassenen beiden Formen der Testamentserrichtung. **RG.** 82 149, JW. **13** 741, R. **13** Nr. 1766, 1767. Ein Testament kann auch durch eine Verbindung der beiden im § 2238 geregelten Formen der Errichtung vor einem Richter oder Notar zustandekommen, sofern nur die Zuverlässigkeit der Beurkundung des letzten Willens gewahrt wird. Deshalb können gegebenenfalls die in einer Protokollanlage enthaltenen Erklärungen des Erblassers zu einem formgültigen Bestandteile des Testaments deshalb geworden sein, weil bei dem Errichtungsakte mit dem Schriftstück in einer Weise verfahren ist, die allen Anforderungen der zweiten im § 2238 geregelten Errichtungsform entspricht. Vgl. auch zu § 2211.

§ 2239. 1. Unitas actus. a) ElsLothJZ. **13** 487 (Colmar). Es genügt dem § 2239, wenn die Zeugen bei Abgabe der Erklärungen der Beteiligten anwesend waren und diese haben hören können; dauernde Anwesenheit der Zeugen bei der ganzen Verhandlung ist nicht vorgeschrieben. Ein Formmangel liegt nicht darin, daß die Zeugen nicht wußten, daß es sich um einen Erbvertrag handle, vielmehr meinten, es werde ein Testament errichtet. Bei der Protokollierung brauchen die Erklärungen der Beteiligten nicht in der zeitlichen Reihenfolge, in der sie abgegeben wurden, niedergeschrieben zu werden. Vgl. auch unten zu § 2281. b) **RG.** JW. **13** 495, WarnE. **6** 259, R. **13** Nr. 1152, 1153. Das über die Testamentserrichtung aufzunehmende Protokoll braucht nicht in Gegenwart der Zeugen niedergeschrieben zu werden, vielmehr kann dazu eine vorher gefertigte Niederschrift benutzt werden. Erforderlich ist nur, daß die mitwirkenden Personen während der Errichtung des Testaments, d. i. hier bei der mündlichen Erklärung der Erblasserin, die übergebene Schrift enthalte ihren letzten Willen, sowie bei der Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung des über die Errichtung des Testaments aufgenommenen Protokolls zugegen sind (GruchotsBeitr. **50** 115; **RG. 63** 86, DJZ. **05** 602). — Andererseits fordert das BGB. keine Einheit des Errichtungsakts in dem Sinne, daß die zur Errichtung gehörigen Vorgänge sich in ununterbrochener Aufeinanderfolge abspielen müssen. Insbesondere kann eine kurze, durch besondere Gründe veranlaßte Entfernung eines Testamentszeugen das Testament nicht ungültig machen, wenn während der Entfernung ein Fortgang der eigentlichen Verhandlung nicht stattfindet.

2. In conspectu testatoris. ElsLothJZ. **13** 654, R. **13** Nr. 968 (Colmar). Die bei der Testamentserrichtung Mitwirkenden müssen zwar nicht unbedingt in dem gleichen Raume mit dem Erblasser sich befinden; unter allen

Umständen muß aber der Erblasser bei seiner mündlichen Erklärung (§ 2238) sowie bei der Vorlesung des Protokolls und dessen Genehmigung und Unterzeichnung (§ 2242) sich derart in Gegenwart aller mitwirkenden Personen, insbesondere der Testamentszeugen befinden, daß sie ihn sehen und hören können.

3. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **10** zu § 2239 — nochmals WarnE. **6** 298.

§ 2241. 1. **RG.** IV. **81** 95, JW. **13** 270, R. **13** Nr. 364 hält — gegenüber **RG.** III. **74** 421, JDR. **9** Ziff. b zu § 2241 — grundsätzlich an seiner bisherigen Ansicht fest, daß § 2241 Ziff. 1 BGB. die richtige Angabe des Ortes und des Tages der Verhandlung fordert. Nur bei der Beurkundung eines mündlich erklärten letzten Willens (§§ 2238, 2241 Nr. 3) kann in Rücksicht auf die mögliche Zerlegbarkeit der Erklärung in eine Mehrheit von letztwilligen Verfügungen (§ 2085) das Testament wenigstens zu einem Teile bei Bestand bleiben. Eine unrichtige Angabe des Ortes der Verhandlung kann aber dann für unschädlich erachtet werden, wenn sich für die Bestimmung des richtigen Datums aus dem Protokolle selbst genügend Anlaß gewinnen läßt (JW. **11** 589, JDR. **10** Ziff. 2 zu § 2241). Findet sich in einem Protokolle die wörtliche Wiedergabe der vom Erblasser auf die verschlossene Testamentsurkunde gesetzten Aufschrift mit dem richtigen Datum (27. September 1909) vor, während das Protokoll selbst ein unrichtiges Datum (25. September) an der Spitze trägt, so ergibt zum mindesten das Protokoll selbst Zweifel über das wirkliche Datum, und es handelt sich nur um eine Klarstellung des Protokolls, wenn aus unmittelbar mit der Protokollierung zusammenhängenden und dem Gesetz entsprechenden Vorgängen die Richtigkeit der einen oder anderen Tagesbezeichnung entnommen wird.

2. R. **14** Nr. 83 (BayObLG.). Ist in dem über die Errichtung eines Testaments aufgenommenen Protokolle statt „letzter Wille" versehentlich nur „letzter" geschrieben, so bleibt das Testament doch gültig, wenn die Absicht, eine letztwillige Verfügung zu übergeben, sonst aus dem Protokoll erhellt.

§ 2242. KGJ. **43** A 97. An dem Satze (vgl. KGJ. **35** A 83, OLG. **18** 355, JDR. **7** u. **8** zu § 2244), daß der Feststellungsvermerk nach § 2242 Abs. 1 Satz 2 nicht der Vorlesung und Genehmigung durch den Erblasser bedarf, daher auch seiner Unterschrift nachfolgen kann, wird festgehalten. — Die Aufeinanderfolge, in der einerseits die Vorlesung und Genehmigung und andererseits die Unterzeichnung des Testamentsprotokolls durch den Erblasser zeitlich vor sich gehen und in dem Protokolle räumlich festgestellt werden, ist nicht von so wesentlicher Bedeutung, daß eine Abweichung von der logisch gebotenen Reihenfolge die Nichtigkeit des Testaments zur Folge hätte.

§ 2249. 1. BayRpflZ. **13** 206, BayNotZ. **13** 196 (BayVGH.). Die Nichtbeachtung wesentlicher Formvorschriften, deren sich ein Bürgermeister bei der Aufnahme eines Dorftestaments schuldig macht, ist ihm als dienstliches Verschulden anzurechnen.

2. OLG. **26** 363 (Cöln). Das Gesetz verlangt zur Feststellung der Besorgnis des vorzeitigen Todes des Erblassers nicht den Gebrauch bestimmter Worte, vielmehr genügt es, wenn aus dem Inhalte des Protokolls sich ergibt, daß bei seiner Aufnahme die Urkundsperson jene Besorgnis gehabt hat.

3. v. Wächter-Spittler, ZBlFG. **14** 165, findet in der Beurkundung eines Nottestaments: der Erblasser habe auf Vorlesen des Protokolls erklärt, er sei wegen seines leidenden Zustandes nicht in der Lage, eigenhändig zu unterschreiben, einen genügenden Ausdruck der von dem Erblasser erklärten Genehmigung des Protokolls.

§ 2255. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **11** Ziff. 1 zu § 2255 — auch JW. **13** 41, GruchotsBeitr. **57** 700, R. **13** Nr. 69.

2. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **11** Ziff. III zu § 2255 — auch SeuffA. **68** 69, SeuffBl. **13** 15.

3. a) Die Entsch. des OLG. Hamburg — JDR. **11** Ziff. IV zu § 2255 — auch OLG. **26** 364. b) Ebenso **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 133, R. **13** Nr. 2590. Ein Testament gilt nicht als widerrufen, wenn der Erblasser die Testamentsurkunde einem Dritten zur Vernichtung übergeben, der Dritte aber bei Lebzeiten des Erblassers die Vernichtung unterlassen hat. Daran ändern auch sonstige Äußerungen des Testators, daß er sein Testament widerrufen habe, nichts. — Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 2079.

4. **RG.** SchlHolstAnz. **13** 263. Hat ein Dritter im Einverständnisse mit dem Erblasser dem Testamente nachträglich einige den Sinn der Verfügung ändernde Worte beigefügt, so kommt in Frage, ob die Veränderung, die der Erblasser vornehmen ließ, als Widerruf der Verfügung im Sinne des § 2255 Abs. 1 aufzufassen ist.

§ 2256. **RG.** WarnE. **6** 298. Nur die aus amtlicher Verwahrung geschehene Rückgabe eines Testaments wirkt als Widerruf. § 2256 ist also nicht anwendbar, wenn nach Landesrecht einem Notar die amtliche Verwahrung von Testamenten nicht zusteht.

§ 2258. **RG.** JW. **13** 991, PosMSchr. **13** 36, R. **13** Nr. 1154. Ist in einem älteren und in einem neueren Testamente derselben Person dieselbe Summe vermacht, so ist die Auslegung zulässig, daß der Bedachte die Summe nur einmal, nicht doppelt erhalten solle. — Vgl. auch oben Ziff. 13 zu § 2084.

§§ 2259 ff. 1. SchlHolstAnz. **13** 179 (KG.). Das BGB. (§§ 2259—2264, 2300) kennt die Einrichtung der gerichtlichen Eröffnung und Verkündung nur für Verfügungen von Todes wegen, d. h. für solche Schriftstücke, die nach den Rechtsbegriffen des BGB. unter diese Rubrik fallen, mögen sie auch unter der Herrschaft des früheren Rechtes errichtet worden sein. Dies trifft bei einem Erbverzichte, gleichviel ob er vor oder nach dem 1. Januar 1900 errichtet ist, nicht zu.

2. OLG. **25** 414, ElsLothJZ. **13** 97 (Colmar) — bereits JDR. **11** Ziff. 3 zu § 2259 —. Die Pflicht des Notars zur Ablieferung des Testaments ist eine Amtspflicht, deren Erfüllung er nicht davon abhängig machen kann, daß die Beteiligten zuvor ihm gegenüber ihrer Pflicht zur Zahlung der Ablieferungskosten nachkommen.

3. **RG.** WarnE. **6** 298. Die Pflicht zur Ablieferung eines Erbvertrags besteht allerdings nicht bloß dem Nachlaßgericht gegenüber, sondern es kann auch jeder Beteiligte zur Wahrnehmung seines privaten Interesses an der Eröffnung des Erbvertrags Klage auf Ablieferung anstellen. Dieses Interesse (und damit auch das Klagerecht) fällt aber weg, sobald feststeht, daß der Kläger aus dem Erbvertrage keine Rechte geltend machen kann.

§ 2260. 1. DJZ. **13** 1269 (KG.) verbleibt bei der Ansicht KGJ. **31** B 15, **36** A 77, JDR. **5** Ziff. 3, **7** Ziff. 2 zu § 2260, wonach auch ein Testament, das durch eine anscheinend wirksame spätere letztwillige Verfügung ausdrücklich und vollständig widerrufen ist, von Amts wegen eröffnet werden muß. Auch ein widerrufenes Testament hat im Hinblick auf § 2257 und §§ 2078 ff., 142, insbesondere § 2080 Abs. 1 noch Bedeutung und kann danach durch Widerruf des Widerrufs und durch Anfechtung des späteren Testaments wieder Geltung erlangen. Dies gilt auch dann, wenn sich die Nichtigkeit des späteren Testaments wegen eines in der Geschäftsfähigkeit des Erblassers bestehenden Mangels ergibt. Auch die Person des nach § 2360 Abs. 2 Anzuhörenden und des nach § 2080 Abs. 1 Anfechtungsberechtigten ist regelmäßig nur durch Eröffnung des widerrufenen Testaments festzustellen. Gerade ein widerrufenes Testament kann ferner für die Aus-

legung des späteren Testaments wertvoll sein. Grundsätzlich ist es auch nicht Sache des Nachlaßgerichts, die Rechtsbeständigkeit eines zur Eröffnung vorliegenden Testaments zu prüfen. Wenn § 36 BayNachlO. vom 20. März 1903 den Standpunkt einnimmt, daß ein seinem ganzen Inhalte nach gültig widerrufenes Testament nur dann eröffnet werden müsse, wenn ein Beteiligter dies beantrage, so bietet das Reichsrecht für eine solche Unterscheidung keinen Anhalt.

2. HansGZ. **13** Beibl. 81 (Hamburg). Das Nachlaßgericht hat die Rechtsbeständigkeit einer ihm zur Eröffnung eingereichten Verfügung von Todes wegen nicht zu prüfen.

§ 2261. OLG. **26** 365, HansGZ. **13** Beibl. 179 (Hamburg). § 2261 spricht von derjenigen amtlichen Verwahrung, die im § 2246 geregelt ist. Hat nach dem Tode des einen Erblassers das damals zuständige Nachlaßgericht ein gemeinschaftliches Testament in vollem Umfang eröffnet und zu seinen Akten genommen, so hat es das Testament nicht mehr in amtlicher Verwahrung, sondern bei seinen Akten. Einen Teil seiner Akten braucht aber ein Gericht an ein gleichstehendes Gericht, insbesondere das nach dem Tode des anderen Erblassers für diesen zuständige Nachlaßgericht nicht herauszugeben. Es ist auch nicht abzusehen, warum das Nachlaßgericht des zuletzt verstorbenen Ehegatten geeigneter wäre, das gemeinschaftliche Testament bei seinen Akten zu haben, als das für den Nachlaß des zuerst verstorbenen Ehegatten zuständige Amtsgericht.

§ 2262. Die Entsch. RJA. **12** 25 (Hamburg) — JDR. **11** Ziff. a zu § 2262 — auch KGJ. **44** A 325, R. **13** Nr. 224. Der letztwillig Bedachte ist von der Zuwendung nicht zu benachrichtigen, wenn der Belastete sie nach Inhalt des Testaments frei aufheben kann.

§ 2264. a) KGJ. **44** A 88, RJA. **12** 205, SeuffA. **68** 195, SeuffBl. **13** 139, DJZ. **13** 525. Aus dem Rechte, von einem eröffneten Testament Einsicht zu nehmen, folgt auch das Recht, sich selbst auf der Stelle Aufzeichnungen oder eine Abschrift anzufertigen. Das Recht, von der Behörde eine Abschrift zu verlangen, kann diese Befugnis nicht vollständig ersetzen, da, abgesehen von der Kostenersparnis, der mit der eigenen Entnahme von Aufzeichnungen verbundene Zeitgewinn sowie die Möglichkeit, in gedrängter Form aus verschiedenen Stellen der Akten je etwas zu entnehmen, die eigene Tätigkeit vorteilhafter machen kann. Die Form dieser Aufzeichnung muß grundsätzlich dem Berechtigten überlassen bleiben, und es liegt kein Grund vor, dafür die Photographie, die nichts anderes ist, als die Herstellung einer genauen, die Schriftzüge in allen Einzelheiten wiedergebende Abschrift, auszuschließen. Sofern nicht auf Verwaltungsrücksichten beruhende Bedenken — wie die Sorge für die äußere Ordnung bei dem Gericht und die dauernde Erhaltung der Akten — entgegenstehen, ist daher dem Antrage stattzugeben. b) Moral, DJZ. **13** 526, erhebt gegen die Entsch. Bedenken. Die Form der zu entnehmenden Abschrift muß der gerichtsseitig zu benutzenden entsprechen, das Gericht ist aber zur Erteilung einer Testamentsphotographie nicht verpflichtet. Diese Form hängt aber aufs engste mit dem Willen des Gesetzgebers zusammen, durch besondere Schutzmaßnahmen das Testament vor den Augen Unberufener zu schützen. Vermißt wird auch eine nähere Erörterung der Frage, wer zur Entscheidung der Frage, ob aus Verwaltungsrücksichten Bedenken bestehen, zuständig sei, ob der Nachlaßrichter oder die Dienstaufsichtsbehörde.

Achter Titel. Gemeinschaftliches Testament.

Literatur: Kagermann, Die Bindung der Ehegatten und die Anfechtung letztwilliger Verfügungen bei einem wechselseitigen Testamente nach deutschem bürgerlichen Rechte. Berlin 1913. (Selbstberichte bei § 2271 BGB. und Art. 214 EGBGB.)

§§ 2265 2274. **RG.** WarnE. **6** 299. Haben die Eheleute vereinbart, daß das von ihnen errichtete gemeinschaftliche Testament nicht einseitig — weder bei ihren Lebzeiten noch nach dem Tode des Erstversterbenden — abgeändert werden dürfe, so ist damit der als Testament bezeichneten Verfügung in der Tat die Natur eines Erbvertrags gegeben, und der überlebende Ehegatte kann nicht dadurch, daß er nach dem Tode des Erstversterbenden das ihm aus dem Testamente Zugewendete ausschlägt, die Freiheit der letztwilligen Verfügung zurückgewinnen. Die gleiche Folge würde allerdings nicht schon dann eintreten, wenn die Vereinbarung der Ehegatten sich darauf beschränkt, daß bei ihren Lebzeiten der eine Ehegatte nicht ohne Mitwirkung des anderen Teiles eine Abänderung vornehmen darf.

§ 2267. SchlHolstAnz. **13** 182 (KG.). Die von dem Ehemanne getroffene letztwillige Verfügung ist wirksam, auch wenn die Beitrittserklärung der überlebenden Ehefrau von Anfang an nichtig war, sofern nach den Bestimmungen des Testaments die Bindung des Überlebenden ausgeschlossen sein sollte. Das unvollständige Datum der Beitrittserklärung kann nicht durch Unterstellung einer stillschweigenden Bezugnahme auf das Datum der voranstehenden, von dem Ehemann abgegebenen Haupterklärung ergänzt werden. Vgl. auch unten Ziff. II 2 zu § 2271.

§ 2269. 1. **RG.** PosMSchr. **13** 37, WarnE. **6** 399. Die Auslegungsregel des § 2269 ist grundsätzlich auch für die unter der Herrschaft des PrALR. errichteten wechselseitigen Testamente zur Anwendung zu bringen, sofern der Erbfall unter der Herrschaft des BGB. eingetreten ist. Eine Ausnahme ist nur zu machen, wenn ersichtlich die Bestimmungen des Testaments den Vorschriften des ALR. angepaßt sind und danach auf den Willen des Erblassers geschlossen werden darf, daß seine Bestimmungen im Sinne dieser Vorschriften zu verstehen seien (vgl. JW. **11** 220).

2. KGJ. **43** A 200. Die Aufteilung des ungetrennten beiderseitigen Nachlasses unter die Bedachten durch Teilungsanordnung (§ 2048) spricht nicht gegen, sondern für die Anwendung der Auslegungsregel des § 2269.

3. WürttZ. **13** 331 (Stuttgart). Ist in einem Erbvertrage dem überlebenden Ehegatten die Befugnis eingeräumt, über das den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten bildende Vermögen unter Lebenden wie von Todes wegen zu verfügen, und ferner bestimmt, daß, wenn und insoweit eine solche Bestimmung nicht getroffen werde, bei dem Tode des überlebenden Ehegatten die Verwandten des Erstverstorbenen Erben der Hälfte des dann vorhandenen Vermögens werden sollen, so kann darin die Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Alleinerben des Erstverstorbenen und die Einsetzung der Verwandten beider Teile als Erben des überlebenden Ehegatten gefunden werden.

4. Mirre, DNotV. **13** 313, gibt im Anschluß an seinen Aufsatz DNotV. **12** 281 — JDR. **11** Ziff. IV zu § 2269 — Beispiele zur Berechnung der Erbschaftssteuer bei gemeinschaftlichen Testamenten.

§ 2270. **RG.** WarnE. **6** 299. Die Nichtigkeit der von einem Ehegatten getroffenen Verfügungen hat die Unwirksamkeit der Verfügungen des anderen Teiles nur insoweit zur Folge, als die beiderseitigen Verfügungen zueinander in dem im § 2270 bestimmten Verhältnisse gegenseitiger Abhängigkeit stehen.

§ 2271. I. *Kagermann aaO. Die Bindung der Ehegatten gemäß § 2271 ist anzusehen als eine auf Grund von Treu und Glauben dem Vorverstorbenen vom Gesetze gegebene Garantie für den Bestand des wechselseitigen Testaments, nicht aber erhält das wechselseitige Testament durch § 2271 einen vertraglichen oder vertragsähnlichen Charakter. (Ebenso

Frommhold, Wilke im § 2271; aM. Strohal § 43a Anm. 4b zu α.) Daraus folgt die Anfechtungsmöglichkeit seitens benachteiligter Dritter auf Grund von §§ 2078, 2079. Eine Anfechtung durch den überlebenden Ehegatten selbst nach Analogie von § 2281 ist ausgeschlossen, sie widerspricht der auf Treu und Glauben beruhenden Bindung aus § 2271 und wäre als eine nur auf vertragliche Verfügungen von Todes wegen anwendbare Bestimmung nur zu rechtfertigen, wenn man dem wechselseitigen Testament einen vertraglichen oder vertragsähnlichen Charakter zuerkennt (anders die herrschende Ansicht; ebenso Mantey, GruchotsBeitr. 52 390).

II. Aus der Rechtsprechung. 1. a) Die Entsch. des KG. — JDR. Ziff. I 2 zu § 2271 — auch R. **13** Nr. 225. **b)** Ebenso KGBl. **13** 121 (KG.).

2. SchlHolstAnz. **13** 182 (KG.). Wenn es auch mit dem Begriffe der Korrespektivität nicht unvereinbar ist, daß die Ehegatten die nach § 2271 Abs. 2 eintretende Bindung des überlebenden Teiles in dem gemeinschaftlichen Testamente von vornherein ausschließen, so schließt doch eine solche Erweiterung der gesetzlichen Verfügungsfreiheit eine gegenseitige Abhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen in dem Sinne, daß die Verfügung des einen Teiles nicht ohne die des andern getroffen sein würde, nicht aus. Wenn jedoch die Eheleute sich gegenseitig nachlassen, auch schon bei Lebzeiten des anderen Teiles durch gewöhnliche Verfügung von Todes wegen, also ohne Beobachtung der Form des § 2271 Abs. 1, § 2296 und ohne die Folge einer Entkräftung der Verfügung des anderen Teiles die über ihren Nachlaß getroffenen Anordnungen abzuändern oder aufzuheben, dann erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß nach dem Willen der Erblasser ihre Verfügungen überhaupt nicht in einem Verhältnisse gegenseitiger Abhängigkeit stehen sollen. Vgl. auch oben zu § 2267.

3. a) KGJ. **44** A 92 schließt sich wegen der entsprechenden Anwendung der §§ 2281 ff. auf ein gemeinschaftliches Testament, das durch Annahme des dem überlebenden Ehegatten Zugewendeten unwiderruflich geworden ist, der Entsch. **RG. 77** 165 — JDR. **10** Ziff. 3 zu § 2271 — an und spricht aus, daß auch § 2285, der das Anfechtungsrecht dritter Personen von dem Bestehen eines Anfechtungsrechts des Erblassers zur Zeit des Erbfalls abhängig mache, auf das gemeinschaftliche Testament entsprechend anzuwenden sei. **b)** Ebenso BreslauAK. **13** 56 (KG.).

4. Wegen des Übergangsrechts vgl. unten zu Art. 214 EGBGB.

§ 2273. BayNotZ. **13** 318 (LG. München). Der Vormund eines wegen Geistesschwäche Entmündigten hat kein selbständiges Recht auf Einsichtnahme des Testaments seines Mündels.

Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

§ 2275. *Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte 85. Ein wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit des Erblassers nichtiger Erbvertrag kann nach § 140 als Testament aufrechterhalten werden.

§ 2281. ElsLothJZ. **13** 487 (Colmar). Ein Erbvertrag ist anfechtbar, wenn der Erblasser nicht wußte, daß er sich vertragsmäßig binde, oder wenn er einen Erbvertrag überhaupt nicht schließen wollte und bei Kenntnis der Rechtsfolgen eines Erbvertrags nicht geschlossen hätte. Vgl. auch oben Ziff. 1a zu § 2239.

§ 2301. 1. **RG.** JW. **14** 87, R. **14** Nr. 4, 5, 57, 84. Der Gesetzgeber hat Schenkungsversprechen auf den Todesfall, die nicht schon bei Lebzeiten des Schenkers durch Übereignung der betreffenden Werte vollzogen werden und die sich hiernach als Anordnung einer Vergabung aus dem Nachlasse des Schenkers darstellen, den für Verfügungen von Todes

wegen geltenden Formen eines Testaments oder Erbvertrags unterworfen. Die Regelung ist innerlich begründet, weil durch solche Anordnungen die Zwecke von Vermächtnissen erreichbar sind. Auf eine Umgehung des Gesetzes würde es hinauslaufen, wenn ein dem Tode naher Erblasser eine Schenkung von Wertpapieren, die tatsächlich bis zu seinem Tode nicht zum Vollzuge gelangt, durch formlose Erklärung an einen Boten unter Ausantwortung der Werte mit einer über seinen Tod hinausreichenden Wirkung anordnen und in die Wege leiten könnte. Mit dem Tode des Schenkers sind seine Wertpapiere Bestandteile seines Nachlasses geworden; nunmehr konnte die in seinem Testament unerwähnt gebliebene Schenkung nur durch Anordnung seines Testamentserben zum Vollzuge kommen. (Die weiteren Ausführungen erörtern und verneinen die Frage, ob, auch wenn von der Vorschrift des § 2301 abgesehen werde, eine rechtswirksame Übergabe stattgefunden habe.)

2. **RG.** WarnE. **6** 300. Die Wirkung, daß, wenn eine Schenkung vollzogen ist, durch die Vollziehung der Mangel der Form geheilt wird, kommt der Schenkung unter Lebenden und der Schenkung auf den Todesfall gleichmäßig zu statten, mag ein Schenkungsversprechen vorangegangen sein oder nicht.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

Vorbemerkung: Zu diesem Abschnitt ist auf eine Reihe wichtiger Entsch. des RG. hinzuweisen, so zu § 2306 (Ziff. 2) über den Beginn der Ausschlagungsfrist, zu § 2313 (Ziff. 2 b) über die Bewertung des Nacherbenrechts bei Berechnung des Pflichtteils, zu § 2329 (Ziff. 1 und 2) über die Rechtslage beim Pflichtteilsergänzungsanspruche, wenn der Beschenkte und der Erbe identisch sind, zu §§ 2332, 2333 über den Begriff der körperlichen Mißhandlung (Ziff. I zu § 2333) und über die Beweislast im Falle des § 2333 Ziff. 2 im allgemeinen und zur Begründung der Verjährungseinrede (Ziff. I 2 zu § 2333 und Ziff. 2 zu § 2332).

Literatur: Bollenbeck, Beschränkung eines Abkömmlinges auf den Pflichtteil als Strafe für Nichtunterwerfung unter letztwillige Anordnungen. Nachrücken entfernterer Abkömmlinge in das dadurch entzogene Erbrecht, RheinNotZ. **13** 12. — Klein, Besprechung des Entwurfes einer Novelle zum ÖstBGB. (1912). Pflichtteil des Ehegatten, Öst. ZBl. **31** 205/206.

§ 2303. 1. **RG. 82** 264, JW. **13** 872. Der Pflichtteil der Abkömmlinge kann zwar durch Rechte des überlebenden Ehegatten, soweit sie als erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes zu gelten haben, eine Einschränkung erleiden. Eine Erhöhung des Pflichtteils kann dadurch aber nicht herbeigeführt werden (vgl. **RG. 65** 249, JDR. 8 Ziff. 2 zu § 2303 BGB.).

2. **RG.** BayRpflZ. **13** 171, PosMSchr. **13** 11, R. **13** Nr. 532. Zur Befreiung des Erben von der Pflichtteilsschuld bedarf es einer Verzichts- oder Erlaßerklärung des Berechtigten. Das Anerkenntnis eines rechtswirksamen Testaments enthält eine solche nicht.

§ 2304. a) **RG.** PosMSchr. **13** 66, WarnE. **6** 520. Hat der Erblasser bestimmt: „Ich ernenne zu Erben meines Nachlasses unsere Kinder, und zwar dergestalt, daß die zu Erben berufenen Kinder den ihnen gesetzlich gebührenden Pflichtteil erben und erhalten sollen", während der gesamte übrige Nachlaß der gleichfalls als Erbin eingesetzten Ehefrau zugewendet ist, so ist eine Auslegung dieser Verfügung nicht rechtsirrtümlich, die dahin geht, daß der Erblasser die Zuwendung an seine Kinder auf das gesetzliche Mindestmaß habe beschränken, dagegen seine Frau durch Zuwendung des ganzen Nachlasses und durch Verschaffung freier Verfügung hierüber, soweit nur möglich, habe begünstigen, sie also als Alleinerbin habe einsetzen wollen. b) Ebenso SeuffA. **68** 414 (Dresden).

§ 2306. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **10** Ziff. 2 zu § 2306 — (Wahlpflicht eines unter der Socinischen Klausel eingesetzten Pflichtteilserben) auch WarnE. **6** 300.

2. **RG.** BayRpflZ. **14** 21, DJZ. **13** 1322, R. **13** Nr. 2884. Nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 beginnt die Ausschlagungsfrist „erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschwerung Kenntnis erlangt", sie beginnt also keinesfalls vor diesem Zeitpunkte. Außerdem müssen die allgemeinen Voraussetzungen für den Beginn der Ausschlagungsfrist gemäß § 1944 Abs. 2 gegeben sein. Für den Testamentserben beginnt daher nicht vor der Kenntnis von dem Grunde die Berufung. Diese Kenntnis fällt nicht mit der Kenntnis der Tatsachen, auf die sich die Berufung gründet, zusammen. Hält der Erbe das Testament für nichtig, glaubt er deshalb gesetzlicher Erbe zu sein, so ist der Beginn der Ausschlagungsfrist ausgeschlossen, solange der Irrtum vorhält.

3. **RG.** JW. **13** 208. Wenn nach früherem Rechte (§ 7 Abs. 1, 3, 4 G. vom 16. April 1860) der Ehegatte den provinzialrechtlichen Pflichtteil fordern konnte, auch nachdem er die ihm in dem Testamente gemachten Zuwendungen angenommen hatte, so ist ihm dieses Recht nach dem Inkrafttreten des BGB. erhalten geblieben (Art. 200 Abs. 1 Satz 2 EGBGB.).

§ 2310. SeuffA. **69** 70 (Dresden). Die Vorschrift im § 2310 bezieht sich lediglich auf die Feststellung des Erbteils, von dem nach § 2303 Abs. 1 Satz 2 die Bemessung des Pflichtteils abhängt, nicht auf die Feststellung des Nachlaßbestandes.

§ 2313. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **11** zu § 2313 — auch SeuffA. **68** 237, WarnE. **6** 300.

2. **a)** R. **13** Nr. 2118 (Colmar). Bei der Berechnung des Pflichtteils ist der Wert eines zu dem Nachlasse gehörigen Nacherbrechts in Ansatz zu bringen. **b)** Dagegen **RG.** JW. **14** 150, R. **14** Nr. 78, 85. Das Nacherbenrecht ist zu den „unsicheren Rechten" im Sinne des § 2313 Abs. 2 zu rechnen; denn es ist immer zweifelhaft, ob und in welchem Umfange dem Nacherben, wenn er bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge die volle Herrschaft über die Erbschaft erlangt, daraus wirtschaftliche Vermögenswerte zufließen werden. Bei dieser in der Natur der Sache liegenden wirtschaftlichen Unsicherheit des Nacherbenrechts ist eine auch nur einigermaßen zuverlässige Schätzung regelmäßig ausgeschlossen. Sie wird dann ausnahmsweise möglich sein, wenn es sich um einfache, leicht übersehbare Verhältnisse, um besonders stetige Nachlaßwerte handelt und wenn zugleich der Eintritt des Nacherbfolgefalls in nicht zu ferner Zukunft zu erwarten ist.

§ 2314. 1. SächsRpflA. **13** 252 (Dresden). Das Nachlaßverzeichnis hat eine geordnete und in sich verständliche Zusammenstellung der Gegenstände, die nach der Kenntnis und Auffassung des Verzeichnungspflichtigen den Aktivnachlaß des Erblassers ausmachen, zu enthalten (SächsRpflA. **07** 500). Ob diese Zusammenstellung vollständig ist, ist in dem Verfahren der eidlichen Bestärkung des Verzeichnisses zu erörtern (OLG. **16** 42).

2. **RG.** PosMSchr. **13** 66, WarnE. **6** 447, R. **13** Nr. 1768. Wird von dem Erben lediglich Auskunft über den „Bestand des Nachlasses" gefordert, so kann dieses Verlangen zunächst nicht anders als ein solches nach Auskunft über den vorhandenen greifbaren Bestand des Nachlasses im engeren Sinne des § 2314 verstanden werden. Der Erbe ist daher nicht ohne weiteres zur Auskunft über die nur rechnungsmäßig zum Nachlaßbestande gehörigen Zuwendungen und Schenkungen (§§ 2316, 2325) verpflichtet, darf vielmehr abwarten, ob in dieser Beziehung ein besonderes „Verlangen" an ihn gestellt wird. — Die Frage, ob bei Erteilung der Auskunft die erforderliche Sorgfalt angewendet wurde, ist eine reine Tatfrage.

3. **RG.** JW. **13** 546, R. **13** 1310. Auf § 2314 kann der überlebende Ehegatte sein Recht auf Auskunftserteilung gegen den Erben nicht stützen, wenn er nach märkischem Recht die statutarische Portion gewählt hat; denn in diesem Falle ist er nicht nur Pflichtteilsberechtigter, sondern Miterbe.

§ 2316. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **10** zu § 2316 — auch WarnE. **6** 300.

§ 2317. **RG.** BayRpflZ. **13** 171, PosMSchr. **13** 11, SeuffA. **68** 239, R. **13** Nr. 533. Der Pflichtteilsanspruch kann, auch wenn er nicht anerkannt oder rechtshängig geworden ist, abgetreten werden. Insoweit liegt eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 400 BGB. (vgl. § 852 Abs. 1 ZPO.) vor.

§ 2325. 1. Hemeling, DJZ. **13** 914 — gegen **RG. 77** 282 — JDR. **11** Ziff. 4 zu § 2325 —. Auch im Falle der §§ 2325 ff. findet § 2316 und mit ihm sowohl Satz 1 wie Satz 2 des § 2056 Anwendung. Die Pflichtteilsergänzung ist dem Nachlasse hinzuzurechnen oder bei überschuldetem Nachlaß als alleiniger Nachlaß zu rechnen.

2. **RG. 80** 135 (137), ElsLothNotZ. **13** 73, JW. **13** 96, R. **13** Nr. 1155—1158. Allerdings kann eine erlassene Schuld oder die ihr gegenüberstehende Forderung nach der Ausdrucksweise des BGB. (§§ 90—92) nicht „Sache", also auch nicht „verbrauchbare Sache" im Sinne des § 2325 Abs. 2 sein. Es ist aber nicht rechtsirrig, rechtlich und wirtschaftlich den Erlaß einer Gelddarlehnsforderung der Hingabe baren Geldes gleichzustellen und deshalb die aaO. für verbrauchbare Sachen erteilte Vorschrift entsprechend anzuwenden. Beim schenkungsweisen Schulderlasse kann ein anderer Zeitpunkt als der des Erlasses und damit des gänzlichen Unterganges der Forderung der Natur der Sache nach gar nicht in Frage kommen. Vgl. auch unten Ziff. 2 zu § 2329.

3. Abs. 3. Vgl. unten Ziff. 3 zu § 2329 (Anwendbarkeit des § 2325 Abs. 3 auch im Falle des § 2329).

§§ 2325, 2329. **RG. 80** 135. Unter dem Pflichtteilsberechtigten der §§ 2325, 2329 wird ein abstrakt Berechtigter, d. h. eine Person verstanden, die zu dem Kreise der im § 2303 genannten nahen Angehörigen gehört.

§ 2329. 1. **RG. 80** 135, JW. **13** 96, ElsLothNotZ. **13** 73, R. **13** Nr. 1155 bis 1158. § 2329 legt dem Pflichtteilsberechtigten, der von dem Beschenkten Herausgabe des Geschenkes nach Bereicherungsgrundsätzen fordert, den Nachweis auf, daß und inwieweit der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist. An dieser Beweislast des Pflichtteilsberechtigten wird dadurch nichts geändert, daß die Person des Erben und des Beschenkten im gegebenen Falle identisch ist. Es wäre eine unzulässige Umkehrung der gesetzlichen Beweisregel, zu sagen: die schließliche persönliche Haftung des Beschenkten stehe schon fest und es komme deshalb nicht darauf an, ob er überdies als Erbe verpflichtet sei.

2. **RG. 80** 135 (137), JW. **13** 96, ElsLothNotZ. **13** 73, R. **13** Nr. 1155—1158. Soweit ein Miterbe für den Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2329 in der Eigenschaft als Beschenkter persönlich haftet, handelt es sich um ein Rechtsverhältnis, das mit der unter den Beteiligten bestehenden Erbengemeinschaft grundsätzlich nichts gemein hat und eine selbständige Verfolgung des Anspruchs zuläßt. Nur dann, wenn der Miterbe als Erbe haftbar gemacht würde, handelte es sich um eine Nachlaßverbindlichkeit, und es käme in Frage, ob sie gemäß § 2046 Abs. 1 nur im Wege des Auseinandersetzungsverfahrens auszugleichen wäre. Auch dafür ist dem Gesetze nichts zu entnehmen, daß der Pflichtteilsberechtigte zunächst den ordentlichen Pflichtteilsanspruch erheben müsse und dann erst Ergänzung des Pflichtteils fordern dürfe. Häufig, z. B. wenn der Erblasser auf dem Totenbette sein ganzes Vermögen verschenkt hatte oder wenn der Nachlaß überschuldet ist, wird der ordentliche Pflichtteilsanspruch von vornherein nicht in Frage kommen. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 2325.

3. **RG.** **81** 204, JW. **13** 380, R. **13** Nr. 863. § 2329 besagt nichts weiter, als daß der Beschenkte, wenn und soweit er herausgabepflichtig ist, nur die noch vorhandene Bereicherung herauszugeben habe. Gegen die Notwendigkeit, Schenkungen, die weiter als zehn Jahre vor dem Erbfalle zurückliegen, herausgeben zu müssen, ist er bereits durch § 2325 Abs. 3 BGB. sichergestellt.

§ 2332. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **11** zu § 2332 — auch R. **13** Nr. 226.

2. **RG.** WarnE. **6** 301 läßt es dahingestellt, ob bei einem Streite des Abkömmlinges mit dem Erben darüber, ob der Entziehungsgrund des § 2333 Nr. 2 vorliege, der Erbe, der die Entziehung geltend macht, nicht auch den Beweis zu führen habe, daß der Abkömmling sich der Mißhandlung schuldig gemacht, also nicht in Notwehr gehandelt habe, wenn auch im allgemeinen derjenige, der behauptet, daß eine körperliche Mißhandlung nicht widerrechtlich sei, die Beweislast hat. Jedenfalls treffen die Beweisregeln, die für den Rechtsstreit des Erben über den Grund der Pflichtteilsentziehung gelten, nicht für einen Rechtsstreit zu, bei dem es sich um die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs nach § 2332 in Verb. mit § 2309 handelt. Hier gehört zur Begründung des Verjährungseinwandes der Beweis der Tatsache, daß und wann der (Vertreter der) Kläger von dem Wegfalle des näherberechtigten Abkömmlinges Kenntnis erhielt. Die Kenntnis von dem Wegfalle des näher berechtigten Abkömmlinges fehlte, solange der (Vertreter der) Kläger annahm, der von dem Erben geltend gemachte Entziehungsgrund habe nie vorgelegen oder die Entziehungsverfügung sei (vgl. § 2337 Satz 2) unwirksam geworden.

§ 2333. I. Ziff. 2. 1. **RG.** SeuffA. **68** 197, JW. **13** 207, WarnE. **6** 132, R. **13** Nr. 534. Der Ausdruck „körperliche Mißhandlung" im § 2333 Ziff. 2 BGB. ist (vgl. Mot. V 431) in bewußter Anlehnung an die Bestimmung des § 223 StGB. gebraucht und bedeutet wie dort eine Einwirkung auf den Körper des anderen, durch welche — abgesehen von der Störung der körperlichen Unversehrtheit — das körperliche Wohlbehagen des anderen in nicht unerheblicher Weise beeinträchtigt wird. Die Herbeiführung einer Schmerzempfindung ist zur Annahme einer körperlichen Mißhandlung nicht notwendig (vgl. RMG. **10** 303). Die Mißhandlung kann ebenso durch Stöße wie durch Schläge erfolgen, vorausgesetzt, daß der Stoß mit einiger Heftigkeit geführt ist und nicht bloß in einem das körperliche Wohlbehagen nicht merklich berührenden Zurückschieben besteht. — Der Erblasser hat sich in Notwehr befunden, wenn er zur Verteidigung seiner angegriffenen Tochter einen Gegenangriff gegen den Angreifer ausgeführt hat. Unter diesen Umständen enthält das Vorgehen des Angreifers gegen den Erblasser zugleich eine Verletzung der Pietät, welche die Kinder ihren Eltern schulden.

2. **RG.** PosMSchr. **13** 100, WarnE. **6** 481, R. **13** Nr. 2745. Aus § 2336 Abs. 3 folgt für die Beweislast, daß der Erbe den vollen Tatbestand des § 2333 Nr. 2 zu beweisen hat. Er genügt daher seiner Beweispflicht nicht durch den Nachweis, daß der Abkömmling eine Tätlichkeit gegen den Erblasser verübt habe, sondern nur durch den Nachweis, daß er sich der Mißhandlung schuldig gemacht habe, daß also nicht seine Schuld durch Notwehr ausgeschlossen werde. Dieser Beweis ist nicht erbracht, wenn das Vorliegen echter Notwehr als möglich angenommen wird.

3. Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 2332.

II. Ziff. 5. *Klein, SeuffBl. **13** 498, kritisiert die Fassung des § 2333 Ziff. 5. Die Worte „wider den Willen des Erblassers" bedeuten, daß das Erblasserrecht aus § 2333 Ziff. 5 nur dann wegfällt, wenn der Erblasser sich die ehrlosen und unsittlichen Handlungen des Abkömmlinges zu eigen macht und zu erkennen gibt, daß die Begehung dieser Handlungen seine Gesinnung gegen den Abkömmling

nicht berührt. Nicht aber bereits dann, wenn der Erblasser selbst einen ähnlichen Wandel führt. Für die Rechtshandlung im engeren Sinne „Zustimmung des Erblassers zu dem ehrlosen und unsittlichen Lebenswandel des Abkömmlinges" gelten die Ergebnisse zu § 1565 Abs. 2 BGB.

§ 2337. SächsOLG. **34** 231. Die Wirkung der Verzeihung erschöpft sich regelmäßig in dem Außerkrafttreten der verfügten Entziehung des Pflichtteils (vgl. Kretzschmar, Erbrecht 529), läßt also die Wirksamkeit der Erbeinsetzung eines Dritten unberührt.

Sechster Abschnitt. Erbunwürdigkeit.

§ 2339. 1. **RG. 81** 413, BayRpflZ. **13** 276, WarnE. **6** 356, R. **13** Nr. 1318. Aus dem Umstande, daß den im § 2339 Abs. 1 Nr. 1—4 zusammengestellten Erbunwürdigkeitsfällen sämtlich der Gesichtspunkt einer Verfehlung gegen den Erblasser gemeinsam ist, folgt zwar (vgl. **RG. 72** 207), daß im Falle der Nr. 4 Erbunwürdigkeit nicht eintritt, wenn der Fälscher durch die Fälschung den wahren letzten Willen des Erblassers zu verwirklichen bestrebt war. Die Fassung des Gesetzes läßt aber erkennen, daß der Anfechtungskläger im Falle der Nr. 4 nicht mehr darzutun hat, als daß der Beklagte in Ansehung der Verfügung des Erblassers sich einer nach §§ 267—274 StGB. strafbaren Handlung schuldig gemacht hat. Behauptet der Beklagte, er sei lediglich bestrebt gewesen, durch die Fälschung den wahren letzten Willen des Erblassers zu verwirklichen, so ist es seine Sache, die Tatsachen anzuführen und zu beweisen, aus denen die Richtigkeit seiner Behauptung erhellt.

2. *Unger, Selbstmord im bürgerlichen Rechte 175 ff. Tötung mit Einwilligung fällt nicht unter § 2339 Abs. 1 Ziff. 1. Vgl. oben zu § 823 Ziff. I 1.

Siebenter Abschnitt. Erbverzicht.

Literatur: P. Meyer, Zur Lehre von der rechtlichen Natur des Erbverzichts nach BGB. (Aus: Festgabe der Marburger jur. Fakultät für L. Enneccerus.)

§ 2346. **RG.** BayRpflZ. **13** 253, R. **13** Nr. 2885. Ist beim Abschluß eines Erbverzichtsvertrags der Verzichtende des Glaubens gewesen, die vereinbarte Abfindungssumme bilde das Ergebnis der von beiden Teilen gewollten Berechnung, wonach ihm ein seinem Pflichtteile gleichkommender Betrag, berechnet nach dem elterlichen Vermögen zur Zeit des Vertragsschlusses, habe zugewendet werden sollen, so bezieht sich sein Irrtum auf eine wesentliche Eigenschaft der Summe, auf den Tatbestand des Rechtsgeschäfts und berechtigt daher nach § 119 BGB. zur Anfechtung der Willenserklärung, wenn es sich nachträglich herausstellt, daß die Abfindung anders berechnet oder frei gewählt war, ohne auf den Pflichtteilswert Bedacht zu nehmen.

§ 2349. *Kupfer, SeuffBl. **13** 303. Die Erbschaftsausschlagung als Verzicht auf eine bereits angefallene Erbschaft beschränkt ihre Wirkung ausschließlich auf die Person des Ausschlagenden und ermöglicht daher auch keine Ausschlagung zugunsten der Abkömmlinge. Ebenso könnte an sich der Erbverzicht nach §§ 2346 ff. den Abkömmling des Verzichtenden nicht binden, da dieser ein selbständiges Recht auf die Erbschaft hat. Dieses im BGB. an sich anerkannte Grundprinzip ist im § 2349 aus praktischen Erwägungen bewußt durchbrochen. Ebenso hat das Gesetz dem Verzicht auf den Anteil am Gesamtgute der schon bestehenden fortgesetzten Gütergemeinschaft, wenn er durch einen anteilsberechtigten Abkömmling erklärt ist, dingliche, auch die Abkömmlinge des Verzichtenden bindende Wirkung beigelegt. Dabei ist bestritten, ob diese bindende Wirkung durch Vereinbarung abänderbar ist. Diese Frage ist jedoch zu verneinen. (BayNotZ. **09** 383). Der Verzicht auf den Anteil am Gesamtgute der fortgesetzten

Gütergemeinschaft vor Eintritt dieser Gütergemeinschaft bindet in entsprechender Anwendung des § 2349 die Abkömmlinge des Verzichtenden, sofern nicht ein anderes bestimmt ist.

Achter Abschnitt. Erbschein.

Vorbemerkung: Von Bedeutung sind (zu §§ 2359, 2361) die Erörterungen von Josef und Kößler über die Bindung des Erbscheinsrichters durch Urteile des Prozeßgerichts und zu §§ 2365, 2368 über die Tragweite der durch den Erbschein begründeten Vermutung im Rechtsverkehre, namentlich auf dem Gebiete des Grundbuchrechts.

Literatur: Nadler, JW. **13** 414, erörtert einzelne in den Erbscheinsverhandlungen immer wiederkehrende Mängel unter Hervorhebung der nach der Praxis der Gerichte erforderlichen Angaben und beizubringenden urkundlichen Nachweise sowohl im Falle der gesetzlichen Erbfolge als auch bei der auf Grund einer Verfügung von Todes wegen.

§ 2353. 1. Inhalt des Erbscheins. Die Entsch. KGJ. **42** A 128 — JDR. **11** Ziff. II 1 c zu § 2353 — auch OLG. **26** 320.

2. Voraus des Anerben als Erbteil. KGJ. **43** A 285 (Celle). (§ 15 PrHöfeG. f. Hannover i. d. F. vom 9. August 1909, GS. 663.) Das dem Anerben als Voraus gebührende Drittel des Hofeswertes ist als Erbteil im Sinne des § 2353 aufzufassen. Der dem Anerben erteilte Erbschein muß deshalb zur Bezeichnung der Größe des Erbteils des Anerben neben dem diesem als Miterben zukommenden Bruchteile des Nachlasses den dem Miterben als Anerben gebührenden Voraus oder wenigstens die Eigenschaft des Miterben als Anerben erwähnen.

3. Gläubiger als Antragsteller. a) Gläubiger eines Miterben. HessRspr. **14** 39 (LG. Darmstadt). Stellt ein Gläubiger eines Miterben einen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins nach § 792 ZPO., so bedarf es der Vorlegung eines gegen den Schuldner wirksamen Vollstreckungstitels. Es genügt also nicht ein solcher gegen eine im Konkurse befindliche offene Handelsgesellschaft, der der Schuldner als Gesellschafter angehört. b) Nachlaßgläubiger. R. **13** 249 (BayObLG.). Nachlaßgläubiger im Besitz eines Vollstreckungstitels können nach § 51 BayNachlO. die Erteilung eines Erbscheins auch dann verlangen, wenn Vermögen nicht vorhanden ist. Das Nachlaßgericht hat den Gläubiger bei der Antragsbegründung entsprechend zu unterstützen.

§ 2354. *Kallmann, JW. **13** 581. Ziff. 3 ist ungenau gefaßt. Es müßte heißen: „ob und welche Personen vorhanden sind, durch die sein Erbteil gemindert wird, sowie ob und welche Personen vorhanden sind oder vorhanden waren, durch die er von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde".

§ 2356. 1. Nachweis durch öffentliche Urkunden. Bay. RpflZ. **13** 172, SeuffBl. **13** 243 (BayObLG.). Da in Bayern die Todesanzeige auf Grund des Sterberegisters an das Nachlaßgericht erstattet wird (Bek. vom 10. Dezember 1902, JMBl. 213), so können die bayerischen Nachlaßgerichte neben der amtlichen Todesanzeige des Standesbeamten nur dann noch einen Auszug aus dem Sterberegister verlangen, wenn besondere Umstände es rechtfertigen.

2. Eidesstattliche Versicherung. a) ElsLothJZ. **13** 94 (Colmar). Daß in der mit dem Antrag auf Erteilung des Erbscheins überreichten eidesstattlichen Versicherung die Jahreszahl im Datum des eigenhändigen Testaments unrichtig angegeben ist, ist, sofern unzweifelhaft bloß ein Schreibfehler vorliegt, kein Grund, die Erteilung des Erbscheins zu verweigern. b) R. **13** Nr. 2914 (KG.). Der Gläubiger des Erben, der nach § 792 ZPO. die Erlangung eines Erbscheins betreibt, hat nicht weitergehende Rechte als der Erbe. Wie dieser die eidesstattliche Versicherung nicht durch einen Bevollmächtigten abgeben kann, so kann es auch der Gläubiger nicht. c) R. **13** Nr. 2886 (KG.). Ob

das Nachlaßgericht von der Befugnis des § 2356 Abs. 2 Satz 2 Gebrauch machen will, steht in seinem Ermessen.

3. Offenkundigkeit. BayObLG. **14** 55, BayRpflZ. **13** 172, R. **13** Nr. 864. Offenkundig sind bei dem Nachlaßgericht auch solche Tatsachen, von denen das Gericht vermöge seiner sonstigen amtlichen Tätigkeit Kenntnis hat (Planck Anm. III zu § 2356).

§ 2357. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **11** Ziff. 2 zu § 2357 — auch R. **13** Nr. 1893, RJA. **12** 99.

2. KGJ. **44** A 99, SchlHolstAnz. **13** 177, SeuffA. **68** 460. Über die als Wirkung verschiedener Erbfälle eingetretene Erbfolge kann nur je ein besonderes Zeugnis erteilt werden. Werden, was zulässig, mehrere Erbscheine, die über verschiedene, aber in einem inneren Zusammenhange stehende Erbfälle beantragt sind, insbesondere bei mehrfachem Erbgang, äußerlich in einer Urkunde zusammengefaßt (vgl. § 81 Abs. 4 Satz 2 PrGKG.), so müssen doch nicht nur die materiellen, sondern auch die formellen Voraussetzungen (§§ 2354, 2357) für die Erteilung eines Erbscheins in Ansehung jedes einzelnen Erbfalls besonders gegeben sein.

3. *Kallmann, JW. **13** 581 — gegen Nadler, JW. **13** 414 —. Die Angabe der Erbteile (anders als die der Namen der Erben) braucht nicht unter eidesstattlicher Versicherung der Richtigkeit zu erfolgen. Eine irrtümliche Angabe kann privatschriftlich berichtigt werden.

4. Brachvogel, Vom Gruppenerbscheine, ZBlFG. **14** 450, wendet sich gegen KGJ. **41** A 90 — JDR. **10** Ziff. 1 zu § 2357 —, wonach zwar auch für mehrere (zu einem Erbstrange gehörende) Miterben zwar ein einziger Erbschein erteilt werden könne, aber nur in äußerlicher Zusammenfassung mehrerer Erbteilserbscheine und nur auf den Antrag aller beteiligten Miterben, mit der Begründung, daß das praktische Bedürfnis für die Erteilung eines „Gruppenerbscheins" auch nur auf den Antrag eines der beteiligten Miterben spreche und aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes die Unzulässigkeit eines solchen Erbscheins nicht folge.

§ 2358. 1. Die Entsch. RJA. **12** 17 (Hamburg) — JDR. **11** Ziff. 1 zu § 2359 — auch KGJ. **44** A 327, R. **13** Nr. 227. Bei Erteilung eines Erbscheins auf Grund Testaments ist zu prüfen, ob die letztwilligen Verfügungen des Erblassers neben einem Ehe- und Erbvertrage zulässig sind.

2. ElsLothJZ. **13** 38 (Colmar) läßt es dahingestellt, ob der Antrag auf Erlaß einer öffentlichen Aufforderung zur Anmeldung von Erbrechten (§ 2358 Abs. 2) die Angabe eines Beweismittels im Sinne des § 2356 Abs. 1 ist. Jedenfalls hängt es von dem pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts ab, ob es die Aufforderung erlassen will oder nicht, und es ist keine Gesetzesverletzung, wenn die öffentliche Aufforderung deshalb abgelehnt wird, weil das Unterbleiben der Anmeldung höchstens ein Beweismittel für den Tod des Abwesenden, nicht aber für den Zeitpunkt seines Todes sein würde.

3. KGJ. **44** A 102. Das um die Erteilung eines Erbscheins angegangene Nachlaßgericht ist befugt, ein anderes AG. um die Aufnahme der Erbausweiserklärung von dem Antragsteller und um die gleichzeitige Auflage an den Antragsteller zur Beibringung bestimmter Urkunden zu ersuchen.

§§ 2359, 2361. 1. Josef, BuschsZ. **43** 365, 390 — gegen Kuttner, Festgabe für v. Gierke II 161 u. JheringsJ. **59** 393 —. Das Nachlaßgericht wird regelmäßig das kontradiktorische Urteil des Prozeßgerichts als genügende Grundlage zum Erweise des Erbrechts ansehen, dagegen nicht das auf Grund eines Anerkenntnisses oder der Versäumnis ergangene Urteil. Ergibt die Prüfung des Nachlaßgerichts, daß der auf Grund eines solchen Urteils Obsiegende in Wahrheit nicht der gesetzliche Erbe ist, so kann es nicht

ein offenbar unrichtiges Zeugnis schaffen, ihm also nicht den Erbschein erteilen, auch nicht den dem wahren Erben erteilten Erbschein einziehen, vielmehr ergeben die §§ 2359, 2361, daß für die Erteilung und Einziehung des Erbscheins nur das nachgewiesene wahre Erbrecht maßgebend sein darf. Hält also das Nachlaßgericht das Erbrecht der unterlegenen Partei für nachgewiesen, so hat es dieser dennoch den Erbschein zu erteilen oder den Antrag auf Einziehung des ihr bereits erteilten Erbscheins zurückzuweisen. Das Urteil hat dann nur die Folge, daß die unterlegene Partei nach außen zur Verfügung über den Nachlaß ausgewiesen, aber nach Maßgabe der §§ 2019 ff. zur Herausgabe an den obsiegenden Teil verpflichtet ist, also eine ähnliche Rechtsstellung, wie der Erbe hat, dem nach Veräußerung der Erbschaft der Erbschein erteilt ist. Vorschriften darüber, welche Einwirkung das im Rechtsstreite der Erbansprecher ergangene Erbrechtsfeststellungsurteil auf die Rechte der Nachlaßgläubiger hat, gibt das Gesetz nicht.

2. *Rößler, Die Stellung des Nachlaßrichters, BuschsZ. **44** 1. Das Urteil im Erbrechtsfeststellungsstreite bindet nicht den Erbscheinrichter. Doch entspricht es der überragenden Bedeutung der streitigen Gerichtsbarkeit, daß der Erbscheinrichter der Prozeßentscheidung folgt, sofern nicht nachträglich Tatsachen hervorgetreten sind, die offensichtlich auch den Prozeßrichter, wenn sie ihm bekannt gewesen wären, zu einer entgegengesetzten Entscheidung geführt haben würden. Nur muß eine wirkliche Sachprüfung in dem Prozesse stattgefunden haben; ein Versäumnisurteil oder ein Anerkenntnisurteil genügt nicht.

§ 2361. 1. BayObLG. **13** 743, OLG. **26** 362, BayRpflZ. **13** 133, SeuffA. **68** 280, ZBlFG. **13** 702, SeuffBl. **13** 159, R. **13** Nr. 535. Ob der Testamentsvollstrecker zum Antrag auf Erteilung eines Erbscheins berechtigt ist (KGJ. **22** A 56, **26** A 62), kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann er gegen einen die Einziehung eines unrichtigen Erbschein ablehnenden Beschluß Beschwerde erheben; denn er hat nach § 2364 Abs. 2 einen privatrechtlichen Anspruch darauf, daß der Besitzer eines unrichtigen Erbscheins diesen an das Nachlaßgericht herausgebe. — Vgl. auch oben Ziff. V zu § 2087.

2. WürttZ. **13** 43, RJA. **12** 203, R. **13** Nr. 2746 (Stuttgart). Der Erbschein ist ein Zeugnis darüber, daß jemand Erbe geworden sei, nicht auch darüber, daß er die Erbschaft angenommen habe oder daß sie als angenommen gelte. Das Erbe-Sein ist von der Annahme unabhängig (§ 1922). Der Erbschein wird daher erst dann unrichtig, wenn ein Erbe die Erbschaft rechtsgültig ausgeschlagen hat. Vorher kann ein Miterbe nicht mit der Begründung, daß er die Erbschaft noch nicht angenommen habe, die Einziehung eines auf den Antrag eines anderen Miterben erteilten gemeinschaftlichen Erbscheins verlangen.

3. a) BayObLG. **14** 144, R. **13** Nr. 1477. Ist ein Erbschein unrichtig, so kann er nicht ergänzt, sondern nur eingezogen und ein neuer ausgestellt werden. Ist der Erbschein eingezogen worden, so kann sich die Beschwerde nicht mehr gegen die Einziehung, sondern nur gegen den Inhalt des zu erteilenden neuen Erbscheins richten. b) BayObLG. **14** 250, BayRpflZ. **13** 302, SeuffBl. **13** 482, ZBlFG. **14** 221, R. **13** Nr. 2119. Ein einmal eingezogener Erbschein kann nicht neuerlich erteilt, sondern es kann nur die Erteilung eines anderen gleichen Inhalts erwirkt werden.

4. KGJ. **44** A 104, ZBlFG. **14** 355, R. **13** Nr. 2432. Die auf die Entstehungsgeschichte des § 2361 gestützte Annahme, daß ein neuer (richtiger) Erbschein auch schon dann erteilt werden könne, bevor der frühere (unrichtige) Erbschein eingezogen worden ist, ist jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn als Nachlaßgericht zwei oder mehrere Gerichte, die nicht derselben höheren Instanz unterstehen, miteinander konkurrieren.

§ 2363. 1. KGJ. **44** A 77, RJA. **12** 204, R. **13** Nr. 2744. Hat der Erblasser den Vorerben nur von einzelnen der im § 2136 aufgeführten Beschränkungen oder Verpflichtungen befreit, so sind auch diese Teilbefreiungen in dem dem Vorerben zu erteilenden Erbschein anzugeben (aM. Planck Anm. 2 zu § 2136, Anm. 4 zu § 2363; Staudinger Anm. 4 zu § 2136, Anm. 1 d zu § 2363; Leonhard Anm. II zu § 2363). Der Erbschein muß die Teilbefreiungen nachweisen, um der im § 52 GBO. vorgeschriebenen Eintragung als Grundlage (Saupe, Erbscheinverfahren 80) und auch um sonst seinem Legitimationszwecke vollständig zu dienen (RGRKomm. Anm. 4 zu § 2363).

2. ZBlFG. **14** 463 (Dresden). Sind nicht bestimmte Personen zu Nacherben eingesetzt, sondern entscheidet sich erst mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge, welche Personen zu Nacherben berufen sind, so kann in dem dem Vorerben zu erteilenden Erbscheine nur angegeben werden, in welcher Weise die Persönlichkeit des Nacherben bestimmt wird (KGJ. **42** A 224).

§ 2364. KGJ. **43** A 92, RJA. **12** 118, OLG. **26** 354. Ist ein Testamentsvollstrecker zur Ausübung der den Nacherben bis zum Eintritte der Nacherbfolge zustehenden Rechte ernannt, so ist diese Ernennung in den dem Vorerben zu erteilenden Erbschein aufzunehmen. Ist aber die Ernennung des Testamentsvollstreckers für den Vorerben lediglich deshalb von Bedeutung, weil er ihm gegenüber die Rechte des Nacherben ausübt (§ 2222), so ist in dem dem Vorerben zu erteilenden Erbschein außer der Ernennung des Testamentsvollstreckers anzugeben, daß dieser zur Ausübung der Rechte des Nacherben ernannt ist.

§§ 2365, 2368. I. Tragweite der durch den Erbschein begründeten Vermutung. 1. Josef, Rechtsvermutungen aus Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZBlFG. **14** 152, im Anschluß an Kuttner, JheringsJ. **61** 117, JDR. **11** zu § 891 BGB. u. § 292 ZPO. a) Der § 292 ZPO. legt zwar den Begriff der Vermutung dahin fest, daß Tatsachen Gegenstand der Vermutung seien, nicht aber das Bestehen eines Rechtes; der § 292 findet aber in den Fällen, wo Rechtsvermutungen aufgestellt werden, so für Eintragungen im Grundbuch und für den Erbschein (§§ 891, 2365) entsprechende Anwendung. Wenn der durch die Vermutung Beschränkte den Beweis des Gegenteils führt, so ist das Prozeßgericht in rechtlicher wie tatsächlicher Beziehung nicht gebunden an die Rechtsanschauung, die das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Erlaß dieser Entscheidungen betätigt hat. b) Das Prozeßgericht ist an die im Erbscheine zum Ausdrucke gekommene Entscheidung des Nachlaßgerichts gebunden, bis ihre Richtigkeit bestritten wird; sobald dies aber geschehen, hat das Prozeßgericht selbständig über das Erbrecht zu entscheiden. — Während der Nachweis der Erbfolge für das Registergericht nach § 12 Abs. 2 HGB. durch öffentliche Urkunden jeder Art geführt werden kann (z. B. auch durch rechtskräftige Urteile), kann er nach § 36 GBO. für das Grundbuch nur durch den Erbschein geführt werden. Daher darf das Grundbuchamt auch zur Widerlegung des Inhalts des Erbscheins Urkunden irgendwelcher Art (z. B. Testamente) nicht verwerten. c) Die Beweiskraft des Erbscheins ist nach § 417, nicht § 418 ZPO. zu beurteilen. Der Erbschein ergibt daher nicht, daß die über die Erbberechtigung ergangene Entscheidung richtig ist. Letzteres ist vielmehr nur nach den Bestimmungen des materiellen Rechtes (§ 2365) zu vermuten. d) Der Inhalt des Erbscheins gilt, solange nicht ein Beteiligter seine Unrichtigkeit geltend macht, als richtig, auch wenn er offensichtlich unrichtig ist. e) Erweist sich der der Erteilung des Erbscheins zugrunde gelegte Berufungsgrund als nicht bestehend, so steht die Vermutung des § 2365 BGB. dem als Erben Bescheinigten nicht mehr zur Seite. Dieser hat daher zu beweisen, daß ihm ein anderer Be-

rufungsgrund zur Seite stehe oder daß der Kläger des ihm gesetzlich zustehenden Erbrechts (durch Ausschlagung, Unwürdigkeitserklärung) verlustig gegangen sei.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1021, SeuffBl. **13** 322, WarnE. **6** 352, R. **13** Nr. 1159, 1160. Die Vermutung des § 2365 erstreckt sich nicht auf die einzelnen Umstände, welche geeignet sind, das im Erbscheine festgestellte Erbrecht zu begründen oder ein solches zu verneinen, sondern es wird ohne Beziehung hierauf eine Rechtsvermutung für die Richtigkeit des im Erbscheine bezeugten Erbrechts aufgestellt. Würde an die Stelle der Rechtsvermutung eine Beweisvermutung für die Richtigkeit aller der Tatsachen zu setzen sein, aus denen das im Erbscheine bezeugte Erbrecht hergeleitet werden kann, so würde diese Beweisvermutung sogar auf solche Tatsachen zu erstrecken sein, an die der Nachlaßrichter bei Ausstellung des Erbscheins gar nicht gedacht hat und unter Umständen gar nicht hat denken können. Deshalb genügt der als gesetzlicher Erbe auftretende Kläger seiner Pflicht zur Führung des Gegenbeweises dadurch, daß er nach den die Beweislastverteilung bei der Erbschaftsklage regelnden allgemeinen Grundsätzen die sein gesetzliches Erbrecht ergebenden Tatsachen beweist. Dem Beklagten bleibt es überlassen, zur Ausschließung dieses Erbrechts seine nähere Verwandtschaft mit dem Erblasser oder das Vorhandensein einer sein Erbrecht begründenden Verfügung von Todes wegen, insbesondere die Echtheit eines privatschriftlichen Testaments nachzuweisen.

II. Bedeutung des Erbscheins für den Grundbuchverkehr. 1. *Schwartze, GruchotsBeitr. **57** 333. Soweit der Erbschein im Privatverkehre mit gutgläubigen Dritten zwingt, hat der Grundbuchrichter auf Grund eines als unrichtig erkannten Erbscheins Eintragungen im Grundbuche vorzunehmen. Hat der Erbscheinerbe eine Hypothek des Erblassers unter Übergabe des Hypothekenbriefs in notariell beglaubigter Urkunde einem Dritten abgetreten, so erwirbt der Dritte die Hypothek ausnahmsweise dann nicht, wenn ihm die Unrichtigkeit des Erbscheins beim Erwerbe der Hypothek bekannt war. Beantragt der Dritte unter Überreichung des Hypothekenbriefs, die Hypothek auf ihn umzuschreiben, so darf der Grundbuchrichter den Antrag nicht ablehnen, weil der Antragsteller bei dem Erwerbe der Hypothek möglicherweise bösgläubig gewesen sein könne, die Gutgläubigkeit oder Bösgläubigkeit aber im Grundbuchverfahren unmöglich festzustellen sei. Josef (BuschsZ. **35** 360) hält den Grundbuchrichter in diesem Falle für berechtigt, den Umschreibungsantrag des Erwerbers so lange abzulehnen, bis er eine Erklärung des wahren Erben oder ein sie ersetzendes Urteil beigebracht habe, wodurch die Rechtswirksamkeit der vom Erbscheinerben erklärten Abtretung anerkannt sei. Diese Auffassung nimmt den §§ 2365 f. BGB. ihre Bedeutung. Die Gutgläubigkeit des Dritten ist vom Grundbuchrichter so lange anzunehmen, als nicht die Bösgläubigkeit erwiesen ist. Der wahre Erbe hat die Bösgläubigkeit des Dritten zur Zeit des Erwerbes der Hypothek zu beweisen. Gelingt ihm dies nicht mit den im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismitteln, so ist er auf den Prozeß angewiesen. Er vermag nicht zu hindern, daß der Dritte als Hypothekengläubiger eingetragen wird, und muß sich gegen Verfügungen über die Hypothek durch prozessuale Mittel schützen.

2. BayNotZ. **13** 424 (BayObLG.). Gibt der Inhalt eines Erbscheins zu begründeten Bedenken Anlaß oder liegen Tatsachen vor, die den Inhalt des Erbscheins unrichtig erscheinen lassen, so hat das Grundbuchamt nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, sich über die Rechtslage zu vergewissern und, sofern sich der Erbschein als unrichtig erweist, den hierauf gestützten Eintragungsantrag zurückzuweisen.

§ 2369. 1. Josef, ZBlFG. **14** 165. Das deutsche Nachlaßgericht kann betreffs des Nachlasses eines Ausländers nur den auf das inländische

Vermögen beschränkten Erbschein des § 2369 erteilen. Hat es demzuwider den unbeschränkten Erbschein erteilt, so hat dieser, da in ihm als dem größeren der beschränkte Erbschein enthalten ist, nur dieselbe Wirkung, wie sie der gegenständlich beschränkte Erbschein hat, d. h. der bescheinigte Erbe kann sich auf ihn nur berufen, soweit die Nachlaßgegenstände sich im Inlande befinden.

2. a) Dagegen RJA. **12** 210, ElsLothJZ. **13** 101, ElsLothNotZ. **13** 5, R. **13** Nr. 2747 (Colmar). Bei Beerbung eines — sei es im Inlande, sei es im Auslande verstorbenen — Ausländers, welcher Vermögen im Inlande hinterlassen hat, kann ein gegenständlich beschränkter Erbschein nach § 2369 auch dann erteilt werden, wenn das für die Beerbung maßgebende ausländische Recht die Einrichtung des Erbscheins überhaupt nicht kennt. So bei der Beerbung eines Franzosen bezüglich im Inlande befindlicher Forderungen. **b)** BayObLG. **14** 74, RJA. **13** 16, SeuffA. **68** 418, SeuffBl. **13** 328, DNotV. **13** 635, R. **13** Nr. 1161. Ein gegenständlich beschränkter Erbschein ist nicht nur im Falle des § 2369, sondern auch in anderen Fällen zulässig, in denen der Erbe zu seiner Legitimation eines Ausweises für einen einzelnen Fall bedarf, zu dessen Zwecken die mit unverhältnismäßigen Kosten verknüpfte Erteilung eines unbeschränkten Erbscheins nicht erforderlich ist. Es sei hier nur auf den Verkehr bei Hinterlegungsstellen (vgl. § 25 BayHO.), bei Banken usw. hingewiesen. Aus § 2369 ist nicht zu folgern, daß, wo dessen Voraussetzungen nicht zutreffen, der unbeschränkte Erbschein unzulässig sei. § 2369 gehört dem internationalen Privatrecht an und wäre auch erforderlich, wenn das BGB. den beschränkten Erbschein sonst allgemein zugelassen hätte. Der allgemeine und der beschränkte Erbschein unterscheiden sich voneinander nur nach ihrem Umfange, nicht nach ihrem Inhalt. Auch das BayGebührenG. Art. 90 und die BayNachlO. vom 20. März 1903 §§ 55, 56 stehen auf diesem Standpunkte, vgl. ferner § 81 Abs. 5, 6 PrGKG.

Neunter Abschnitt. Erbschaftskauf.

§ 2371. 1. Josef, ABürgR. **39** 298 — im Anschluß an OLG. **21** 360 — JDR. **9** Ziff. 1 zu § 2371, Ziff. 1 zu §§ 1438, 1439 (dort unrichtig mit OLG. **22** 360 bezeichnet) —. Verkauft ein Miterbe seinen Erbanteil und wird hierbei beurkundet, daß der Kaufpreis sofort beim Vertragsschluß oder noch vor erfolgter Feststellung des verkauften Erbteils zu berichtigen sei, so ist die Absicht der Beteiligten nicht bloß auf Abschluß des schuldrechtlichen Kaufvertrags, sondern zugleich auf Übertragung des Erbrechts gerichtet. In der Beurkundung, daß das Miterbrecht verkauft sei, ist daher regelmäßig zugleich die Beurkundung der erfolgten Übertragung zu finden. In jedem Falle ist der verkaufende Miterbe verpflichtet, die nach dem Vertragsschlusse noch erforderlichen Erklärungen abzugeben, deren der Käufer bedarf, um die Gegenstände zu erlangen, die auf den ihm verkauften Erbteil bei der späteren Auseinandersetzung gefallen sind.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1319. Die bloße Anerkennung eines Testaments durch die Beteiligten in notarieller Verhandlung ist kein Erbschaftskauf; sie vermag daher weitere Rechte, als sie das Testament ausweist, nicht zu begründen. Ist dieses nichtig, so wird es durch das Anerkenntnis, daß der Eingesetzte Erbe geworden sei, nicht gültig.

§ 2380. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 825. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, die Gefahr durch Versicherung zu decken.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Internationales Privatrecht.

Artt. 7—31. A. Materiellrechtliches. 1. DJZ. **13** 336. Verhandlungen der internationalen juristischen Konferenz vom 10./11. Februar 1913 über die Rechtsstellung der von einer Handelsgesellschaft im Auslande gegründeten Filiale.

2. DJZ. **13** 336 f. Verhandlungen der internationalen juristischen Konferenz vom 10./11. Februar 1913 über die Rechtsstellung des Agenten, der eine aus-ausländische Firma im Inlande vertritt.

3. NiemeyersZ. **23** 374—420. D. zur Gesetzesvorlage betr. das Haager Abkommen zur Vereinheitlichung des Wechselrechts vom 23. Juli 1912 und die zugehörige einheitliche Wechselordnung.

4. Langen, Der Schutz des Wechselverkehrs nach dem Haager Wechselrechtsabkommen vom 23. Juli 1912, Sonderabdruck aus der Festschrift der juristischen Fakultät Greifswald für Zitelmann (1913). Die Schrift behandelt die Sicherung des Wechselnehmers bei Erwerb der Rechte aus dem Wechsel, unter vergleichender Berücksichtigung der deutschen Wechselordnung und des internationalen Abkommens vom 23. Juli 1912.

5. Meyer, Die künftige Wechselordnung und der Entwurf eines Gesetzes über die Folgen der Verhinderung wechsel- und scheckrechtlicher Handlungen im Auslande, BankA. **12** 361—366, **13** 35—42, 57—59, 79—83. Der Verf. erörtert die Bestimmungen des auf der zweiten Haager Konferenz von 1912 geschaffenen und vom deutschen Reichstag angenommenen Entwurfes einer einheitlichen Wechselordnung und des noch der Kommissionsberatung unterliegenden Entwurfes eines Gesetzes über die Folgen der Verhinderung wechsel- und scheckrechtlicher Handlungen im Ausland unter Vergleichung mit den Bestimmungen des geltenden deutschen und fremden Rechtes. Er befürwortet die Errichtung eines internationalen Gerichts zur Entscheidung von Wechselsachen.

6. Meyer, Das Weltscheckrecht (Berlin 1913). Bd. I behandelt die geltenden Scheckgesetze in vergleichender Darstellung, Bd. II die Begründung des vom Verf. ausgearbeiteten Entwurfes eines einheitlichen Scheckgesetzes.

7. Klein, Die Haager Beschlüsse über das einheitliche Scheckrecht, aus Festgabe für Rießer (Berlin 1913).

8. *Klein, Zur Revision des Internationalen Privatrechts des ÖstBGB., ÖstZBl. **31** 289—292, erörtert mehrere Internationalprivatrechts-Gesetzgebungsfragen, insbesondere solche, die im EGBGB. Artt. 7—31 keine befriedigende Lösnng erfahren haben.

9. *Klein, Die Möglichkeit eines Weltprivatrechts, Zitelmann-Festschrift (1913). Problem: Wieweit ist eine materielle und formelle Einheit des Privatrechts aller Kulturvölker möglich und erstrebenswert? — Stand der Frage: Die neusten Forderungen nach einer Vereinheitlichung des Rechtes beschränken sich immer nur auf einzelne engbegrenzte Gebiete des Privatrechts, begehren ein Weltverkehrsrecht. — Würdigung der Schwierigkeiten, die gerade heute der Verwirklichung eines meist über das Weltverkehrsrecht hinausragenden Weltprivatrechts entgegenstehen [a) moderne große Privatrechtsmodifikationen und -entwürfe; b) scharfe politische Gegensätze unter den Kulturvölkern!]. — Wie kann Weltprivatrecht entstehen? Im Wege spontanen Gleichwerdens der verschiedenen Rechte, der Rezeption, der völkerrechtlichen Vereinbarung. Für die Weltprivatrechtsbestrebungen kommt

nur der letzte Weg in Frage. — Welche Vorteile erwarten die Weltprivatrechtsbestrebungen für die Gesetzgebung, Wissenschaft, Rechtsprechung, den Rechtsunterricht, die allgemeinen Beziehungen der Kulturvölker? (15—19). — Die Vereinheitlichung empfiehlt sich für das Obligationen- und Mobiliarsachenrecht, Ehegüterrecht, Recht an immateriellen Gütern, diejenigen erbrechtlichen Regeln, die die Erwerbsformen, Erwerbsfristen und die Schuldenhaftung betreffen, schließlich für die Rechtsgeschäfte. — Das Problem eines Weltprivatrechts ist nicht einer fernen Zukunft, sondern der Jetztzeit gestellt. Folgerungen: 20—23. Vgl. auch JDR. **5** 603 Ziff. 2.

10. Wieland, Das internationale Wechselrechtsübereinkommen vom 23. Juli 1912 und sein Geltungsbereich, GoldschmidtsZ. **74** 1—92. Der Verf. erörtert den Inhalt des Abkommens, indem er seinem Aufsatze I. den Wortlaut: 1. des „Abkommens über die Vereinheitlichung des Wechselrechts", 2. der „Einheitlichen Wechselordnung" und in einem weiteren Anhange II. den Wortlaut der Beschlüsse über die Vereinheitlichung des Scheckrechts beifügt.

11. Holmes, Das gemeine Recht Englands und Nordamerikas (The Common Law) in 11 Abhandlungen dargestellt, übersetzt von Rudolf Leonhard (Leipzig 1912).

12. Inhulsen, Der Handel nach England und das englische Handelsrecht. Praktisches Handelsbuch (Leipzig 1913).

13. Helten, Übersicht über die niederländische Handelsgesetzbuch- und Reichsliteratur der Jahre 1910 und 1911, GoldschmidtsZ. **73** 67 ff.

14. Schoen, Das bosnisch-herzegowinische, österreichische, ungarische und kroatische Handelsrecht in ihren Verschiedenheiten. Ein vergleichender und ergänzender Kommentar zum Handelsgesetze für Bosnien und die Herzegowina (Wien 1913).

15. Handelsgesetzbuch für Japan in der Fassung des Gesetzes vom 2. Mai 1911. Übersetzt von K. Vogt (Tokio 1911).

16. Luxemburgisches Handelsrecht. Textausgabe mit Erläuterungen (Luxemburg 1912).

B. Prozeßrechtliches. I. Literatur. 1. *Klein, Internationale Gerichtsbarkeit für das Gebiet des Weltwechselrechts, NiemeyersZ. **24** 112—122, legt im Anschluß an den „voeu" der Haager Wechselrechtskonferenz vom Jahre 1912 dar, daß für das gemeinsame Wechselrecht eine gemeinsame Gerichtsbarkeit geschaffen werden muß. Das geforderte „Weltgericht" komme nur als „internationaler Kassationshof", nicht als „internationaler Auslegungsgerichtshof" in Frage. Alsdann wird ausgeführt, welche Aufgaben dem Weltgericht in Zukunft zugewiesen werden könnten (114—118!).

2. Loening, Zur Frage eines internationalen Schiedsgerichts für Ansprüche gegen fremde Staaten, RuW. **2** 199—205. Der Verf. macht eine Reihe von Bedenken gegen die Errichtung eines ständigen Schiedsgerichtshofs zur Entscheidung vermögensrechtlicher Ansprüche gegen fremde Staaten geltend.

3. Edwin Katz, DJZ. **13** 837—841, befürwortet die Errichtung eines internationalen Schiedsgerichtshofs für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, der dann notwendig erscheint, wenn aus demselben Rechtsanspruche mehrere Angehörige verschiedener Staaten belangt werden sollen. Diese Notwendigkeit weist er an zahlreichen Beispielen nach. Er macht Vorschläge bezüglich der Zusammensetzung des Gerichts und bezüglich des Verfahrens.

4. Leader, Die Vollstreckung deutscher Urteile in England, JW. **13** 14 f. Es bedarf zwar formell einer neuen Klage vor dem zuständigen englischen Gerichte, man kann sich hierbei aber der Vorteile des summarischen Verfahrens gemäß order XIV Rule 1 der „Rules of the Supreme Court" bedienen.

5. Hausmeister, Das Aufgebotsverfahren bzw. seine Ersatzgebilde im

französischen Rechte (mit Berücksichtigung internationaler Kollisionsnormen), RheinZ. **5** 449 ff.

6. Wagner, Die öffentliche Urkunde als Mittel der Vollstreckungsrechtshilfe zwischen Österreich und dem Deutschen Reiche (Vortrag in der Wiener juristischen Gesellschaft), DNotV. **13** 241—277, ÖstGZ. **13** 61—64, JBl. **13** 41 f. Der Vortragende zeigt, daß die rechtliche Gleichstellung der gerichtlichen und notariellen Urkunden in beiden Staaten unschwer möglich und in welcher Richtung ein Ausbau des geltenden Rechtes dazu notwendig wäre. Er befürwortet diese Gleichstellung als dringende Pflicht.

7. Gleicher Auffassung Feige, DNotV. **13** 392 ff., unter Hinweis auf eine von Vierhaus angeregte, weitere auf § 722 ZPO. bezügliche Vereinfachung.

8. Breit, Zum Ausländerforum, JW. **13** 366—368. Das Ausländerforum des Vermögens ist auch dann gegeben, wenn dem Ausländer lediglich gegen den klagenden Inländer eine Forderung zusteht und diese selbst geringer ist als die dem Inländer zustehende Forderung.

9. Lebrecht, Haager Abkommen über den Zivilprozeß vom 17. Juli 1905 (Mannheim 1913). Verf. bringt außer dem Texte des Abkommens selbst nebst Erläuterungen noch den Text des deutschen AG. vom 5. April 1909, die zur Ergänzung des Abkommens geschlossenen Staatsverträge und Ausführungsvorschriften.

10. DJZ. **13** 337. Verhandlungen der internationalen juristischen Konferenz vom 10./11. Februar 1913 über die Vereinfachung und Erleichterung von Zustellungen im internationalen Verkehr und die Vollstreckung der Zivilurteile im Auslande.

II. Rechtsprechung. 1. NiemeyersZ. **23** 302—312 (Karlsruhe). Die Gegenseitigkeit der Urteilsvollstreckung ist für das Gebiet des Kantons Basel-Stadt verbürgt.

2. NiemeyersZ. **23** 293—302 (Karlsruhe). Für die Vollstreckbarkeit französischer Urteile im Großherzogtum Baden gilt noch der französisch-badische Rechtshilfevertrag vom 16. April 1846, der die Gegenseitigkeit verbürgt.

3. MittfAGA. **4** 90 f. (Traunstein) über die Zwangsvollstreckung aus ausländischen (österreichischen), im Inlande beurkundeten Vaterschaftsanerkenntnissen.

4. ÖstZBl. **13** 362—364 (OGH.). Ein Erkenntnis oder Kostenfestsetzungsbeschluß eines deutschen Gerichts in einem Streite wegen unlauteren Wettbewerbes kann in Österreich nicht vollstreckt werden, weil nach österreichischem Rechte der Anspruch entweder den ordentlichen Gerichten entzogen oder jedenfalls das Gericht örtlich unzuständig war. Ob der Beklagte sich auf den Streit eingelassen, ist gleichgültig.

5. **RG. 82** 29—31. Nur wenn in einem Einzelfalle die ausländische Kostenfestsetzung jedes billige oder noch allenfalls als der Sache entsprechend anzuerkennende Maß offensichtlich weit unter sich ließe, könnte vielleicht angenommen werden, daß es sich mit den guten Sitten nicht vereinigen ließe, wenn die inländischen Gerichte zur Durchführung einer solchen Entscheidung die Hand böten.

6. HansGZ. **13** Beibl. 84 (Hamburg). Die im § 606 Abs. 4 ZPO. vorgesehene Gegenseitigkeit ist in England gegeben; denn nach englischem Rechte können gegen Engländer, die England verlassen haben und deren gegenwärtiger Aufenthalt unbekannt ist, Ehescheidungsverfahren an dem letzten bekannten Wohnort eingeleitet werden.

7. **RG.** BayRpflZ. **13** 73 f. Die Ehe ist auch für das Inland gültig. Sie konnte in der nach russischem Rechte vorgeschriebenen Form geschlossen werden. Danach genügte die Trauung durch den Oberpastor der evangelischen P.-Kirche in Moskau.

9. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1037—1042, ZBlFG. **13** 643, R. **12** Nr. 3295. Daraus, daß bei der Zwangsvollstreckung in ein ausländisches Schiff die inländischen Bestimmungen keine Anwendung finden sollen, welche die Eintragung in „das" Schiffs-

register voraussetzen, folgt nichts dafür, welche ausländischen Normen über Schiffspfandrechte im Inlande anwendbar sind; insbesondere ist damit nicht gesagt, daß die Berücksichtigung ausländischer Schiffspfandrechte nicht von deren Eintragung in „ein" Schiffsregister abhängig sein soll.

10. **RG.** BayRpflZ. **13** 74. Das Ehescheidungsurteil besitzt für das Inland keine Rechtskraftwirkung, obwohl es nach russischem Rechte rechtskräftig ist. Allerdings enthalten die Artt. 1273—1280 RussZPO. von 1864 Vorschriften, aus denen die Gegenseitigkeit gefolgert werden könnte. Sie sind aber nach Art. 1273 nur anzuwenden, wenn ein Gegenseitigkeitsvertrag vorliegt, und ein solcher besteht nicht. Es kann deshalb nach § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. das Urteil nicht anerkannt werden.

Art. 7. I. Literatur. 1. *Mendelssohn-Bartholdy, GoldschmidtsZ. **73** 60. Die Legitimation des Konkursverwalters zu Verfügungen an Stelle des Gemeinschuldners ist nach dem Rechte des Staats zu beurteilen, in dem der Verwalter bestellt ist. Für den Umfang dieser Legitimation ist nicht internationales Prozeßrecht maßgebend, sondern internationales Privatrecht, selbst wenn man den Konkurs als Prozeß auffaßt.

2. Marcuse, Die Beschränkung der Erwerbstätigkeit der Ausländer, HoldheimsMSchr. **13** 21—26.

II. Rechtsprechung. 1. ElsLothJZ. **13** 490—497 (Colmar). Die Frage, welcher Rechtsordnung die örtlichen und zeitlichen Kollisionsnormen zu entnehmen sind, ist nach dem heute geltenden inländischen Gesetze zu entscheiden. Die zeitlichen Kollisionsnormen des EGBGB. sind nicht früher in Geltung getreten als die materiellen Sätze des BGB.

2. ElsLothJZ. **13** 490—497 (Colmar). Französische Ehefrauen sind prozeßfähig, bedürfen aber unter Umständen der Ermächtigung des Ehemanns zur Prozeßführung, auch in Deutschland.

3. ElsLothJZ. **13** 490—497, DJZ. **13** 174 f. (Colmar). Da die im Art. 3 Abs. 2 Code civil enthaltene lex rei sitae auch für das eheliche Güterrecht gilt, so findet auf Verfügungen eines französischen Ehemanns über im Inlande befindliche, gütergemeinschaftliche Grundstücke § 1445 BGB. Anwendung. Die Frau kann demgemäß nach § 894 BGB. auf Berichtigung des Grundbuchs klagen, und zwar ohne Ermächtigung des Ehemanns, da es dieser nach dem insoweit anzuwendenden deutschen Rechte des § 1449 BGB. nicht bedarf.

4. ElsLothJZ. **13** 249—254 (Colmar). Für die Frage der Geschäftsfähigkeit einer waadtländischen Ehefrau, welche einen Vergleich über ihre gesetzlichen Unterhaltungsansprüche abschließt, ist das waadtländische Recht maßgebend. Danach ist eine Ehefrau nur mit Ermächtigung ihres Ehemanns und der zwei nächsten Verwandten geschäftsfähig; der Mangel der Geschäftsfähigkeit begründet aber nur relative Nichtigkeit (Code civil vaudois Artt. 117, 119, 125). Der Rechtsbeständigkeit eines solchen — außerhalb eines Ehescheidungsprozesses — von Schweizern vor einem deutschen Gerichte geschlossenen Vergleichs steht Art. 6 HaagEhescheidAbk. vom 12. Juni 1902 nicht entgegen; denn diese Bestimmung setzt einstweilige Maßregeln voraus, die an sich innerhalb des Ehescheidungsprozesses liegen.

5. OLG. **25** 333, NiemeyersZ. **23** 358 f. (Hamm). Das Konkursvorrecht des § 61 Nr. 2 KO. steht ausländischen Staatskassen nicht zu.

Art. 8. I. Literatur. *Sauerländer, Das Haager Abkommen über die Entmündigung und gleichartige Fürsorgenmaßregeln, BayRpflZ. **13** 288 bis 291. Kurze Darstellung des Inhalts des Abkommens und des neuen gegenüber dem bisherigen Zustande. Das Verfahren mit vorläufigen Maßregeln (Art. 23 EGBGB.) bleibt im wesentlichen unberührt, dagegen werden die Voraussetzungen für die Entmündigung von Ausländern von Grund aus umgestaltet.

II. Rechtsprechung. **RG. 80** 262, NiemeyersZ. **23** 326—330, JW. **13** 96—98 Nr. 13. Eine im Ausland erfolgte Prodigalitätserklärung muß auch vom inländischen Richter berücksichtigt werden. Das Haager Abkommen vom 17. Juli 1905 „über die Entmündigung und gleichartige Fürsorgemaßregeln" findet auch auf einen vor der Ratifikation liegenden Tatbestand Anwendung.

Art. 10. 1. *E. Heymann, Trustee und Trusteecompany im deutschen Rechtsverkehre 7 ff. (Weimar 1910). Die englische Company und insbesondere inkorporierte Trusteecompany des englischen Rechtes, eine juristische Person, welche als Treuhänder für einen hinter ihr stehenden nicht rechtsfähigen Verein auftritt, hat im Deutschen Reiche Rechtsfähigkeit, und zwar als handelsrechtliche Gesellschaft, ohne daß sie der Anerkennung durch den Bundesrat bedürfte, gleichgültig, ob sie Handelszwecke oder andere Zwecke verfolgt. Doch erwerben solche companies „not for profit", welche sich gemäß s. 20 der Company-Act von 1908 in England nicht reg strieren lassen, die Rechtsfähigkeit nur durch Bundesratsbeschluß.

2. Schwandt, Die deutschen Aktiengesellschaften im Rechtsverkehre mit Frankreich und England (Marburg 1912). Der Verf. behandelt zunächst die sog. Nationalitätsfrage der Aktiengesellschaften und gelangt dabei zu der von der herrschenden Ansicht abweichenden Auffassung, daß die Aktiengesellschaft die Nationalität desjenigen Landes besitze, von dem sie mit Rechtsfähigkeit ausgestattet worden sei. Die herrschende Meinung sucht das Nationalitätskriterium in dem Sitze der Aktiengesellschaft, den sie als den Verwaltungssitz oder den Betriebsmittelpunkt auffaßt. Im II. Teile wird die Verlegung des Sitzes deutscher Aktiengesellschaften nach Frankreich und England, im III. die Stellung der Niederlassungen deutscher Aktiengesellschaften in den genannten Ländern unter eingehendster Berücksichtigung der ausländischen Rechte behandelt. Der Verf. bejaht hierbei im Gegensatze zur herrschenden Meinung der Möglichkeit einer Verlegung des Sitzes einer deutschen Aktiengesellschaft nach Frankreich oder England ohne Auflösung und ohne Verlust der Rechtsfähigkeit (s. JDR. **11** 521).

Art. 11. A. Allgemeines. 1. **RG.** JW. **13** 1154 f. Nr. 11. Der deutsche Prozeßrichter hat, soweit ihm nicht Schranken gezogen sind, grundsätzlich stets von der Maßgeblichkeit des deutschen Prozeßrechts auszugehen.

2. **RG.** JW. **13** 552—554 Nr. 20. Für die Frage, welches Recht zur Anwendung kommen soll, ist in erster Linie der Parteiwille maßgebend. Sie kann auch durch stillschweigende Parteivereinbarung bestimmt werden. Sie danach zu beantworten, daß auf die Vertragsverhältnisse das Recht des Erfüllungsorts anzuwenden sei, geht nicht an, weil, abgesehen von Bedenken, die diesem Grundsatz im allgemeinen entgegenstehen, hier erst nach dem anzuwendenden Rechte bestimmt werden soll, welcher Ort als Erfüllungsort anzusehen ist.

B. Besonderes. I. Schuldverhältnisse. 1. Verträge im allgemeinen. a) R. **13** Nr. 70 (BayObLG.). Auslegung und Wirkung eines Vertrags müssen nicht notwendig nach dem nämlichen Rechte bestimmt werden. b) **RG. 81** 273—276, JW. **13** 436 f. Nr. 14. Wenn bei gegenseitigen Verträgen jeder Teil im Gebiet eines anderen Rechtes zu erfüllen hat, so darf eines dieser Rechte dem ganzen Vertrage nur dann zugrunde gelegt werden, wenn die räumlichen Beziehungen des streitigen Verhältnisses so verschiedenes Gewicht haben, daß die eine davon allen anderen gegenüber erkennbar den Ausschlag gibt. c) **RG.** NiemeyersZ. **23** 340—342. Ist der eine Vertragsteil Italiener und wohnt in Italien, ist der Vertrag in Verona geschlossen und von beiden Teilen dort zu erfüllen, so ist mangels besonderer Umstände italienisches Recht maßgebend. d) **RG.** NiemeyersZ. **23** 346—350, LeipzZ. **13** 546 (schon zit. **RG. 78** 55). Für die An-

fechtung eines obligatorischen Vertrags wegen Irrtums ist das Recht des Erfüllungsorts maßgebend.

2. Kaufvertrag. a) BadRpr. **13** 45 f. (Karlsruhe). Welches Recht ist anzuwenden, wenn der ausländische Lieferant den inländischen Käufer auf den Kaufpreis verklagt? Als maßgebend anzusehen ist das die streitige Verpflichtung beherrschende örtliche Recht. Da im vorliegenden Falle nur Streit bestand über die Frage, ob der Beklagte den angeforderten Kaufpreisrest noch schulde oder ob er, wie er geltend macht, von dieser Schuld frei geworden sei, so kam das deutsche Recht zur Anwendung, einerlei ob man das Recht des Erfüllungsorts der streitigen Verpflichtung oder das Personalstatut des Verpflichteten für maßgebend ansieht. b) HansGZ. **13** Hptbl. 131 f. (Hamburg) — durch **RG.** HansGZ. **13** Hptbl. 282 f. bestätigt —. Für einen zwischen einem Hamburger und einem Antwerpener in Hamburg mit der Klausel „Hamburger Arbitrage" abgeschlossenen Kaufvertrag, nach dem in Hamburg frei Steamer zu liefern ist, gilt deutsches Recht. c) HansGZ. **13** Hptbl. 45 f. (Hamburg). Die Folgen des Verzugs beim Kaufvertrage, wenn Käufer und Verkäufer verschiedenen Rechtsgebieten angehören, bestimmen sich nach dem Rechte des Erfüllungsorts. Das französische Recht verlangt zur Geltendmachung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht die vorherige Setzung einer Nachfrist. d) **RG. 81** 273—276, LeipzZ. **13** 475, JW. **13** 436 f. Nr. 14. Für die Frage, ob ein ausländischer Käufer unverzüglich zu rügen hat, ist im Zweifel nur das Recht seines eigenen Erfüllungsorts maßgebend. Gleichgültig ist, ob der Käufer kraft der fob-Klausel die Frachtkosten bis zur Einladung in das Schiff in Hamburg zu tragen hatte und das Gewicht der Ware dort zu ermitteln war. e) OLG. **20** 177, NiemeyersZ. **23** 339 f. (Colmar). Für die Wandlungsklage ist das Recht des Erfüllungsorts maßgebend.

3. Börsengeschäfte. a) NiemeyersZ. **23** 369—371 (Hamburg). § 58 BörsG. gilt nicht für Börsentermingeschäfte an einer ausländischen Börse. b) NiemeyersZ. **23** 372 f. (Hamburg). Das Verbot des § 63 BörsG. bezieht sich nicht auf einen Handel an ausländischen Börsen.

4. Wechselrecht. a) **RG.** LeipzZ. **13** 674 f. Ist das Indossament in Schweden vorgenommen und zu erfüllen, so muß es auch mit Bezug auf seine Rechtswirkung nach schwedischem Recht beurteilt werden. In Schweden aber steht das Nachindossament, das in dem geltenden WechselG. vom 7. Mai 1880 überhaupt nicht erwähnt wird, dem Vorindossament gleich; wie dieses, verschafft es dem Indossatar selbständiges Wechselrecht (vgl. Tybjerg, Handelsgesetz des Erdballs, X. Skandinavien 11 f. Anm. 1; F. Meyer, Weltwechselrecht I 204). b) OLG. **25** 218, NiemeyersZ. **23** 342 f. (Hamburg). Auf Grund englischer „promissory notes" kann im Wechselprozesse geklagt werden (s. JDR. **11** 524 B VI).

5. Unerlaubte Handlungen. **RG.** NiemeyersZ. **23** 316—319. Nach § 823 BGB. werden — unter Voraussetzung ihrer Verletzung im Inlande — auch solche Rechte geschützt, die nach ausländischen Gesetzen begründet sind, sofern nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts der deutsche Richter die Maßgeblichkeit der ausländischen Gesetze für das Bestehen dieses Rechtes anzuerkennen hat.

II. Dingliches Recht. 1. Literatur. Haberstumpf, § 313 BGB. und Art. 11 EGBGB., BayNotZ. **14** 217 f. Ist ein obligatorischer Vertrag über ein ausländisches Grundstück in Deutschland geschlossen, so ist er gültig, wenn die Form des ausländischen Rechtes gewahrt ist.

2. Rechtsprechung. a) **RG. 81** 283—287. Ob ein mit dem Anspruch aus Lieferung von Schiffsbedürfnissen für ein deutsches in Kopenhagen liegendes Schiff ein Schiffsgläubigerrecht verbunden ist, entscheidet sich nach dänischem Rechte als lex contactus, die zugleich auch die für die Entstehung dinglicher Rechte maßgebliche lex rei sitae ist. b) **RG.** EisenbE. **29** 458 f., LeipzZ. **13**

687—689. Für die Entstehung dinglicher Rechte ist das Recht des Ortes maßgebend, wo sich die Sache befindet.

III. Familienrechtliches. BadRpr. **13** 78 (Karlsruhe). Welches Recht findet auf einen Schadensersatzanspruch wegen Verlöbnisbruchs Anwendung?

IV. Erbrechtliches. **RG.** JW. **13** 333 Nr. 19, DNotV. **13** 343. Das im Inlande nach inländischen Vorschriften aufgenommene Testament eines Österreichers ist gültig und wird auch in Österreich anerkannt.

V. Konkursrechtliches. 1. OLG. **19** 138, NiemeyersZ. **23** 354 f. (Dresden). Der im Ausland eröffnete Konkurs unterbricht den im Inland anhängigen Rechtsstreit nicht, wenn nicht besondere in Staatsverträgen enthaltene konkursrechtliche Vorschriften etwas anderes bestimmen.

2. NiemeyersZ. **23** 320—326 (Karlsruhe). Grundsätze des internationalen Konkursrechts für die Anfechtungsklage eines schweizerischen Konkursamts gegen den Verwalter eines in Baden eröffneten Konkurses.

3. LeipzZ. **13** 415 (Schweiz. Bundesgericht) über die Unverbindlichkeit des im Auslande geschlossenen Zwangsvergleichs für den inländischen Richter.

Art. 13. 1. **RG. 78** 234, NiemeyersZ. **23** 333—335. Eine von einem katholischen Österreicher mit einer geschiedenen deutschen Protestantin während Lebzeiten des geschiedenen Ehemanns geschlossene Ehe ist gültig.

2. OLG. **24** 19, NiemeyersZ. **23** 331—333 (KG.). Die deutsche Eheschließung eines durch deutsches Urteil geschiedenen Italieners ist trotz Art. 56 Codice civile gültig.

3. SeuffBl. **13** 158 f. (BayObLG.). Kann ein kinderloser katholischer Inländer, der sich in Rußland im Jahre 1883 mit einer evangelischen Russin rechtsgültig verheiratet, aber dort im Jahre 1901 von ihr durch das zuständige evangelische Konsistorium mit Rechtskraft für das russische Recht scheiden ließ, ohne Genehmigung dieser Frau einen anderen an Kindes Statt annehmen? Die Frage wird in ausführlicher Begründung verneint, weil die Ehe auch für das Inland als gültig geschlossen anzuerkennen, jedoch dem Scheidungsurteile — mangels Gegenseitigkeit — die Rechtskraftwirkung zu versagen ist.

4. OLG. **26** 211 (Dresden). Art. 13 Satz 1 EG. bezieht sich nicht nur auf die materiell-rechtlichen Erfordernisse im engeren Sinne, sondern auch auf Willensmängel bei Schließung der Ehe, sowie auf die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe und die hiermit verbundenen Wirkungen. Es würde deshalb für den Kläger als Nordamerikaner dessen nationales Recht und für die Beklagte als ursprüngliche Deutsche das deutsche Recht anzuwenden sein, wenn nicht das nordamerikanische Recht eine Rückverweisung auf das deutsche Recht enthielte und aus diesem Grunde für beide Parteien gleichmäßig das deutsche Recht (§§ 1330 ff. BGB.) anzuwenden wäre (Art. 27 EG.).

5. SächsOLG. **34** 224—228. Eine zwischen einem von Tisch und Bett geschiedenen Österreicher und einer Deutschen in Schottland eingegangenen Ehe ist nichtig. Die Ehe wäre nur gültig, wenn sie sowohl nach österreichischem wie nach deutschem Rechte zu Recht bestünde. Das erste Haager Abkommen vom 12. Juni 1902 muß schon deshalb außer Betracht bleiben, weil es nach seinem Art. 8 nur auf solche Ehen Anwendung findet, die im Gebiete der Vertragsstaaten geschlossen sind, Großbritannien aber dazu nicht gehört. Nach österreichischem Rechte aber ist die Ehe mit Rücksicht auf § 111 ABGB. nichtig, und zwar wurde an dieser Rechtslage auch dadurch nichts geändert, daß der Mann zur evangelischen Konfession übertrat.

6. FrankfRundsch. **46** 214—220 (Frankfurt). Die Frage, ob die Anfechtungsklage der Klägerin nach deutschem oder italienischem Rechte zu beurteilen ist, ist nach Art. 13 EGBGB. zu entscheiden. Danach wird die Eingehung einer Ehe,

sofern auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, in Ansehung eines jeden der Verlobten nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem er angehört. Die Klägerin war als Verlobte Reichsdeutsche, für die Frage, ob sie ihre Ehe mit dem Beklagten wegen wesentlichen Irrtums anfechten kann, ist also das deutsche Recht maßgebend.

Art. 14. OLG. **26** 232, R. **13** Nr. 2121 (Braunschweig). Ist nur der Mann Deutscher, weil nur er naturalisiert ist, so sind Rechte der Ehegatten gegeneinander nur insoweit begründet, als sie ihnen nach den Gesetzen beider Staaten zustehen.

Art. 15. *Graf Luxburg, NiemeyersZ. **23** 20—227. Der Verf. gibt in vier Abschnitten eine Darstellung des geltenden deutschen Internationalrechts des ehelichen Güterrechts. Der erste Abschnitt behandelt allgemeine Fragen: Durch die logische Struktur der Internationalrechtssätze wird die Ansicht widerlegt, daß das internationale Privatrecht nicht materielles Recht sei. Auch die Zweckgedanken des deutschen Internationalrechts des ehelichen Güterrechts (Artt. 15, 28, 16 EGBGB.) sind privatrechtlichen, nicht völkerrechtlichen Ursprunges und liegen in den Interessen der Privatbeteiligten. Die Vorstellung der Kompetenz-Kompetenz, weil völkerrechtlich, ist zu verwerfen. Das Interesse der Privatbeteiligten an der Einheitlichkeit ihres Vermögensrechts verlangt bei Gesamtvermögensstatuten (eheliches Güterrecht, Erbrecht) neben den Inlandsbeziehungen zweiter Ordnung, die der Auffindung des maßgebenden Rechtes dienen, eine Inlandsbeziehung erster Ordnung, von welcher die Erfassung des Gesamtververmögens durch die Kollisionsnorm eines bestimmten Staates abhängig ist. Im ehelichen Güterrecht ist dies, ohne Rücksicht auf die Wahl der Inlandsbeziehung zweiter Ordnung, der jeweilige Wohnsitz der Ehegatten. Das a priori-Postulat wird bestätigt durch die Logik des Art. 15 Abs. 2 im Zusammenhange mit dem im Art. 28 EG. enthaltenen allgemeinen Prinzipe. Der im Art. 15 Abs. 2 aaO. erwähnte Wohnsitz ist Inlandsbeziehung erster Ordnung, die dort erwähnte Staatsangehörigkeit gleichfalls; diese ist jedoch ein aus der bekannten Tendenz zur Bevorzugung des deutschen Rechtes zu erklärender Mißgriff. Bei Beantwortung der Frage, ob alle Rechte zu schützen sind, die unter der Herrschaft der Kollisionsnorm eines bestimmten Staates erworben sind und später unter die Herrschaft eines anderen Staates mit abweichender Kollisionsnorm kommen, sind Hauptrechte und sekundäre (abgeleitete) Rechte zu unterscheiden. Erstere werden getroffen, letztere geschützt. Bei der Feststellung der Grenzen zwischen der Materie des ehelichen Güterrechts und den anderen Rechtsgebieten entscheiden gleichfalls die Interessen der Privatbeteiligten und deshalb internationale Gesichtspunkte, wie sich praktisch auf dem Gebiete der Rechtsvermutungen des ehelichen Güterrechts zeigt. Die Einzeluntersuchung im zweiten und dritten Abschnitt ergibt für das deutsche Internationalrecht die Herrschaft des Nationalitätsprinzips bei Bestimmung der Inlandsbeziehungen zweiter Ordnung, daneben jedoch ein weites Feld für das Domizilprinzip und das Territorialitätsprinzip. Die Begriffe Staatsangehörigkeit, Wohnsitz usw. sind jeweils aus dem Zweckgedanken, dem sie ihre Entstehung verdanken, näher zu bestimmen, insbesondere bei angeblicher Kollision mehrerer „gleicher" Inlandsbeziehungen. Zweckgedanke in Art. 29 EG. ist das Domizil-, nicht das Nationalitätsprinzip. Das Territorialitätsprinzip herrscht in Artt. 16 Abs. 2, 28 und 30 EG. Die Meistbegünstigungsklausel der erstgenannten Vorschrift geht nur auf die Gunst des abstrakten Inhalts, nicht der konkreten Anwendung der ausländischen Norm. Das Verbot des Verstoßes gegen gute Sitte im Art. 30 EG. ist verwirrend und überflüssig, weil nichts anderes als ein Gebot der territorialen Anwendung derjenigen deutschen Normen, die jenen Verstoß verbieten. Im internationalen Ehevertragsrecht ergeben sich Abweichungen infolge der Vorherrschaft des Interesses der Ehegatten an möglichst großer Ehevertrags-

freiheit. Der Schutz erworbener Rechte im räumlichen Wechsel der Kollisionsnormen erstreckt sich hier auf den gesamten durch Ehevertrag geschaffenen Güterstand. Art. 7 EG. ist als Statut der Ehevertragsfähigkeit ausnahmsweise Gesamtvermögensstatut und hat deshalb ausnahmsweise eine beschränkte räumliche Geltung wie Art. 15 EG. Das Problem des zeitlichen Konflikts der Kollisionsnormen eines und des nämlichen Staates tritt zutage im Zusammentreffen des Rechtes des EGBGB. mit dem IV. Internationalen Haager Abkommen vom 17. Juli 1905 und mit dem gemeinen und Partikularrecht aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900. Die bisherigen theoretischen Grundlagen sind ungenügend und unhaltbar. Die Verwirrung ist durch den gleichzeitigen räumlichen Konflikt der Partikularrechte entstanden. Die Lösung dieses Konflikts ist schon im ersten Abschnitte gegeben und wird hier nur auf die verschiedenen Materien angewendet. Dazu kommt, daß neues Reichsrecht nur anwendbar ist, wenn es im ganzen Reiche angewendet werden kann; sonst würde der Zweck des BGB., die Rechtsvereinheitlichung, nicht erreicht werden.

Art. 17. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 717—722. Über die Zuständigkeit eines „deutschen Konsulargerichts" für einen Ehescheidungsprozeß zwischen Schweizer Bürgern und die Anwendung des Schweizer Ehescheidungsrechts.

2. **RG.** JW. **13** 1154 f. Nr. 11. Über die Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Scheidungsklage zwischen Österreichern (s. auch Art. 13).

Art. 19. 1. **RG.** NiemeyersZ. **23** 336 f. Aus Art. 19 EGBGB. ist der Grundsatz zu entnehmen, daß über die Rechte der Eltern ihren Kindern gegenüber das Recht des Staates entscheidet, dem der Vater (eventuell die Mutter) angehört.

2. **RG. 81** 373—378, JW. **13** 544—546 Nr. 10. Die Anordnung einer ausländischen Behörde, wonach ein minderjähriges Kind nicht von dem im Auslande schuldlos geschiedenen, sondern von dem anderen Ehegatten erzogen werden soll, bindet die deutschen Gerichte nicht, wenn der schuldlos geschiedene Ehegatte hinterher die deutsche Reichsangehörigkeit erlangt hat.

3. **RG.** SeuffA. **68** 163—165, NiemeyersZ. **23** 316—319. Das Rechtsverhältnis zwischen niederländischen Eltern und ihrem ehelichen Kinde ist nach dem aus Art. 19 EGBGB. zu entnehmenden allgemeinen Grundsatze nach niederländischem Rechte zu beurteilen. Demnach kann der Vater des ehelichen Kindes, da er allein zur Ausübung der elterlichen Gewalt berufen ist, von der Mutter die Herausgabe des Kindes verlangen.

4. ZBlFG. **13** 469—472 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB., nach der das Vormundschaftsgericht befugt ist, bezüglich der aus einer geschiedenen Ehe hervorgegangenen Kinder eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Anordnung zu treffen, wenn eine solche im Interesse der Kinder aus besonderen Gründen geboten erscheint, ist nicht eine bloße Zuständigkeitsnorm, sondern vormundschaftsrechtlicher, also auch materiell-rechtlicher Natur.

5. BayRpflZ. **13** 311 (BGH.). Ein im Auslande geschlossener Vertrag über religiöse Kindererziehung ist in Bayern trotz des Mangels einer besonderen Form gültig, wenn das für die Form maßgebende ausländische Recht solche Verträge überhaupt nicht kennt.

6. RJA. **12** 611, ZBlFG. **13** 469—472 (BayObLG.). Die Frage, ob das Recht der Eltern bezüglich der Sorge für die Kinder aus geschiedenen Ehen als eine Wirkung der Ehescheidung nach dem diese regelnden Art. 17 EGBGB. zu beurteilen ist, in welchem Falle sich ohne weiteres aus dem Art. 27 die Anwendbarkeit des deutschen Rechtes ergeben würde, oder nach dem das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem ehelichen Kinde betreffenden Art. 19, ist strittig; sie kann aber dahingestellt bleiben; denn auch bei Anwendung des Art. 19 würde sich ergeben, daß der Fall nach deutschem Rechte zu beurteilen ist. Der Art. 19 bestimmt nur,

daß das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und den ehelichen Kindern nach deutschem Rechte zu beurteilen ist, wenn der Vater oder nach dessen Tode die Mutter die Reichsangehörigkeit besitzt; er enthält aber keine Bestimmung für den Fall, daß der Vater Ausländer ist. Es kann aber aus dem Art. 19 unbedenklich der allgemeine Grundsatz entnommen werden, daß über die Rechte der Eltern gegenüber ihren Kindern das Recht des Staates entscheidet, dem der Vater bzw. die Mutter angehört.

7. OLG. **26** 264, NiemeyersZ. **23** 365—369 (BayObLG.). Bezüglich der religiösen Erziehung des Kindes ist nach bayerischem Rechte das Territorialitätsrecht maßgebend.

8. OLG. **26** 264, NiemeyersZ. **23** 364 f. (Hamburg). Bezüglich der religiösen Erziehung des Kindes ist nach BGB. und Hamburger Recht das Recht der Staatsangehörigkeit des Ehegatten, dem die Sorge für die Person des Kindes zusteht, maßgebend.

Art. 22. *Sternberg, Die behördliche Mitwirkung bei der Ehelichkeitserklärung und der Annahme an Kindesstatt im deutschen internationalen Privatrechte, JW. **13** 567—574. I. 1. Sind bei einer Ehelichkeitserklärung oder einer Annahme an Kindesstatt ein deutscher Vater oder Annehmender und ein fremdes Kind beteiligt, so sind zur Ehelichkeitserklärung eine Verfügung der Staatsgewalt zur Annahme an Kindesstatt die gerichtliche Bestätigung des Annahmevertrags, und zur Beseitigung des Altershindernisses aus § 1744 die Bewilligung der Befreiung notwendig. Ob zum Zwecke der Willensergänzung eines Beteiligten eine Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts notwendig ist, richtet sich, wenn die gesetzliche Vertretung des betreffenden Beteiligten einem Elternteile zusteht, nach dem Heimatsrechte des Elternteils, andernfalls nach dem Heimatsrechte des betreffenden Beteiligten. Die Frage, ob die Einwilligung der Eltern oder der unehelichen Mutter des zu legitimierenden oder zu adoptierenden Kindes durch eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt werden kann, richtet sich immer nach dem Heimatsrechte der Eltern oder der unehelichen Mutter. 2. Besitzt nur das zu legitimierende oder zu adoptierende Kind, oder weder dieses noch der Vater oder Annehmende die Reichsangehörigkeit, so ist die Frage, ob zur Ehelichkeitserklärung eine Verfügung der Staatsgewalt, zur Annahme an Kindesstatt eine gerichtliche Bestätigung des Annahmevertrags und unter den Voraussetzungen des § 1745 die Bewilligung einer Befreiung notwendig ist, nach den Gesetzen des Heimatsstaats des Vaters zu beurteilen. Besonderes gilt jedoch nach Art. 22 Abs. 2 EGBGB. für die Adoption eines deutschen Kindes durch einen Ausländer. II. Für die Ehelichkeitserklärung, die Bestätigung eines Annahmevertrags und die Befreiung vom Altershindernisse gilt der Grundsatz, daß das Heimatsrecht des Vaters oder des Annehmenden darüber zu bestimmen hat, ob es die Mitwirkung einer Behörde des Heimatsstaates für notwendig hält oder sich mit der Mitwirkung der entsprechenden Behörde eines fremden Staates begnügt. Für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gilt der Satz, daß sie grundsätzlich von der Behörde desjenigen Staates zu erteilen ist, dessen Recht für ihre Notwendigkeit maßgebend ist.

Art. 23. 1. R. **13** Nr. 1769 (KG.). Die im Inland angeordnete Vormundschaft über einen minderjährigen Deutschen ist aufzuheben, nachdem dieser sich, wenn auch ohne Einverständnis seines gesetzlichen Vertreters, zehn Jahre ununterbrochen im Ausland aufgehalten, die dortige Staatsangehörigkeit erworben hat und nach den dortigen Gesetzen geschäftsfähig geworden ist.

2. ZBlFG. **13** 469—472 (BayObLG.). Der die Zulässigkeit einer Vormundschaft oder Pflegschaft über einen Ausländer regelnde Art. 23 EGBGB. bezieht sich auf die dem Vormundschaftsgericht im § 1635 Abs. 1 Satz 2 eingeräumte Befugnis nicht. Nur für die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft kann

daher in Frage kommen, ob und inwieweit das ausländische Gericht die Sorge für die familienrechtlichen Angelegenheiten seiner Staatsangehörigen übernimmt.

3. BadRpr. **13** 78 (Karlsruhe). Die Benachrichtigungspflicht aus Art. 8 (dritten) HaagVormundschAbk. vom 12. Juni 1902 (RGBl. **04** 240) hat die Behörde des Staates, in dessen Gebiet der minderjährige Ausländer sich befindet. Handelt es sich um die Benachrichtigung von der Anerkennung der Vaterschaft bezüglich des unehelichen Kindes einer in Deutschland ansässigen Ausländerin, so ist gemäß § 36 FGG. das AG. am Wohnsitze der Mutter hierfür zuständig (s. auch Art. 19).

Art. 24. I. Literatur. Hedemann, Zur Behandlung des Anspruchs auf Pflichtteilsergänzung im internationalen Privatrechte, NiemeyersZ. **23** 229—257. Artt. 24, 25 EGBGB., die allerdings nur von einem „Beerbt werden" sprechen, sind auch für die Behandlung des Pflichtteilsrechts maßgebend.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** NiemeyersZ. **23** 344—346. Für die Erbfolge in deutsche Liegenschaften eines französischen Erblassers ist das deutsche Erbrecht maßgebend.

2. BayRpflZ. 172 f. (BayObLG.). Hat ein Deutscher über sein inländisches und ausländisches Vermögen durch verschiedene Testamente verfügt, so ist gleichwohl das inländische Gericht mit dem ganzen Nachlasse befaßt. Es wird demgemäß bei Berechnung der Gebühr für die Testamentseröffnung auch das ausländische Vermögen herangezogen.

Art. 25. I. Literatur. 1. Niemeyer, Erbschaftliche Ingerenz russischer Konsularbehörden in Deutschland, NiemeyersZ. **23** 1—19. Am 7. Juni 1912 starb der seit 30 Jahren zu Wiesbaden wohnhafte russische Untertan Baron Otto von K. . . . Zu seiner Erbin hatte er die Stadt Wiesbaden eingesetzt, während er, abgesehen von anderen Vermächtnissen, den Nießbrauch des an die Stadt Wiesbaden fallenden Vermögens seiner ihn überlebenden Gattin vermacht hatte. Die Witwe hat den gesamten Nachlaß an die durch Erbschein des AG. Wiesbaden legitimierte Stadt Wiesbaden ausgehändigt. Der russische Konsul hat die Aushändigung des Nachlasses verlangt. Der Verf. erörtert die für diesen Fall in Betracht kommenden Fragen: 1. Ist das Ersuchen des russischen Konsuls an das Nachlaßgericht um Aushändigung des Nachlasses begründet? 2. Welche gesetzlichen Bestimmungen finden auf das Verhalten des AG. gegenüber dem Ersuchen des Konsulats Anwendung und wie hat sich das AG. dem Ersuchen gegenüber zu verhalten? Die erste Frage verneint er. Die zweite beantwortet er dahin: auf das Verhalten des AG. gegenüber dem Ersuchen des Konsulats finden die allgemeinen Vorschriften des deutschen Rechtes Anwendung. Die deutsch-russische Konvention von 1874 enthält für den gegebenen Fall lediglich die Vorschrift (Art. 10) der Maßgeblichkeit des deutschen Rechtes. Das AG. muß deswegen das Ersuchen der Konsularbehörde zurückweisen.

2. Liebegott, Nachlaßbehandlung im englischen Rechte, ABürgR. **38** 335—386. Der Verf. erörtert A. Erbfolge (das materielle englische Erbrecht), B. Nachlaßregulierung, C. Einzelne praktische Fälle der Nachlaßbehandlung beim Ineinandergreifen deutschen und englischen Rechtes.

II. Rechtsprechung. ElsLothJZ. **13** 101—104 (Colmar). Die Erteilung eines beschränkten Erbscheins über Beerbung eines Ausländers nach § 2639 BGB. ist auch dann zulässig, wenn das fremde Recht, das an sich auf die Beratung Anwendung findet, einen derartig beschränkten Erbschein nicht kennt (s. auch Art. 24).

Art. 27. 1. **RG.** NiemeyersZ. **23** 336 f. Die Rückverweisung ist auch dort zu berücksichtigen, wo das Gesetz keine ausdrückliche Vorschrift getroffen, wo aber im übrigen die Rechtslage dieselbe ist, wie in den Fällen des Art. 27 EGBGB.

2. R. **13** Nr. 702 (Stuttgart). Rückverweisung ist durch das HaagEhescheidAbk. vom 12. Juni 1902 (RGBl. **04** 231) den Vertragsstaaten gegenüber stillschweigend außer Kraft gesetzt worden; dies gilt jedoch nicht gegenüber Vertragsstaaten, die das Abkommen noch nicht ratifiziert haben. Österreich hat das Abkommen nicht ratifiziert (s. auch Artt. 13, 24, 25).

Art. 28. S. Art. 24.

Art. 30. I. Literatur. *Heymann, Trustee und Trusteecompany im deutschen Rechtsverkehre, Weimar 1910 (40). Während sittliche, wirtschaftliche und sonstige rechtspolitische Zwecke ausländischer Gesetze, welche mit unseren guten Sitten oder dem Zwecke eines deutschen Gesetzes in Widerspruch stehen, die Anwendung des ausländischen Rechtes bei uns hindern, gilt nicht das gleiche von heterogenen Rechtsformen des ausländischen Rechtes. Daher ist die Duplizität des englischen Rechtes, d. h. seine Spaltung in common law und equity, bei uns kein Hinderungsgrund für die Anwendung der von dieser Duplizität betroffenen Institute. Insbesondere ist das Recht des englischen Treuhänders, des trustee, der nach common law Berechtigter ist, während der dahinter stehende Benefiziar nach equity berechtigt ist, bei uns so zur Anwendung zu bringen, daß wir möglichst nach Analogien im heimischen Rechte suchen, unter denen wir dem englischen Institute Geltung verschaffen. Danach müssen wir die legal ownership des Trustee bei uns als Eigentum, den equitable estate des Benefiziars als beschränktes dingliches Recht betrachten (19 ff., 23 ff.), dementsprechend ist auch im Grundbuche der Treuhänder als Vollberechtigter (Eigentümer, Hypothekar usw.) einzutragen, der Benifiziar kann durch Vormerkung gemäß § 883 BGB. geschützt werden.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 81** 373—378, JW. **13** 544—546 Nr. 10. Die Anordnung eines ausländischen Gerichts oder einer sonstigen Behörde, durch die einem nichtschuldigen geschiedenen Ehegatten die Fürsorge über die Kinder zugunsten des für schuldig erklärten Gatten aus anderen als den im § 1635 Satz 2 BGB. vorgesehenen Gründen entzogen wird, verstößt gegen das deutsche Gesetz im Sinne des Art. 30 EGBGB.

2. **RG.** EisenbE. **29** 458 f., LeipzZ. **13** 687—689. Besteht für eine im Auslande hinsichtlich des Schiffes entstandene Forderung nach ausländischem Rechte ein dingliches Recht oder ein Privileg am Schiffe, so ist dies zu berücksichtigen. Die Unterschiede in den Voraussetzungen des Privilegs vor der Schiffshypothek sind in den Rechten nicht so tiefgreifend, daß die Anwendung des ausländischen Rechtes dazu führen könnte, den Zweck eines inländischen Gesetzes zu beeinträchtigen, geschweige denn, daß dabei ein Verstoß gegen die guten Sitten herauskäme.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 550—552. Ist die nach ausländischem Rechte zu beurteilende Verjährung kürzer als die des deutschen Rechtes (30 jährige gegenüber der vierjährigen), so zwingt Art. 30 EGBGB. keineswegs zur Anwendung des deutschen Rechtes. Ein Verstoß gegen den Zweck des deutschen Rechtes kann nur dann angenommen werden, wenn die dem deutschen und dem ausländischen Gesetze zugrunde liegenden staatspolizeilichen und sozialen Anschauungen so verschieden wären, daß die Anwendung des ausländischen Gesetzes unmittelbar die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde.

4. SächsOLG. **34** 224—228. Die bei einer im Auslande erfolgten Scheidung von Tisch und Bett in dem dortigen Rechte bestimmte lebenslängliche Bindung der Ehegatten in Hinsicht auf die Eingehung einer neuen Ehe verstößt nicht gegen das deutsche Rechtsgefühl im Sinne des Art. 30 EGBGB. (s. auch Art. 13, 19).

Art. 31. *Heymann, Trustee und Trusteecompany im deutschen Rechtsverkehre, Weimar 1910 (12 ff.). Der Umstand, daß deutsche Korporationen, namentich Aktiengesellschaften, in England ihre dortigen Niederlassungen registrieren lassen müssen, daß sie einen englischen Zustellungsbevollmächtigten ernennen und eine jährliche Bilanz einreichen müssen, sowie daß sie zum Grundstückserwerbe der staatlichen Genehmigung bedürfen, schließt die Anerkennung der Rechtssubjektivität englischer Companies bei uns nicht aus.

Dritter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Art. 55. 1. R. **13** 103 (KG.). Name. Nach der KabO. vom 15. April 1822 darf niemand ohne Genehmigung seinen Familien- oder Geschlechtsnamen ändern. Unter „Namensänderung" ist auch die Annahme adliger Prädikate zu verstehen. Letztere ist durch § 360 Ziff. 8 StGB. unter Strafe gestellt. Dieser reichsgesetzlichen Vorschrift gegenüber muß die Strafandrohung der KabO. weichen.

2. R. **13** 103 (KG.). Namensänderung im Sinne der KabO. vom 15. April 1822 liegt auch dann vor, wenn jemand, nachdem ihm vom Regierungspräsidenten (vgl. Allerh. Erl. vom 12. Juli 1867) die Führung eines anderen Namens gestattet war, später aus eigener Machtvollkommenheit seinen früheren Namen wieder annimmt. Erforderlich ist, daß der Angeklagte die Absicht gehabt hat, seinen früheren Namen nicht bloß vorübergehend, sondern ständig zu führen.

3. R. **13** 641 (BayObLG.). Ansprüche aus Rechtsverhältnissen des öffentlichen Rechtes. Verjährung. Öffentlich rechtliche Ansprüche gegen den Staat, z. B. auf Erstattung der Kosten in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren, verjähren, wenn einmal rechtskräftig zuerkannt, nicht innerhalb der kurzen Frist der Artt. 124, 125 AGBGB., sondern erst innerhalb dreißig Jahren. Dies ergibt sich nicht aus § 218 BGB., der auf öffentlich-rechtliche Ansprüche unanwendbar ist, sondern aus allgemeinen Grundsätzen. Innerhalb dieser Verjährungsfrist hat der Erstattungsberechtigte fortdauernd das Recht, auf Festsetzung der rechtskräftig zuerkannten Kosten anzutragen.

4. R. **13** 75 (BayVGH.). Verjährung von Ansprüchen aus öffentlich-rechtlichen Verhältnissen. Abgekürzte Verjährungsfrist nach Art. 125 BayAGBGB. vom 9. Juni 1899. Das Erlöschen von Ansprüchen, die an sich sowohl unter Art. 124 als unter Art. 125 AG. vom 9. Juni 1899 fallen, ist ausschließlich nach Art. 125 zu beurteilen. Als Zeitpunkt, von dem ab die Verjährungsfrist bezüglich Rückforderungen gemäß Art. 125 aus dem Grunde der ungerechtfertigten Bereicherung sich zu berechnen hat, hat der Zeitpunkt der jeweiligen Zahlungsleistung zu gelten, da mit der aus Irrtum erfolgten Zahlung die Tatsache geschaffen ist, welche objektiv betrachtet zur Rückforderung berechtigt.

Art. 58. 1. BayObLG. **13** 735—738. Auf die Verletzung der Hausgesetze des hohen Adels kann die Revision nicht gestützt werden.

2. R. **13** 103 (KG.). Adel. Namensrecht. Die Entscheidungen des Heroldamts über die Berechtigung zur Führung des Adelsprädikats haben für den Strafrichter keine bindende Kraft, letzterer hat vielmehr selbständig die Frage der Berechtigung zu prüfen. Das **RG.** (II. Strafsen. vom 19. November 1909, JMBl. 388) steht auf dem entgegengesetzten Standpunkte. Der II. Strafsen. des KG. (Urt. vom 21. Mai 1910 R. **10** Sp. 484) vertritt dieselbe Ansicht wie der I. Strafsen. desselben.

3. R. **13** 171 (KG.). Heroldsamt. Der Rechtssatz, daß in Preußen die von der Adelsbehörde über die Zugehörigkeit eines preußischen Untertanen zum Adelsstande getroffene Entscheidung für die Gerichte bei der Anordnung der Berichtigung einer Eintragung im Standesregister maßgebend ist, gilt auch hinsichtlich solcher preußischer Untertanen, welche in Preußen den niederen Reichsadel für sich in Anspruch nehmen.

4. R. 13 177 (BayObLG.). Standesherrliche Hausgesetze. Nachprüfung über die Gesetzlichkeit. Die Hausgesetze des hohen Adels können trotz ihrer Veröffentlichung im Gesetz- und Verordnungsblatte vom Richter daraufhin geprüft werden, ob sie nicht der Verfassungsurkunde (Beil. IV § 9) widersprechen und insoweit unwirksam sind. — (Seniorat). Die Einrichtung eines Alleinseniorats als oberste Familieninstanz anstatt eines Seniorenkollegiums widerspricht weder der bayrischen Verfassung noch dem älteren Staatsrechte.

5. R. 13 Nr. 2592 (BayObLG.). Mit dem Aussterben des Mannesstamms ist eine standesherrliche Familie endgültig erloschen.

6. BadRpr. 13 97—102, 110—113 (Karlsruhe) — in eingehender Begründung. — In Baden ist die Rechtspersönlichkeit der hochadeligen Familie (Gesamtheit des Agnaten) für das Gebiet des Privatrechts nicht anzuerkennen. Es kann auch diese Rechtspersönlichkeit durch Hausgesetz nicht begründet werden. Ebenso JDR. 11 534 II 4.

Art. 59. I. Literatur. Becker, Unwiderrufliche Dienstverträge der Fideikommißbesitzer. Ein soziales Problem, SeuffBl. 13 345—353, 393—401. Der Verf. erörtert die Frage, ob und event. unter welchem rechtlichen Gesichtspunkte die Verpflichtung des Fideikommißbesitzers aus einem unwiderruflichen Dienstvertrag als Fideikommißschuld begründet werden kann.

II. Rechtsprechung. 1. Preußen. a) **RG.** 82 390—395. Beruht die Errichtung eines Fideikommisses auf letztwilliger Anordnung, so erwirbt es der erste Besitzer von Todeswegen (§§ 28, 30, 62 II. 4 ALR.). b) **RG.** R. 13 37. Rechtswirksamkeit einer anderswo errichteten Fideikommißstiftung für im Gebiete des ALR. belegene Grundstücke. Es genügt nicht, wenn sich eine auf ein im Gebiete des ALR. liegendes Grundstück bezügliche Fideikommißstiftung nach den am Orte der Errichtung, z. B. in Lippe-Detmold, geltenden Formen als rechtswirksam darstellt. Es müssen vielmehr die nach dem Realstatut für die Umwandlung des unbeschränkten Eigentums in Fideikommiß geltenden Rechtsregeln beobachtet werden.

2. Bayern. a) R. 13 641 (BayObLG.). Fideikommißlasten. Die ständige Anstellung eines Gutsbeamten kann auf dem Fideikommiß selbst und durch Bestellung einer Reallast nicht durch schuldrechtliche Bindung (wenn auch mit Genehmigung des Fideikommißgerichts) geführt werden. Denn die Arten der Fideikommißschulden sind im Fideikommißedikt genau begrenzt, und eine entsprechende Ausdehnung des § 48 FideikEd. mittels Auslegung ist nicht statthaft. b) R. 13 178 (BayObLG.). Lehenfolge. Da ein heimgefallenes und wieder erneuertes Lehen nicht ein neues, sondern ein altes Lehen ist, so kann in dem Lehenbriefe die Lehensfolge anders als nach § 55 Lehenedikt geordnet werden. c) R. 13 641 (BayObLG.). Standesherrliche Familiengüter. Umwandlung eines Stammguts in ein adliges Fideikommiß nach der VII. Beil. z. VerfUrk. Umwandlung eines Stammguts in ein Familienfideikommiß nach der VII. Verf.-Beil. findet statt, wenn die standesherrliche Familie als Inhaberin des Stammguts im Mannesstamm erloschen ist, das Gut aber kraft autonomischer letztwilliger Verfügung im Weiberstamme sich fideikommissarisch forterben und die Allodifikation ausgeschlossen sein soll. Solchenfalls liegt die dingliche Gebundenheit schon vor der gerichtlichen Bestätigung vor. d) R. 13 641 (BayObLG.). Voraussetzungen für die Erteilung eines Nachfolgezeugnisses. Das Nachfolgezeugnis (Art. 16 AG. GBO.) kann nicht erteilt werden, wenn ein standesherrliches Familiengut durch Aussterben des standesherrlichen Mannesstamms und autonomische Verfügung an eine Familie des niederen Adels gelangt ist.

3. Sachsen. a) SächsRpflA. 13 103 f., ZBlFG. 13 541 f. (Dresden). Das Lehen wird vom Nachfolger ohne besondere Erwerbserklärung mit dem Augenblicke des Wegfalls des Besitzvorgängers erworben; insbesondere bedarf es dazu

auch nicht der Eintragung des Lehnsfolgers in das Grundbuch, vielmehr erfolgt diese nur zur Berichtigung des Grundbuchs (O t t o, Das Recht des Lehnguts 109 f.). b) SächsRpflA. **13** 425 f. (Dresden). Über die Stellung der Brautkinder zur Erbfolge in wirkliche Lehnsgüter und Lehnstämme. G e m ä ß § 36 AGBGB. sind die vor dem 31. Dezember 1899 gezeugten zugelassen, die nachher gezeugten nicht.

4. G e m e i n e s R e c h t. a) **RG.** SchlHolstAnz. **13** 17 f. Nach gemeinem Rechte ist es zulässig, in der Stiftungsurkunde über eine Familienstiftung die Administratoren zu Schiedsrichtern über alle Streitigkeiten betr. die Person der zur Nutznießung Berechtigten zu bestellen. b) SchlHolstAnz. **13** 225—228 (Kiel). Über die unvordenkliche Verjährung in Ansehung des Rechtes des Fideikommißberechtigten auf Berechnung eines ihm zustehenden Erbzinses nach einem bestimmten Münzfuße.

Art. 63. I. L i t e r a t u r. 1. B a u m e i s t e r, Beiträge zum Grundbuchrechte der mecklenburgischen Erbpachtgrundstücke, MecklZ. **31** 402—410. Das richtige Verfahren bei der Zulegung von Teilen eines Erbpachtgrundstücks besteht darin, daß die Flurbuchbehörde dem Grundbuchamte auch in diesen Fällen bescheinigt, wie das Flurbuch demnächst zu berichtigen sein wird, daß das Grundbuchamt darauf die Zulegung in das Grundbuch einträgt und nunmehr erst die Berichtigung des Flurbuchs erfolgt.

2. E l v e r s, Fragen bei Begründung von Erbpachtrechten, MecklZ. **31** 207 bis 224. Der Verf. erörtert eingehend den Begriff des Erbpachtrechts, das — nach Lengfelds Definition und den auf ihr fußenden mecklenburgischen Ausführungsverordnungen — das dingliche, seinem Inhalte nach dem Eigentum ähnliche und grundsätzlich frei veräußerliche, verschuldbare und vererbliche Nutzungsrecht an einem ländlichen Grundstück ist, — und behandelt sodann im einzelnen die Fragen der Begründung dieses Rechtes.

II. R e c h t s p r e c h u n g. 1. **RG.** R. **13** 74. E r b p a c h t. Weder aus § 5 noch aus § 2 Nr. 2 des Gesetzes vom 2. März 1850, wonach das Eigentumsrecht des Erbverpächters aufgehoben wird und der Erbpächter das volle Eigentum erlangt, ist zu folgern, daß alle in dem Erbpachtvertrage festgesetzten Berechtigungen des Erbverpächters aufgehoben sind, wenn sie nicht zu den im § 5 für nicht aufgehoben erklärten Berechtigungen gehören. Vielmehr ist aus diesen Vorschriften mit Rücksicht darauf, daß das Ablösungsgesetz nur die Beseitigung des als schädlich anerkannten Erbpachtverhältnisses bezweckte, lediglich zu entnehmen, daß die Rechte des Erbverpächters, die nur in dem Erbpachtverhältnis ihren Grund haben, an deren Aufrechterhaltung der frühere Erbverpächter kein weiteres rechtliches Interesse hat und die mit dem vollen Eigentume des früheren Erbpächters unverträglich sind, durch die Übertragung des Eigentums auf den Erbpächter erloschen sind, soweit sie nicht der § 5 als fortbestehend erklärt.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1163—1167. Mit der Aufhebung des Obereigentums des Erbpächters gemäß Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 ist n i c h t auch gleichzeitig eine zu dessen Gunsten bedungene Baubeschränkung erloschen.

Art. 64. KGJ. **42** 202, OLG. **25** 252, ZBlFG. **13** 643. Die Eigenschaft als Anerbengut erlischt durch die Zwangsversteigerung nicht.

Art. 65. A. P r e u ß e n. I. L i t e r a t u r. 1. H o l t z - K r e u t z, Kommentar zum Wassergesetz (Berlin 1913).

2. W u l f f - H e r o l d, Wassergesetz vom 7. April 1913. (Berlin 1913).

3. B i t t a, Das neue preußische Wassergesetz, DJZ. **13** 438—442. Der Verf. erörtert die Neuerungen, die das neue Gesetz gegenüber dem bisherigen Rechtszustande bringt, insbesondere die Feststellung des Privateigentums an den Wasserläufen, demgegenüber der Gemeingebrauch gesetzlich festgelegt und genau umgrenzt ist, das Rechtsinstitut der Verleihung aus § 46 und der Wasserbücher.

4. Bochalli, Die Meliorationen nach dem Wassergesetze vom 7. April 1913, PrVerwBl. **35** 189—192. Der Verf. erörtert im einzelnen die im Gesetze zur Förderung der wasserwirtschaftlichen Meliorationen getroffenen Bestimmungen.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **13** 408. Öffentliche Flüsse. Bei der Frage der Schiffbarkeit eines Flusses ist nicht der durchschnittliche Wasserstand (das arithmet. Mittel zwischen dem höchsten und dem tiefsten Wasserstande), sondern der gewöhnliche Wasserstand (die Höhe an der Mehrzahl der Tage) maßgebend. Die Zugehörigkeit zu einem öffentlichen Strom zieht auch die Öffentlichkeit seiner Bestandteile, insbesondere regelmäßig auch seiner Nebenarme nach sich.

2. KGJ. **42** A 175, DNotV. **13** 130 f. über die Unzulässigkeit der Grundbucheintragung öffentlicher Flüsse. Die öffentlichen Flüsse sind nach § 21 II. 14 PrALR. nicht privatrechtliches Eigentum (**RG. 71** 65, GruchotsBeitr. **52** 1216, KGJ. **35** A 247). Sie sind daher auch nicht buchungsfähig, und die gleichwohl erfolgte Buchung ist inhaltlich unzulässig (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBO.), selbst wenn sich der öffentliche Charakter des Grundstücks nicht aus dem Grundbuch ergibt (vgl. auch Art. 11 Abs. 1 PrAGGBO.) und sie an sich im Privateigentume stehen können.

3. **RG.** PrVerwBl. **13** 897 f., R. **13** 39 untersucht die Frage, ob ein Hafen als ein Teil des Strombetts angesehen werden kann, und bejaht sie in ausführlicher Begründung.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 991—993. Die Grundwasserverhältnisse gehören dem Gebiete des Wasserrechts an. §§ 128 ff. I. 8 ALR. finden keine Anwendung auf Veranstaltungen, die auf einem Grundstücke mit dem Grundwasser vorgenommen werden und die Grundwasserverhältnisse des Nachbargrundstücks nachteilig beeinflussen.

5. OLG. **26** 19 f. (Breslau) — s. schon JDR. **11** 540 II 2 l. — über den Entschädigungsanspruch aus der Entziehung des Grundwassers. § 130 I. 8 ALR., dessen Fortgeltung als wasserrechtliche Vorschrift zweifelhaft sein kann, findet nicht Anwendung.

6. **RG.** LeipzZ. **13** 185. § 2 PrPrivatflußG. vom 28. Februar 1843 gestattet den freien Gebrauch des Wassers nur zum Trinken und Schöpfen sowie zum Tränken von Vieh, und auch dies nur an solchen Stellen, wo öffentliche Wege oder Plätze das Ufer des Flusses bilden. Hiernach brauchen die Kläger, gleichviel ob und in welchem Umfang ihnen ein Recht auf die „fließende Wasserwelle" zusteht, nicht zu dulden, daß der ausschließlich ihrer Verfügungsbefugnis unterliegende Raum innerhalb des Flußbetts und über ihm zum Kahnfahren benutzt wird.

7. **RG.** R. **13** 39 f. über den Begriff der Alluvion nach ALR. (II. 9 § 225, II. 15 § 56).

B. Bayern. 1. SeuffBl. **13** 137 (BayObLG. Straff.) über die Begriffe „Quelle" — „Bach- und Fluß, Kanal" — im Sinne des Art. 16 WassG.

2. R. **13** 654 (BayObLG.). Voraussetzungen für die Annahme der Änderung an Hauptteilen einer Stauanlage (Art. 50 Ziff. 3, Art. 202 Ziff. 2 WassG. vom 23. März 1907). Auch die ohne Genehmigung der Verwaltungsbehörde erfolgte Auswechslung von Hauptteilen bestehender Stau- und Triebwerksanlagen unterliegt der Strafbestimmung des Art. 202 Ziff. 2 WassG. (BayObLG. [Straff.] **11** 300). Eine jeden Fall deckende Bestimmung des Begriffs „Hauptteil" läßt sich nicht geben; es wird auf die wirtschaftliche Bedeutung zu achten sein, die dem Einzelteile in Beziehung auf den Hauptteil zukommt. Wird durch die Änderung oder Auswechselung der Hauptteil selbst in seinem Bestand und seiner Leistungskraft berührt, so wird die Änderung oder Auswechselung des Hauptteils selbst anzunehmen sein.

3. R. **13** 148 (BayVGH.). Unterhaltung von Wasserbenutzungsanlagen (Art. 59 mit 177 WassG. vom 23. März 1907). Die Verpflichtung des Unternehmers, eine Wasserbenutzungsanlage, zu deren Herstellung er die gesetzlich erforderliche Genehmi-

gung erhalten hat, für die Dauer der Benutzung in dem Zustande zu unterhalten, in dem die Anlage nach Maßgabe der Genehmigung sich befinden soll, gehört dem öffentlichen Rechte an.

4. OLG. **26** 18 (München). Sowohl das BayWassG. vom 28. Mai 1852 § 35 als auch das Gesetz vom 23. März 1907 Art. 17 verbieten dem Unterlieger nur, den natürlichen Abfluß des Wassers von dem höher liegenden Grundstücke zu dessen Nachteil zu hindern; dagegen ist eine vom Unterlieger auf seinem Grundstücke getroffene Vorrichtung nicht schon deshalb gesetzwidrig, weil sie dazu angetan ist, den Oberlieger zu belästigen und ihm die wirtschaftliche Ausnutzung seines Grundstücks zu erschweren.

C. Sachsen. 1. FischersZ. **40** 248—251 (VO. des SächsMin. d. J.) über das Verhältnis einer auf Grund des Gesetzes vom 15. Aug. 1855 (über die Berichtigung von Wasserläufen) gebildeten Wassergenossenschaft zu der für den gleichen Wasserlauf nach dem WassG. vom 11. März 1909 entstehenden Unterhaltungsgenossenschaft.

2. SächsOVG. **19** 120—125. Zu § 41 Abs. 1 SächsWassG. vom 12. März 1909. Unter welchen Umständen ist eine Gefährdung des Gemeinwohls im Sinne obiger Vorschrift anzunehmen? Erst dann, wenn eine besonders erhebliche Wassermenge dem fließenden Gewässer entzogen wird oder es sich um eine Entziehung von Wasser handelt, die sich nicht bloß auf einzelne Grundstücke, sondern auf einen Teil des ganzen Gemeindebezirkes erstreckt.

3. SächsOVG. **19** 357—362. Die Bestimmungen des § 43 WassG. vom 12. März 1909 gelten nicht nur für neue, sondern auch für bereits bestehende Stauanlagen.

4. SächsOVG. **19** 352—357. Der Untermüller hat weder ein Recht darauf, daß dem Obermüller das niedrigste Staumaß vorgeschrieben und solches kenntlich gemacht werde, noch kann er verlangen, daß ihm von dem Obermüller der Zutritt zu dessen Mühlenanlage behufs Besichtigung der Stauzeichen gestattet werde (§ 43 Abs. 1 und 5 WassG. vom 12. März 1909).

5. SächsRpflA. **13** 427—429 (Dresden). Das von einer Gewerkschaft erworbene Recht auf Wasserbenutzung kann zu anderen als bergbaulichen Zwecken nicht ausgeübt werden.

D. Württemberg. I. Literatur. Niethammer, Zur Anwendung des Art. 3 des (württembergischen) Wassergesetzes, WürttRpflZ. **6** 222—227. Der Verf. teilt den einen bestimmten Fall betreffenden eingehend begründeten Bescheid der Regierung des Schw.-Kreises mit, in dem insbesondere die Frage des in Art. 3 vorgesehenen Falls der „beträchtlichen Schädigung" von Wasserbenutzungsberechtigten oder Grundeigentümern erörtert wird.

II. Rechtsprechung. WürttJ. **25** 186—190 (Stuttgart). Für den Anspruch aus Art. 38 des (württembergischen) Wassergesetzes auf Schadloshaltung ist der Rechtsweg nicht zuläſſig.

E. Baden. I. Literatur. Wiener, Das badische Wasserrecht, enthaltend das Wassergesetz in der Fassung vom 11. April 1913, nebst den Vollzugsvorschriften. Ergänzungsband zur 2. Aufl. des badischen Wasserrechts von Klenkel (Karlsruhe 1913). I. Teil. Entwickelung des Wasserrechts sowie der Wasserverwaltung und der Wasserwirtschaft in Baden seit dem Jahre 1900. II. Teil. Das Wassergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. April 1913 mit Erläuterungen. III. Teil. Vollzugsvorschriften zum Wassergesetze. IV. Teil. Sonstige in das Wasserrecht einschlagende Bestimmungen (Artt. 65, 66 EGBGB. usw.).

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **13** 532. Zu LR. 642. Die Bestimmung behandelt den Sonderfall der Ersitzung gegen den Quelleneigentümer; sie setzt offene Anlagen voraus, die den Fall und den Einlauf des Wassers auf sein Eigentum befördern sollen, die also derart sein müssen, daß daraus die Absicht, ein Recht zu erwerben, ersichtlich ist.

2. BadRpr. **13** 36 f. (Karlsruhe). Über das Wasserbezugsrecht als Grunddienstbarkeit und dessen Veräußerlichkeit nach badischem Rechte.

F. Rheinisches Recht. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1181—1184 über die Frage, wie weit nach rheinisch-französischem Rechte das Bett eines im Staatseigentume stehenden Flusses reicht und wie danach die Grenze zwischen Ufer und Flußbett zu ziehen ist.

G. Sonstige Rechte. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1171—1175. Nach gemeinem Rechte sind zwar nicht bloß die schiff- und flößbaren, sondern alle beständig fließenden Gewässer öffentliche, also dem Privateigentum entzogene Flüsse, indessen ist ein abweichendes, auf kleinem Bezirke begrenztes, Gewohnheitsrecht möglich. Ein solches besteht für den Bereich des nassauischen StockbuchsG. vom 15. Mai 1851. Es steht deshalb der Aarbach im Eigentume der Gemeinden.

2. OLG. **26** 11 f. (KG.) über die Eigentumsverhältnisse eines von einem schiffbaren Fluß durchströmten Sees. Für die Prüfung, ob der See durch den späteren Eintritt der Spree ganz, oder falls die Spree nur einen Teil des Sees für ihr Bett beansprucht, insoweit öffentliches Gewässer geworden ist, kann das ALR. nicht maßgebend sein, da die Spree sich schon lange vor dessen Inkrafttreten den Weg durch den See gebahnt hat. Nach dem von beiden Parteien in Bezug genommenen gemeinen Rechte ist aber nicht anzunehmen, daß durch den Eintritt der Spree in den See das Privateigentum an ihm erloschen ist; denn es schließt, wohl infolge der Einwirkung der deutschrechtlichen Grundsätze (**RG. 52** 383), die Möglichkeit eines Privateigentums an der Stromrinne der öffentlichen Flüsse, zu welchen nach gemeinem Rechte nicht nur die schiff- und flößbaren, sondern alle beständig fließenden Wasserläufe zählten, nicht aus (**RG. 53** 100).

3. OLG. **26** 12 f. (Celle) über die Eigentumsverhältnisse eines von einem schiffbaren Flusse durchströmten Sees. Die entscheidenden Merkmale für den öffentlichen oder privaten Charakter eines Flusses können für die Feststellung des Charakters eines Sees nicht herangezogen werden. Auch Landseen können unter Umständen öffentliche Gewässer sein, hier sprechen aber die verhältnismäßig geringe Größe, die beschränkte Art der Nutzbarkeit, der Charakter des Wassers als eines sumpfigen Moorgewässers, das der allmählichen Versumpfung und Verringerung ausgesetzt ist, für die Annahme eines privaten Gewässers.

4. **RG.** R. **13** 40 (unter Anziehung zahlreicher Judikatur). Auch bei schiffbaren Flüssen kann das Flußbett, öffentlich-rechtlich belastet, im Eigentum einer Privatperson stehen. Die Verleihung des Eigentums am Strombett öffentlicher Flüsse durch landesherrliche Privilegien früherer Jahrhunderte ist auch jetzt noch als fortbestehend anzuerkennen.

5. BraunschwZ. **13** 86 f. (Braunschweig) über den Charakter von Mühlengräben als öffentlichen Gewässern.

6. BraunschwZ. **13** 86 f. (Braunschweig) über die Frage, wann und wieweit Privateigentum an Mühlengräben besteht.

7. SchlHolstAnz. **13** 129—131 (Kiel) über Mühlenstaurecht nach dem in Schleswig-Holstein geltenden Jütsche Low, — insbesondere die Frage der Schadensersatzpflicht des Unterliegers wegen Veränderung der bisherigen Zulaufsart des Wassers.

8. PrVerwBl. **13** 638 f. (OVG.) über Holsteinisches Wasserrecht (Wasserlösungsordnung für die Geestdistrikte des Herzogtums Holstein vom 16. Juli 1857).

9. **RG.** SchlHolstAnz. **13** 139—141 über die Anwendbarkeit des § 6 der Wasserlösungsordnung für die Geestdistrikte des Herzogtums Holstein vom 16. Juli 1857 auf Stauanlagen in Privatflüssen.

10. SchlHolstAnz. **13** 156 f. (Kiel). Die Wasserlösungsordnung für die holsteinischen Geestdistrikte vom 16. Juli 1857 findet auf Zuleitung von Kanalisations-

abwässern u. dgl. keine Anwendung. Es ist deshalb gegen die durch solche Zuleitungen herbeigeführten Eigentumsbeeinträchtigungen der Rechtsweg zulässig.

11. OLG. **26** 77—79 (Rostock). Dadurch, daß Art. 65 EGBGB. die Fischerei dem Landesrecht überläßt, entzieht er diesem Gebiete nicht die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BGB. über unerlaubte Handlungen. Vielmehr werden die Vorschriften des dem Landesrechte vorbehaltenen Gebiets, soweit sie selbst die Materie in Verbindung mit dem allgemeinen Rechte regeln wollen, innerhalb ihres Geltungsbereichs in das System des BGB. eingeschaltet und sind insoweit im Zusammenhange mit diesem zu beurteilen, können insbesondere auch Schutzregeln im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. sein.

12. OLG. **26** 77—79 (Rostock). Die Abwehr gegen Absperrung eines Wasserlaufs zum Fischfange genießt nicht den Interdiktenschutz des gemeinen Rechtes.

Art. 66. I. Literatur. Block, Die schleswigschen Deichstavengerechtigkeiten, SchlHolstAnz. **13** 257—259. Das Stavenrecht besteht auch noch heute mit seinem bisherigen Inhalt unverändert fort, und der § 1017 BGB. findet gemäß Art. 184 EGBGB. Anwendung, so daß auch für die Stavengerechtigkeiten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten und die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Bestimmungen entsprechende Anwendung finden. Tatsächlich sind auch für die Stavengerechtigkeiten besondere Grundbuchblätter angelegt, welche in Abt. II als Belastung die Verpflichtung zur Abgabe des Stavengeldes enthalten.

II. Rechtsprechung. 1. HansGZ. **13** Beibl. 238 f. (Hamburg). Es gibt kein eigentliches Eigentum an Deichstrecken. — Der Deicheigentümer hat nicht das unbedingte Recht, die Einwirkung Dritter auszuschließen. — Er hat nur ein Benutzungsrecht, soweit die Deichstrecke nicht als öffentlicher Weg dient (§§ 51 ff. HambAGBGB.).

2. SchlHolstAnz. **13** 135 f. (Kiel) über die Verpflichtung zur Tragung der Deichlasten nach der dänischen VO. vom 6. April 1803. Unterschied zwischen ordentlichen und außerordentlichen Deichlasten.

Art. 67. I. Allgemeines. **RG.** R. **13** Nr. 1770. Der Landesgesetzgebung ist auch die Regelung der Voraussetzungen der Gründung einer Gewerkschaft sowie die Regelung der Rechtsfolgen, die sich bei Vorhandensein eines wesentlichen Gründungsmangels ergeben, überlassen.

II. Preußen. 1. **RG.** R. **13** 412. Als bebaut (§ 116 BergG.) gilt ein Grundstück nur dann, wenn es zu der Zeit, als der Grundbesitzer von dem Enteignungsantrage Kenntnis erhielt, tatsächlich bereits bebaut war. Es genügt nicht, daß damals mit dem Bau gerade begonnen war.

2. **RG.** R. **13** 103. Zu §§ 148, 150 AllgBergG. vom 24. Juni 1865. Nach § 148 kann der Grundeigentümer von dem Bergwerkbesitzer vollständige Entschädigung beanspruchen, d. h. Ersatz des wirklich entstandenen Schadens und des entgangenen Gewinns. Dagegen bestimmt der § 150 Abs. 2, daß der Grundbesitzer eine Vergütung für Neuanlagen dann nicht beanspruchen kann, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß die Absicht, solche Neuanlagen zu errichten, nur kundgegeben wird, um jene Vergütung zu erzielen. Der Zweck der letzteren Vorschrift ist nicht der, den im § 148 gegebenen Anspruch auf volle Entschädigung einzuschränken, vielmehr will das Gesetz nur einem arglistigen Verhalten des Grundeigentümers entgegentreten und verhindern, daß unter dem Vorwande, daß Neuanlagen geplant gewesen seien, unbegründete Ersatzansprüche zur Geltung gebracht werden.

3. **RG.** R. **13** 441. Zu § 148 AllgBergG. vom 24. Juni 1865. Das RG. hat bereits wiederholt — Urt. vom 10. November 1899, **RG. 45** 203; Urt. vom 22. Januar 1902, V. 320/01 und vom 28. November 1909, V. 81/10 — ausgesprochen, daß bei Bergschäden von bloß vorübergehender Art die Entschädigung in Kapital zuzusprechen

ist. Nicht darf dagegen in der Weise verfahren werden, daß der wirklich entstandene Schaden für einzelne Jahre besonders festgesetzt und daß dann daneben erst für die von einem mehr oder minder willkürlich gewählten Zeitpunkt ab entstandenen oder entstehenden Schäden ein Entschädigungskapital gewährt wird.

4. PrVerwBl. **34** 314—316 (OVG.). Das Rechtsmittel, das der § 192 a Abs. 2 AllgBergG. gegen die Entscheidung des Oberbergamts nach § 27 Abs. 4 aaO. gibt, steht nur dem Muter, nicht einem Dritten zu.

5. PrVerwBl. **34** 314—316 (OVG.). Was die Berufung dritter Beteiligter auf öffentlich-rechtliche Mängel einer Mutung angeht, so steht, wenn die Geltendmachung derselben nicht durch Einspruch und Rekurs gemäß § 31 AllgBergG. zu erreichen ist, dem Dritten lediglich die Geltendmachung der vermeintlichen Mängel bei Durchführung des von ihm in Anspruch genommenen besseren Rechtes im ordentlichen Rechtsweg offen.

III. Bayern. 1. Literatur. v. Ranck, Bayerisches Berggesetz vom 13. August 1910. 2. Aufl. (München).

2. Rechtsprechung. a) R. **13** 108 (BayObLG.). Voraussetzung einer gültigen Mutung hinsichtlich des Fundnachweises (Art. 17 BergG. vom 13. August 1910); durch die Fassung des Art. 17 Abs. 1 Ziff. 1 BergG. vom 13. August 1910 sollten strengere Anforderungen an den Fundnachweis, als solche nach Art. 16 BergG. in der Fassung vom 20. Juli 1900 zu erbringen waren, nicht auferlegt werden. b) R. **13** 444 (BayVGH.). Die satzungsmäßigen Bestimmungen über die Höhe der gemäß Art. 227 Abs. 1 Ziff. 5 BergG. zu gewährenden Pensionen (Artt. 225, 226 BergG.) müssen zu dem voraussichtlichen jeweiligen Vermögensstande des betreffenden Knappschaftsvereins in solchem Verhältnisse stehen, daß dieser gesetzlichen und satzungsmäßigen Verpflichtung seitens des Vereins voraussichtlich dauernd nachgekommen werden kann. c) R. **13** 444 (BayVGH.). Die Arbeitsunfähigkeit im Sinne des Art. 227 Abs. 1 Ziff. 5 BergG. vom 13. August 1910 ist im gleichen Sinne zu verstehen wie der Begriff der Invalidität gemäß § 1255 Abs. 2 RVO. vom 19. Juli 1911.

IV. Braunschweig. BraunschwZ. **13** 21 f. (Braunschweig). Für die Feststellung der Entschädigung bei Enteignungen zu Bergbauzwecken ist der ordentliche Rechtsweg zulässig. Das folgt aus §§ 148, 149 BraunschwBergG.

V. Französisches — Elſ.-Lothr. Recht. 1. **RG.** R. **13** 530. Durch das franz. BergG. vom 21. April 1810 hat das bei Erteilung von Konzessionen dem Staatsoberhaupte zustehende freie Ermessen nicht eingeschränkt werden sollen, am wenigsten bei bereits bestehenden, wenn auch nicht konzessionierten eigenen Betrieben der Grundeigentümer.

2. **RG.** R. **13** 412. Nach § 124 ElsLothBergG. vom 16. Dezember 1873 (vgl. § 145 PrBergG.) ist — abgesehen von der Frage der Entschädigung — der Rechtsweg nur zulässig, wenn eine Befreiung der Abtretungspflicht aus besonderem Rechtstitel oder deshalb (§ 116 G.) behauptet wird, weil es sich bei dem abzutretenden Grundstück um bebauten Grund und Boden handelt.

3. S. a. Art. 65.

Art. 68. BayObLG. **13** 732—735, SeuffBl. **13** 214—216. Im Anwendungsgebiete des Gemeinen Rechtes und des Bayerischen Landrechts konnten Rechte, welche die Ausbeutung der nicht unter das Berggesetz fallenden Bodenbestandteile zum Gegenstande haben, als veräußerliche und vererbliche Personalservituten begründet werden (BayLR. Tit. II Kap. 7 § 2 und Kap. 9 § 4 Nr. 7).

Art. 69. A. Jagd. I. Preußen. 1. Literatur. a) v. Brünneck, Das Recht der Jagdausübung in seiner Eigenschaft und Bedeutung wie in seinem Verhältnisse zum Jagdrechte nach der PrJagdO. vom 15. Juli 1907, GruchotsBeitr. **57** 365—385. Für die Jagdpacht gilt der Satz: „Kauf bricht Pacht" (§ 14

PrJagdO.). **b)** Ebner, Besitz und Eigentum an jagdbarem Wilde, Gruchots Beitr. **57** 343—365. Der Verf. erörtert nach einer historischen Einleitung die Fragen des Besitz- und Eigentumserwerbes und -verlustes, indem er wilde, gezähmte und zahme Tiere unterscheidet.

2. Rechtsprechung. **a)** R. **13** 172 (KG.). Zu § 4 JagdO. vom 15. Juli 1907. Bildung eines Eigenjagdbezirkes. Eine Auflassung kann wegen Scheins nichtig sein. Ein hierher gehöriger Fall liegt vor, wenn die Form der gegenseitigen Übertragung von Miteigentumsanteilen dazu benutzt werden soll, den bloßen Anschein einer Rechtslage herbeizuführen, wie sie nach § 4 Abs. 1 zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes erforderlich ist. Dagegen R. **12** 563 (OVG.). **b)** R. **13** 473 (OVG.). Zu §§ 4 u. 7. Meeresarme oder eine Meeresbucht bildende Gewässer (z. B. die Schlei in Schleswig-Holstein) gehören mit zur Gemeindejagd, können dagegen nicht Teil eines Eigenjagdbezirkes sein, weil schon nach der Verkehrsanschauung eine land- oder forstwirtschaftlich benutzbare Grundfläche nicht in Frage steht. Daß öffentliche Ströme ebenfalls eine solche Fläche nicht bilden, ist bereits PrOVG. **18** 290 angenommen. **c)** R. **13** 474 (OVG.). §§ 4, 7. Wasserflächen, z. B. Landseen usw. können land- oder forstwirtschaftlich benutzbar sein und dann Teile eines Eigenjagdbezirkes bilden. **d)** R. **13** 474 (OVG.). Zu § 7 Abs. 5. Der § 7 Abs. 5 bezieht sich nur auf den Fall, daß der Besitzer eines Eigenjagdbezirkes den Anschluß fremder, von seinem Jagdbezirke zu mehr als 90 pCt. umschlossener Grundstücke fordert, ohne das Eigentum an den umschlossenen Grundstücken erworben zu haben; für den Zusammenschluß verschiedener, einem und demselben Eigentümer gehöriger Grundstücke zu einem Eigenjagdbezirk ist § 7 Abs. 5 ohne Bedeutung. **e)** R. **13** 474 (OVG.). Zu § 8 Abs. 2. Im Sinne des § 8 Abs. 2 ist ein Grundstück „ganz oder größtenteils umschlossen", wenn die Umschließung mehr als die Hälfte beträgt. Ein sack- oder zungenartiges Hineinspringen in den umschließenden Jagdbezirk kann nicht gefordert werden. **f)** PrVerwBl. **34** 547 (OVG.). Wenn dem in den §§ 21 Abs. 3 u. 23 Abs. 1 JagdO. aufgestellten Erfordernisse der Bekanntmachung in ortsüblicher Weise nicht genügt worden ist, so hat das die Nichtigkeit des Jagdpachtvertrags zur Folge. **g)** R. **13** 377 (KG.). Zu §§ 43—46. Durch Polizeiverordnung kann wohl für die Versendung, nicht aber für das sonstige Inverkehrbringen, insbesondere das Feilhalten von Wild, die Beifügung eines Ursprungsscheins vorgeschrieben werden. **h)** R. **13** 640 (OVG.). Zu § 56. Der Inhaber eines Eigenjagdbezirkes gehört im Sinne des § 56 zu den Beteiligten, wenn auf den seinem Eigenjagdbezirke gemäß § 8 angeschlossenen Grundflächen des Gemeindebezirkes Wildschaden entsteht, für den er nach § 53 als Pächter ersatzpflichtig ist. **i)** **RG.** R. **13** 568. Zu §§ 57 ff. Regreßanspruch der Jagdgenossenschaft gegenüber dem Jagdpächter, welcher den Wildschaden zu ersetzen übernommen hat. Voraussetzung ist eine ordnungsmäßige Feststellung des Wildschadens gegenüber der Jagdgenossenschaft. **k)** R. **13** 442 (OVG.). Zu §§ 58 ff. Wildschaden. Die vom Bezirksausschusse vorgenommene Erhöhung des Wildschadenbetrags ist lediglich mit der Absicht begründet, „sicher auf eine ausreichende Entschädigung herauszukommen", und mit der Erwägung, daß „dem Jahrgange", d. i. offenbar dem Ergebnisse der Kartoffelernte im allgemeinen, ein Ertrag von einem Pfunde auf die Staude entsprach. Das ist unzulässig. **l)** R. **13** 473 (KG.). Jagdbezirk. Ruhen der Jagd. Auf den Grundstücken, die nicht die vom Gesetze verlangte Größe haben, darf die Jagd nicht ausgeübt werden, d. h. sie ruht. Das Ruhen der Jagd ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Erlöschen der Jagdberechtigung. Diese bleibt als untrennbares Zubehör des Grundstücks bestehen; solange das Grundstück nicht kraft Gesetzes einem anderen Jagdbezirke zugefallen oder zugelegt ist, darf es auch von anderen zu Jagdzwecken nicht betreten werden. **m)** **RG.** R. **13** 640. Fang wilder Kaninchen. Polizeiverordnung. In Preußen sind Kaninchen nicht jagdbar. Eine Polizeiverordnung,

welche den Kaninchenfang von einer Erlaubnis nicht nur des Grundstückseigentümers, sondern auch des Jagdberechtigten abhängig macht, ist rechtsgültig.

II. Bayern. 1. R. **13** 476 (VGH.). Zur vollständigen Umschließung einer Inklave im Sinne des Art. 3 JagdG. vom 30. März 1850 ist auch ein Fluß oder Bach geeignet, wenn er mit dem übrigen den Eigenjagdbezirk bildenden Grundkomplexe zusammenhängt und im Eigentume des Besitzers dieses Grundkomplexes und Eigenjagdbezirkes steht. Auch die öffentlichen Eisenbahnlinien sind — ähnlich wie öffentliche Wege und Straßen (Art. 2 Abs. 2 JagdO.) — nicht geeignet, den Zusammenhang eines Eigenjagdbezirkes zu unterbrechen.

2. OLG. **26** 73 f. (München). Welche Klage hat der Jagdpächter wegen Störung des Jagdrechts? Zwar keine Besitzstörungsklage, weil ihm Besitzschutz nicht zusteht, aber eine actio quasi nogatoria.

3. SeuffBl. **13** 386—389 (München). Die Annahme von Mitpächtern oder Unterpächtern erscheint als Übertragung der Jagdpacht im Sinne des Art. 12 BayJagdG. vom 30. März 1850. Danach kann die Übertragung der Jagdpacht aber nur mit Einwilligung der Gemeinde und unter Zustimmung der etwaigen Mitpächter stattfinden.

4. R. **13** 75 (BayVGH.). Jagdausübung in Hausgärten und umzäunten Grundstücken (Art. 2 Ziff. 1 u. 2 JagdausübungsG. vom 30. März 1850). Die Bestimmung in Art. 2 Ziff. 1 G. vom 30. März 1850 verfolgt den Zweck, dem Grundeigentümer die Ausübung des Jagdrechts auf den mit seiner Behausung im unmittelbaren räumlichen Zusammenhange stehenden umfriedeten oder sonst vollständig abgeschlossenen Hofräumen und Hausgärten im Interesse der Aufrechterhaltung seines Hausrechts und Hausfriedens zu belassen. Es beschränkt sich das in Ziff. 1 bezeichnete Jagdausübungsrecht lediglich auf die umfriedeten eigentlichen Hofräume und Hausgärten.

5. BayRpflZ. **13** 259 (VGH.) verneint die Frage, ob eine Vorentscheidung nach Art. 7 Abs. 2 VGHG. zu erwirken ist, wenn ein Jagdpächter wegen einer vom Bürgermeister ausgebrachten Jagdbeschlagnahme von einer Gemeinde Schadensersatz verlangen will.

III. Sachsen. 1. Literatur. Lotze, Kgl. sächsische Jagd- und Fischereigesetze. 4. Aufl. bearb. von Bareuther-Ritze (Leipzig 1913).

2. Rechtsprechung. a) SächsOLG. **34** 207—212 über das Fortbestehen eines im Jahre 1853 durch lästigen Vertrag begründeten Jagdrechts bis zu seiner Ablösung (JagdG. vom 1. Dezember 1864 und vom 25. November 1858). **b)** Sächs. OVG. **19** 157—163. Zu § 7 Abs. 4 SächsJagdG. vom 1. Dezemberr 1864. Ein von einem selbständig bejagbaren Komplex abgetrenntes Flurstück verliert die selbständige Bejagbarkeit und ist von der Jagdpolizeibehörde alsbald dem benachbarten genossenschaftlichen Jagdbezirke zuzuweisen. Auf den Erlaß entsprechender Verfügung hat der Erwerber des Flurstücks einen auf öffentlichem Rechte beruhenden Anspruch, der auch dadurch, daß die Jagd auf dem Flurstück an einen Dritten verpachtet ist, nicht ausgeschlossen wird. Im Gebiete exempter Städte hat die Verfügung vom Stadtrat auszugehen, und zwar auch dann, wenn die Stadtgemeinde als Interessentin in Betracht kommt. c) SächsOVG. **19** 313. Es trifft nicht zu, daß den Anträgen auf Erweiterung selbständiger Jagdbezirke stets oder doch in der Regel entsprochen werden müsse, falls nur die gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit vorliegen.

IV. Sonstige Rechte. 1. ThürBl. **60** 230—232 (OVG. Jena) über das Schicksal vom Rittergut umschlossener Grundstücke bei der Verpachtung der Gemeindejagd nach Meiningischem Rechte. Nach § 4 JagdG. vom 6. Januar 1849 steht es den Klägern frei, die Jagd auf ihren Grundstücken entweder durch die Gemeinde mitausüben zu lassen oder an den Eigentümer des Ritterguts zu verpachten.

Das ist eine Vergünstigung für die Kläger. Sie können, wenn es ihr Interesse ihnen nahelegt, wählen, ob sie sich dem Eigenjagdbezirke des Ritterguts anschließen wollen. Die Wahl treffen sie dadurch, daß sie rechtzeitig vor der Verpachtung der Gemeindejagd einen Vertrag mit dem Rittergutsbesitzer schließen, in dem dieser die Jagd auf den umschlossenen Grundstücken pachtet. Schließen sie einen solchen Vertrag und geben sie dem Gemeindevorsteher davon Kenntnis, so muß dieser darauf bei der Bildung des Gemeindejagdbezirkes Rücksicht nehmen. Schließen aber die Kläger keinen Jagdpachtvertrag mit dem Rittergutsbesitzer, so bleiben ihre Grundstücke Bestandteile des Gemeindejagdbezirkes (richtig Marderſteig, Jagdrecht 45). Sie teilen die Schicksale des Gemeindejagdbezirkes. Ihr Sonderrecht aus § 4 ist dann erledigt.

2. BraunschwZ. **13** 157 f. (Braunschweig, Straffen). Die neue braunschweigische Jagdordnung verbietet dem Grundeigentümer, wilde Kaninchen mit Hilfe von Frettchen, Netzen, Gift u. dgl. zu fangen und zu töten.

3. SchlHolstAnz. **13** 211—214 (Kiel). Der Jagdberechtigte und der mit dem Jagdschutz im Privatforste Betraute sind in Schleswig-Holstein nicht befugt, in ihrem Jagdreviere wildernde Hunde zu töten. Die §§ 172, 173 SchlHolstJagdO. vom 2. Juli 1784 in Verbindung mit § 18 Hundepatents vom 20. März 1807, die nach Art. 69 EGBGB. in Kraft geblieben, geben nur den Königlichen Forstbeamten das Tötungsrecht.

B. Fischerei. I. Preußen. 1. **RG.** R. **13** 172. Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts. Ablösung einer Fischereiberechtigung. Für das Verfahren betreffend die Ablösung von Fischereiberechtigungen ist die VO. wegen Organisation der Generalkommissionen usw. vom 20. Juni 1817 maßgebend. Diese enthält keine Vorschrift, aus welcher gefolgert werden könnte, daß die Zurücknahme der Provokation unzulässig sei. Bezüglich der Ablösung von Diensten und Abgaben ist im § 95 Abs. 4 G. vom 2. Mai 1850 die Zurücknahme einer Provokation allerdings für unzulässig erklärt; aber gerade der Umstand, daß hier eine ausdrückliche Bestimmung für erforderlich erachtet worden ist, beweist, daß es sich um eine Ausnahmevorschrift handelt.

2. **RG.** PrVerwBl. **13** 895, R. **13** 39 — in ausführlicher Begründung —. Das als selbständige Gerechtigkeit verliehene Fischereirecht hat einen der Grundgerechtigkeit ähnlichen Charakter, darf also als dingliches Recht gelten. Gegenstand der Belastung mit der Fischereigerechtigkeit ist nicht das fließende Wasser, sondern der Strom oder der betreffende Stromteil als räumliches Ganzes.

3. R. **13** 527 (KG.). Zu § 3 FischereiG. vom 30. Mai 1874. Fischen in Küstengewässern. Die Frage, ob jemand unberechtigt im Sinne des § 370 Abs. 4 StG. fischt, ist nicht nach den Vorschriften des Fischereigesetzes, sondern nach materiellem Fischereirechte (Provinzialrecht, Landrecht, etwaige Privilegien) zu beurteilen. Die Küstenfischerei ist in der Regel frei, soweit nicht ausschließliche Fischereiberechtigungen bestehen (vgl. KGJ. **5** 317). Nach gemeinem Rechte, das hier (Harburger Seehafen) zur Anwendung kommt, erstreckt sich die Meeresküste so weit, als die höchste Flut steigt.

4. OLG. **26** 79—81 (KG.). Die Abwehr eines an einem Teiche Mühlen- und Fischereiberechtigten gegen Absperrung eines Wasserlaufs zum Fischfange. Ob und inwieweit das G. vom 28. Februar 1843, das FischereiG. vom 30. Mai 1874 und ALR. I. 8 § 99, I. 9 § 187 u. II. 15 § 246 Anwendung finden.

II. Bayern. 1. Literatur. Bleyer, Bayerisches Fischereigesetz vom 15. August 1898 mit Landesfischereiverordnung vom 23. März 1909. 2. Aufl. (München).

2. Rechtsprechung. a) SeuffBl. **13** 293 f. (München) — unter Anführung zahlreicher Literatur und Rechtsprechung —. Die Frage, ob Fischerei-

berechtigten für die Schmälerung ihrer Rechte durch Flußkorrektionen, die im öffentlichen Interesse durch den Staat oder von Privaten mit staatlicher Genehmigung durchgeführt werden, auch beim Nichtvorliegen eines Verschuldens grundsätzlich Entschädigungsansprüche zustehen, insbesondere wegen Beseitigung von Altwässern usw. und wegen Entziehung sonstiger für die Ausübung der Fischerei günstiger Verhältnisse, ist nicht unbestritten, aber mit der überwiegenden Meinung zu bejahen. b) OLG. **26** 76 f. (München). Die Beseitigung des von der Verwaltungsbehörde genehmigten Einbaues eines Dammes in das Fischwasser, wodurch eine Störung des Fischereiberechtigten herbeigeführt wird, kann nicht verlangt werden, wohl aber eine Entschädigung (Artt. 77 bis 79, 109 BayWasserG.).

III. Sachsen s. A III 1.

IV. Sonstige Rechte. 1. Literatur. Fischbach, Das Gesetz für Elsaß-Lothringen betr. die Fischerei vom 2. Juli 1891. 2. Aufl. (Straßburg i. E. 1912). Gegenstand der Darstellung ist das Fischereigesetz mit den zu seiner Ausführung ergangenen Verordnungen, Bekanntmachungen und den Elsaß-Lothringen angehenden internationalen Fischereiabkommen.

2. Rechtsprechung. a) BadRpr. **13** 25 f. (Karlsruhe). Wann ist nach Art. 1 BadG. vom 3. März 1870 betr. die Ausübung und den Schutz der Fischerei eine Fischereigenossenschaft rechtsfähig? b) BraunschwZ. **13** 25 f. (Braunschweig). Hatte der Kläger wasserrechtlich keine Befugnis zum Einsetzen seiner Fischkästen — und daran fehlte es, wenn er die nach § 56 Abs. 2 WasserG. vom 20. Juni 1876 erforderliche Polizeierlaubnis nicht gehabt hat —, dann stehen ihm die an sich noch anwendbaren Wasserinterdikte nicht zu. Er kann aber einen Ersatzanspruch wegen Schädigung durch unerlaubte Zuführung von Fabrikabwässern auf § 823 BGB. gründen. S. auch Art. 65.

Artt. 70, 71. 1. Simon, Der Wildschaden (Neudamm 1912). Der erste Abschnitt behandelt das materielle Recht, der zweite das Verfahren zur Verfolgung des Wildschadenersatzanspruchs, der dritte den technischen Teil.

2. Dittrich, Zum Wildschadenersatzverfahren, PrVerwBl. **34** 336 f. Der Verf. weist auf den Mangel des Verfahrens hin, der dann entsteht, wenn der Gemeindevorsteher zugleich Jagdvorsteher und Ortspolizeibehörde ist, wie dies gemäß § 56 KreisO. in den östlichen Provinzen und § 63 LandgemO. in Hessen-Nassau der Fall ist.

3. Merk, Die Verfolgung der Wildschadensersatzansprüche nach badischem Rechte, BadRpr. **13** 53—55. Der Verf. behandelt nach Erörterung des BadWildschadenG. vom 31. Oktober 1833 das geltende Recht — G. vom 9. August 1898 betr. die Abänderung des BadJagdG. vom 2. Dezember 1850 —, und zwar I. die Anmeldung des Wildschadensersatzanspruchs, II. das bürgermeisteramtliche Feststellungsverfahren.

Art. 73. RheinZ. **5** 536—538 (Cöln) — mitget. von Vossen — über den Begriff des Fährenrechts. Der Rechtsweg zur Entscheidung von Streitigkeiten hierüber ist gegeben, weil das Fährenrecht zu den sog. niederen Regalien gehört.

Art. 77. I. Literatur. 1. Mayer, Die Haftung des Staates für rechtswidrige Amtshandlungen, SächsRpflA. **13** 1—16. Der Verf. erörtert die Haftung des Staates nach früherem preußischen Landesrechte, §§ 31, 89 BGB., § 12 GBO. und den Gesetzen vom 1. August 1909 und 22. Mai 1910. Er weist auf die belgische Gesetzgebung hin und vermißt ein sächsisches Gesetz betr. die öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht des Staates.

2. Martin, Wie haftet in Hamburg der Staat für rechtswidriges Verhalten seiner Vertreter und Gehilfen? Vortrag, Beilage zur HansGZ. **13** Nr. 1. Der Vortragende erörtert — nach Behandlung der Haftung aus §§ 278, 31, 831 BGB. —

die besondere Haftung aus § 75 b AGBGB. in der Fassung vom 9. Februar 1910 und aus § 31 VerhältnisG. vom 23. April 1879.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1175 f. Art. 1384 Code civil ist mit dem Inkrafttreten des G. vom 1. August 1909 über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt aufgehoben.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1178—1180. Art. 1384 Code civil ist auch auf das Verhältnis des eine Zwangsversteigerung leitenden Richters zum Staate anwendbar und dieser daher für ein Verschulden des Richters haftbar. Auch zwischen ihnen besteht das Verhältnis des préposé zum commettant.

3. HansGZ. **13** Beibl. 184 (Hamburg) über die Auslegung von § 31 Hamb. VerhältnisG. vom 23. April 1879. Der Staat übernimmt mit der Erklärung, den Beamten vertreten zu wollen, nicht eine unbedingte Haftung für Rechtswidrigkeit des Beamten, auch wenn diesen kein Verschulden trifft.

Art. 78. Josef, Vertragshaftung und Beamtenhaftung, IheringsJ. **63** 263 bis 268. Der Verf. erörtert insbesondere die Haftung des badischen und preußischen Notars.

Art. 82. 1. **RG. 81** 244—250. Im Verhältnisse der Artt. 82 und 163 EGBGB. kommt dem ersteren der Vorrang zu. Für die Verfassung solcher Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, ist daher in erster Linie nicht Art. 163, sondern Art. 82 maßgebend.

2. **RG. 81** 244—250 — unter Mitteilung der über die streitige Frage bestehenden verschiedenen Auffassungen in der Literatur —. Art. 82 EGBGB. erhält nicht die landesgesetzlichen Vorschriften über die Verfassung der staatlich konzessionierten Vereine allgemein aufrecht, vielmehr nur die besonderen, d. h. solche landesgesetzlichen Vorschriften, die ausschließlich auf jene Vereine Anwendung finden. Dies folgt aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung.

3. R. **13** 171 (KG.). Öffentlich-rechtliche Stiftung. Eine durch Privatgeschäft gegründete rechtsfähige Stiftung, die einem Bistume derart einverleibt ist, daß sie als Glied und Einrichtung dieser öffentlich-rechtlichen juristischen Person erscheint, ist eine Stiftung des öffentlichen Rechtes. Ihr Vorstand ist eine öffentliche Behörde, eine von dem Vorstand innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der satzungsmäßigen Form aufgenommene Urkunde eine öffentliche Urkunde.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1163—1167. Nach § 42 II. 19 ALR. hat ein Hospital nur dann die Rechtsfähigkeit, wenn es sich um ein für sich bestehendes, selbständig zu verwaltendes, also nicht dem Staate oder einer Gemeinde zustehendes, Institut handelt, das dauernd dem gemeinnützigen Zwecke der Fürsorge für Arme und Unterstützungsbedürftige gewidmet ist.

Art. 83. BraunschwZ. **13** 87—90 (Braunschweig) über das Vorkaufsrecht der Forstgenossenschaften beim Verkauf eines Forstnutzungsrechts zusammen mit dem Gute (§ 9 G. vom 19. Mai 1890).

Art. 84. R. **13** Nr. 2122 (KG.). Hat eine Religionsgesellschaft in Preußen ihre Eintragung im Vereinsregister erlangt, so ist von Amts wegen die Eintragung zu löschen. Eine Baptistengemeinde ist eine Religionsgesellschaft, auch wenn sie nach der Satzung neben dem religiösen noch andere Zwecke verfolgt.

Art. 87. KGJ. **41** A 218, DNotV. **13** 64 f. Es bedarf keiner staatlichen Genehmigung bei der Veräußerung von Klostergut im rheinischen Rechtsgebiete. Es bewendet, da seit der Einführung des BGB. nur die Frage des Grundstückerwerbes durch juristische Personen für ganz Preußen in Art. 7 PrAGBGB. einheitlich geregelt ist, hinsichtlich der Veräußerung von unbeweglichem Klostergute bei den Vorschriften des früheren Rechtes. Für den Geltungsbereich des PrALR. ist die Notwendigkeit der Staatsgenehmigung zu einer solchen Veräußerung im § 960 II. 11

bestimmt, für das Gebiet des rheinischen Rechtes fehlt es an einer entsprechenden Vorschrift.

Art. 95. 1. NaumburgAK. **13** 73 (LG. Frankfurt a. O.). Zu §§ 68, 69 G. vom 8. November 1810. Die Dienstherrschaft hat an den eingebrachten Sachen des Gesindes ein Zurückbehaltungsrecht wegen aller Entschädigungsforderungen.

2. R. **13** 72 (KG.). Nach § 147 kann eine Dienstbote vor Ablauf der Dienstzeit, jedoch nach vorhergegangener Kündigung den Dienst verlassen, wenn er durch Heirat oder auf andere Art zur Anstellung der eigenen Wirtschaft vorteilhafte Gelegenheit erhält, die er durch Ausdauerung der Mietzeit versäumen müßte. Der § 148 bestimmt weiter, daß danach das laufende Vierteljahr und bei monatweise gemietetem Gesinde der laufende Monat ausgehalten werden muß. Unter dem laufenden Vierteljahr ist das Vierteljahr zu verstehen, in welches das zur vorzeitigen Kündigung des Dienstes berechtigende Ereignis fällt.

3. R. **13** 680 (LG. III Berlin). Zu § 172. Zulässigkeit des Rechtswegs. Abänderung eines falschen Zeugnisses. Nur der Klage des ohne gesetzlichen Grund entlassenen Dienstboten gemäß § 161 auf Lohnerstattung hat eine polizeiliche Vermittlung voranzugehen (§ 160). Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf den Fall des § 172 ist nicht statthaft. Es ist aber im vorliegenden Falle, in welchem es sich nicht um Ausstellung eines Zeugnisses, sondern um die Berichtigung eines erteilten Zeugnisses handelt, der Rechtsweg ausgeschlossen. Der Polizei liegt gemäß § 172 eine Untersuchungspflicht ob. Dem Dienstboten ist damit ein weitergehendes Recht gewährt, als ihm durch die gerichtliche Verhandlungsmaxime geboten wäre. Die Polizei ermittelt, ohne an Beweisregeln gebunden zu sein. Wäre das Gericht zuständig, so würde es eine Verfügung der Polizei abändern oder bestätigen müssen. Eine solche Befugnis steht indes den Gerichten mangels besonderer Ermächtigung nicht zu. Ebenso Verfügung des Min. d. J. vom 21. November 1862 (Lindenberg, Ges. Recht zu § 172 Anm. 2) und LG. Glatz (BreslauAK. **01** 5).

4. SächsOLG. **34** 161—163, SächsRpflA. **13** 322 f. Eine leichte Mißhandlung berechtigt das Gesinde nicht zur sofortigen Lösung des Dienstverhältnisses (§ 84 Ziff. 1 der Rev. GesO. vom 2. Mai 1891/31. Mai 1898).

5. SchlHolstAnz. **13** 47 f. (Kiel). Nach § 40 SchlHolstGesindeO. vom 25. Februar 1840 hat die Herrschaft zwar darauf „zu halten", daß das Gesinde ein Dienstbuch beibringt, ist aber zu besonderen Zwangsmaßregeln nicht verpflichtet.

Art. 96. 1. SchlHolstAnz. **13** 159 f. (LG. Kiel) über die Auslegung des Art. 15 AGBGB. hinsichtlich des Rechtes des Leibzuchtsberechtigten, seine aus dem Hausstand ausgeschiedenen Kinder wieder bei sich aufzunehmen. Nach § 6 Abs. 1 des Art. 15 haben die Beklagten das Recht, ihre Familie in die Verlehntswohnung aufzunehmen. Der Ausdruck „Familie" ist nach der herrschenden Meinung (vgl. Crusen und Müller, Kommentar zum AG.) im Sinne des gewöhnlichen Lebens aufzufassen; die Aufnahme Familienangehöriger ist gestattet, sobald im Einzelfalle nach der Auffassung des Lebens ein Zusammenleben mit den Berechtigten als das Normale erscheint (Mot. zum BGB. III 571).

2. SchlHolstAnz. **13** 210 f. (LG. Kiel). Das in Art. 15 § 9 PrAGBGB. dem zur Gewährung des Altenteils Verpflichteten eingeräumte Kündigungsrecht kann nicht vom Konkursverwalter ausgeübt werden.

Art. 103. *Kayser, Die Ersatzansprüche der Armenverbände gegen den Unterstützten und dessen alimentationspflichtige Verwandte im Gebiete des preuß. Landrechts, JW. **13** 468—471. Der Anspruch des Armenverbandes auf Grund des § 68 AGUWG. unterliegt nicht den Beschränkungen des nach § 62 UWG. auf den Armenverband übergegangenen Anspruchs des Unterstützten, speziell findet § 1613 BGB. keine Anwendung. Die Alimentationsfähigkeit ist nach dem Zeit-

punkte der gewährten Unterstützung zu beurteilen. Das in **RG. 75** 84 für den Erstattungsanspruch gegen den Unterstützten aufgestellte Erfordernis des Vermögens ist unbegründet; event. gemäß GruchotsBeitr. **24** 513 zu beurteilen. Den Armenverband trifft nicht die Beweislast für Alimentationsfähigkeit oder Vermögen.

Art. 105. *Dickel, Z. f. Forst- u. Jagdwesen **44** 172. Die Ansicht des RG., daß § 25 PrEisenbahnG. vom 3. November 1838 durch Art. 105 gedeckt sei, treffe nicht zu, Art. 105 decke nur die weiter als das BGB. gehenden Vorschriften; zu den Vorschriften des BGB. gehörten aber auch allgemeine Rechtsgrundsätze, der Eisenbahnherr hafte nach allgemeinen Grundsätzen für Funkenflug; dies entspreche dem Grundsatze vom Handeln auf eigene Gefahr bei gefährlichen Betrieben, ein Grundsatz, der in mehreren Sondergesetzen, wie z. B. im Reichshaftpflichtgesetz zur Anwendung gebracht sei, aber auch ohne Sondergesetz angenommen werden müsse, wie das RG. beim Funkenflug auch gegenüber dem Inhaber der Kleinbahnen ohne gesetzliche Vorschrift angenommen hat; unter diesen Umständen bleibe zur Anwendung des § 25 nur noch insoweit Raum, als das miteintretende Verschulden des Geschädigten nicht unter Berücksichtigung des § 278 BGB. anzunehmen sei; daß vielmehr lediglich das miteintretende Verschulden des Geschädigten selbst in Frage komme. Verf. meint, daß unter solchen Umständen nicht von einer Erweiterung des § 25 auf andere Betriebe die Rede sein dürfe, wie mehrfach vorgeschlagen sei, daß vielmehr die Aufhebung des § 25 richtiger sei, teils weil sein Fortbestand nicht mehr wissenschaftlich zu rechtfertigen sei und, soweit der § 25 noch gelte, seine Anwendung wenig zweckentsprechend erscheine.

Art. 107. OLG. **26** 13 f. (Frankfurt). Wie ein Vergleich mit Art. 107 EG., der von dem Ersatze des an Grundstücken verursachten Schadens handelt, aber auch Sinn und Wortlaut genügend ergibt, will der Art. 124 nur die eigentlichen nachbarlichen Beschränkungen des Eigentums aufrecht erhalten. Er umfaßt in erster Linie die dinglichen Wirkungen der Landesgesetze und läßt etwaige, obligatorische Verpflichtungen nur insoweit fortbestehen, als es sich um Verpflichtungen handelt, die mit den nachbarrechtlichen Eigentumsbeschränkungen untrennbar zusammenhängen, wie z. B. die Beiträge zu den Ausführungs- und Unterhaltungskosten von Grenzanlagen.

Art. 108. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1175—1178, JW. **13** 503 f. Nr. 29. Die Präklusivfrist des § 5 des sog. TumultG. vom 11. März 1850 stellt keine Beschränkung des Umfanges der Haftung im Sinne des § 6 PrG. über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt vom 1. August 1909 dar, — es findet deshalb die Präklusivfrist auf das letztere Gesetz keine Anwendung.

Art. 109. 1. OLG. **26** 18 f. (Hamburg). Art. 109 EGBGB. gestattet dem Landesgesetz die Entziehung eines bereits entstandenen Schadensanspruchs.

2. **RG.** R. **13** 437. Entschädigung gemäß § 75 Einl. z. ALR. bei Einverleibung von Parzellen in Straßenland. Zulässigkeit des Rechtswegs. Die Entschädigungsvorschriften des Enteignungsgesetzes beruhen auf dem Grundsatze des § 75 Einl. z. ALR., welche auch im Gebiete des rheinischen Rechtes gilt, und bilden in ihrem Anwendungsbereiche die Ausführung jenes Grundsatzes. Auf Ansprüche aber, die außerhalb dieses Anwendungsbereichs liegen und ihre Grundlage unmittelbar im § 75 haben, sind die in jenem Sondergesetz enthaltenen, den Rechtsweg erst nach vorausgegangener Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde öffnenden Bestimmungen nicht zu übertragen. Die Entschädigungsvorschriften des Enteignungsgesetzes haben im § 75 aaO. ihre Wurzel, sie dienen der praktischen Durchführung des dort und im Art. 9 PrVerf. ausgesprochenen Grundsatze.

3. RheinZ. **5** 383—385 (Colmar). Der auf dem früheren französischen Rechte

beruhende Schadensersatzanspruch des durch eine öffentliche Arbeit geschädigten Grundeigentümers verjährt in dreißig Jahren. Die dreijährige Verjährungsfrist ist erst durch das Gesetz vom 13. Februar 1905 (§ 40a AGBGB.) eingeführt und gilt nur für die später entstandenen Ansprüche. Art. 169 EGBGB. findet nicht Anwendung, weil erst der durch Art. 3 des Gesetzes vom 13. Februar 1905 eingeführte § 40 a EGBGB. für den im übrigen dem bisherigen Rechte nachgebildeten Schadensersatzanspruch gegen den Veranstalter öffentlicher Arbeiten ausdrücklich die Verjährung nach der Vorschrift des § 852 BGB. geregelt hat.

4. ElsLothJZ. **13** 259—262, RheinZ. **5** 387—390 (Colmar) über die Frage, inwieweit die Eisenbahn nach der auf Grund des Art. 109 EGBGB. erlassenen Bestimmung des § 40 a ElsLothAGBGB. für Unfallsfolgen haftpflichtig ist.

5. OLG. **26** 75 f. (München). Den Fischereiberechtigten stehen zwar für die Schmälerung ihrer Rechte durch Flußkorrektionen, die im öffentlichen Interesse durch den Staat oder von Privaten mit staatlicher Genehmigung durchgeführt werden, Entschädigungsansprüche zu (Art. 29 Nr. 4 und 6, 33, 34 BayG. vom 28. Mai 1852); diese werden aber durch die bloße Tieferlegung eines öffentlichen Flusses und die Anwendung von Baggermaschinen zur Austiefung nicht begründet.

Siehe auch Artt. 52, 69, 77.

Art. 113. I. Literatur. Fritzsche, Vertauschung ländlicher Grundstücke nach sächsischem Rechte, FischersZ. **42** 78—102. Der Verf. erörtert die Zusammenlegung ländlicher Grundstücke auf Grund des sächsischen Gesetzes vom 23. Juli 1861 und der Verordnung vom 28. September 1869.

II. Rechtsprechung. 1. R. **13** 643 (BayObLG.). Flurbereinigung. Zweck der Flurbereinigung; Beschwerden bezüglich des Verteilungsplans (Art. 1, 39 FlurbereinigungsG. vom 29. Mai 1886 in der Fassung vom 30. Juli 1899). Einer der wesentlichsten Zwecke der Flurbereinigung sowohl bei Zusammenlegung von Grundstücken als auch bei Regelung von Feldwegen besteht in der Befreiung der Grundstücke von dem Flurzwange, wie er hauptsächlich mit dem System der Dreifelderwirtschaft verbunden ist. Auch für einen Endbescheid, der die Ablehnung der Aufstellung eines Verteilungsplans und daraufhin die Einstellung des Verfahrens ausspricht, ist bezüglich der Beschwerdeerhebung die Bestimmung des Art. 39 Abs. 2 anwendbar.

2. PrVerwBl. **34** 544—545 (OVG.) über die Teilnahme am sog. Allmendrechte (Hohenzollern) und über Bedeutung, Inhalt und Tragweite eines sog. Vereinödungsvertrags.

Art. 119. 1. SeuffBl. **13** 187 f. (BayObLG.). Die Art. 5 ff. GüterzertrümmerungsG. vom 13. August 1910 beziehen sich nicht bloß auf Kaufverträge, sondern auf Veräußerungsverträge jeder Art.

2. R. **13** 75 (BayVGH.). Der gewerbsmäßige Handel mit ländlichen Grundstücken erfordert wie jeder andere Gewerbebetrieb eine fortgesetzte auf Erzielung von Gewinn gerichtete Tätigkeit, die beim Güterhandel regelmäßig in wiederholten Erwerbs- und Veräußerungsverhandlungen zutage tritt. Für den gewerbsmäßigen Handel mit ländlichen Grundstücken ist charakteristisch, daß Anwesen oder Grundstücke nicht zu dem Zwecke erworben werden, aus der Bewirtschaftung des Grund und Bodens einen Ertrag zu erzielen, sondern zu dem Zwecke, durch handelsmäßigen Umsatz der Grundstücke aus der Differenz zwischen Erwerbs- und Veräußerungspreis Gewinn zu machen. Daß im einzelnen Falle tatsächlich ein Gewinn sich ergeben hat, wird nicht erfordert, wenn nur die Absicht auf Erzielung eines Gewinns obwaltet.

3. SeuffBl. **13** 162 f. (BayObLG.) über den Begriff der Güterzertrümmerung „in Vollmacht eines anderen" im Sinne des Art. 19 G. vom 2. Februar 1898 betr. die Fortsetzung der Grundentlastung.

Art. 124. I. Fensterrecht. 1. OLG. **26** 15 f. (Marienwerder). Die rechtliche Natur des Fensterrechts (§§ 142 f. I. 8 ALR.) ist streitig. Es ist keine Grundgerechtigkeit, sondern eine gesetzliche nachbarrechtliche Einschränkung des Eigentums.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1155—1159, R. **13** 378. Nicht jede Öffnung in einem Gebäude, durch die Tageslicht hindurchdringen kann, ist als Fenster zu erachten. Lücken, die nur dazu bestimmt sind, den Luftzug zu befördern, nicht aber die Räume zu erhellen, sind keine Fenster.

3. OLG. **26** 14, R. **13** 140 (Marienwerder). Glasziegel als Fenster im Sinne des § 143 I. 8 ALR. Fenster sind Unterbrechungen oder Öffnungen im Mauerwerke, die bestimmt und geeignet sind, Licht in die dahinter liegenden Räume eindringen zu lassen. Das Gesetz (§ 137 I. 8 ALR.) enthält keine Vorschriften, wie das Fenster beschaffen sein muß. Die größere oder geringere Stärke der Mauerausfüllung ist ohne Belang, ebenso ist es bedeutungslos, ob statt Scheiben aus Fensterglas Glasziegel verwendet werden, ob viel oder wenig Licht eindringt, wenn nur überhaupt der Lichteinfall möglich ist.

4. **RG.** R. **13** 70. Dem Erwerbe des Rechtes aus §142 aaO. steht der Umstand nicht entgegen, daß die Fenster der Vorschrift des § 138 aaO. nicht entsprechen. Den Grundsatz des § 137 I. 8 ALR., daß jeder Eigentümer, um Licht in sein Gebäude zu bringen, auch nach der Seite des Nachbars hin beliebig Fenster anlegen darf, schränkt § 138 dahin ein, daß Fenster in einer unmittelbar an den Hof oder Garten des Nachbars stoßenden Wand, wo die Umstände es gestatten, sechs Fuß über dem Boden des Zimmers oder Behältnisses angebracht und in allen Fällen mit eisernen, nur zwei Zoll voneinander stehenden Stäben oder mit einem Drahtgitter verwahrt sein müssen (**RG.** **5** 229). Durch § 138 aaO. wird also nicht etwa die Anlage von Fenstern in einer an der Grenze stehenden Hauswand überhaupt untersagt, sondern es wird nur eine bestimmte Einrichtung der Fenster vorgeschrieben.

II. Sonstiges. 1. OLG. **26** 13, R. **13** Nr. 536 (Frankfurt). Schadensersatzansprüche, die das Landesrecht ohne den Nachweis eines Verschuldens gewährt (Frankfurter Baustatut vom 11. Juni 1809), werden durch Art. 124 nicht aufrechterhalten.

2. R. **13** 140 (KG.). Fortgeltung der Berliner Bauobservanzen. Die Bauordnung für die Stadt Berlin vom 30. November 1641, das durch die Verordnung vom 6. August 1763 bestätigte Gutachten der Kriegs- und Domänenkammer vom 3. Juli 1763 und die gesammelten Spezialbauobservanzen für Berlin haben, soweit sie die Baubefugnis zum Besten des Nachbarn einschränken und die Befugnis zum Bauen an der Grenze regeln, noch jetzt Gültigkeit in den Teilen Berlins, in welchen sie Geltung hatten (vgl. Art. 124 EGBGB. und OTr. **45** 79). Nach Titel IV §§ 1, 3, 6 der Bauobservanzen (Grein, Baurecht Anh. 15) schränken Fenster in der Wand des Nachbargrundstücks das Recht, hart an der Grenze zu bauen, selbst dann nicht ein, wenn durch den Bau Räumen des Nachbars Licht und Luft gänzlich entzogen wird, sofern der Nachbar nicht durch besondere Rechtsmittel das Recht erworben hat, dem angrenzenden Eigentümer das Verbauen vorhandener Fenster zu untersagen. Eine Ersitzung eines solchen Untersagungsrechts mußte bis zum 1. Januar 1900 vollendet sein.

3. S. auch Art. 107.

Art. 126. Zeime, Die Abgrenzung des öffentlichen und privaten Eigentums insbesondere des Gemeindeeigentums im Elsaß-Lothringischen Rechte, Els.-LothJZ. **13** 144—164.

Art. 129. RheinZ. **5** 535 f. (Düsseldorf) — mitgeteilt von Vossen —. Nach dem gemäß Art. 129 EGBGB. zur Anwendung kommenden Art. 563 Code civil ist aneignungsberechtigt nicht der Fiskus, sondern der Deich-

verband, weil er allein im Zeitpunkte der Veränderung des Flußlaufs Eigentümer der unter Wasser gesetzten Grundstücke war.

Art. 132. Patronatsfähigkeit. 1. **RG.** R. **13** 38. Der Patronatsfähigkeit der Kirche steht der Umstand, daß die Gemeinde keinen eigenen Geistlichen hatte, nicht entgegen. Auch kann ein Bedenken nicht daraus hergeleitet werden, daß die Gemeinde zunächst als solche nicht organisiert war. Denn die Gründung der Kirche erfolgte vorliegend, wie in vielen andern Fällen, um die Bildung einer Gemeinde erst zu ermöglichen, und Besitzhandlungen konnten von den zur Kirche gehörigen Einwohnern vorgenommen werden, auch bevor sie zu einer selbständigen Gemeinde vereinigt waren.

2. **RG.** R. **13** 38. Offene Handelsgesellschaft als Patron. Daß die offene Handelsgesellschaft als dasjenige Rechtssubjekt anzusehen ist, für welches jetzt das Eigentum an dem mit dem Patronatrechte belasteten Gute eingetragen ist und von dem auf Grund des Bauresoluts der Regierung die Patronatsbeiträge beigetrieben sind, ist rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. § 581 II. 11 ALR., §§ 105, 124 HGB.). Als Träger der mit dem Patronat verbundenen Rechte und Pflichten ist dann aber nicht, wie bei der juristischen Person (vgl. § 615 II. 11 ALR.), ein von den die Gesellschaft bildenden Personen verschiedenes Rechtssubjekt, sondern diese selbst in ihrer Zusammenfassung anzusehen (vgl. **RG. 65** 21, 229).

3. **RG.** JW. **13** 1155—1157 Nr. 12 — unter Anziehung der Literatur und Rechtsprechung — über Patronat. Der Patron der Mutterkirche wird nicht mit deren Teilung auch Patron der Tochterkirche. Das Patronat entsteht durch Fundation und durch Ersitzung.

4. **RG.** R. **13** 171. Patronatsbaulast. Genehmigung eines Abgabenregulierungsplans. Beim dinglichen Patronat haften nach Teilung des Grundbesitzes die mehreren Eigentümer als Gesamtschuldner. Die Entsch. **RG. 27** 147 betrifft gemeines Recht. Die Patronatsbaulast ist eine öffentliche Last. Ein auf Grund des G. vom 3. Januar 1845 (GS. 25) betr. die Zerteilung von Grundstücken aufgestellter Abgabenregulierungsplan bedurfte, soweit es sich um Patronatslasten handelte, nicht der Genehmigung der geistlichen Oberen. Der Erlaß des Ministers für Landwirtschaft vom 21. August 1860 (MBlJV. 193) schreibt eine solche auch nicht vor.

5. **RG.** R. **13** 38. Ersitzung des Patronats im ehemaligen Königreich Westfalen. Das Dekret Jéromes vom 21. September 1808, durch welches der code civil im Königreich Westfalen eingeführt wurde, setzte unter Nr. 3 die bisherigen Gesetze in Ansehung derjenigen Gegenstände, worüber das Gesetzbuch Napoleons Verfügungen enthält, außer Kraft. Über das Kirchen-, speziell das Patronatrecht enthält aber der code civil keine Vorschriften. Insoweit behielten also die landrechtlichen Vorschriften ihre Geltung.

6. **RG.** R. **13** 38. Die den Gutsherrschaften auf dem Lande als solchen in Ansehung der Schule zustehenden Befugnisse und obliegenden Verpflichtungen wurden früher vielfach, selbst in Gesetzen, als Schulpatronat bezeichnet. Dieses sogenannte Schulpatronat hat aber mit einem eigentlichen Kirchenpatronat nichts zu tun (vgl. **RG.** JW. **85** 134 Nr. 44, **RG.** 59 5).

Art. 133. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1045—1049. Durch die Einräumung des Erbbegräbnisses wird ein Privatrecht, und zwar ein dingliches Nutzungsrecht, zugunsten der Familie begründet. Aus dem Rechte zur Benutzung des Erbbegräbnisses läßt sich, wenn man die Benutzung im weitesten Sinne versteht (vgl. auch **RG. 71** 22), vielleicht auch das Recht herleiten, die in dem Erbbegräbnisse beigesetzte Leiche (sofern nicht besondere Umstände dem entgegenstehen) wieder herauszunehmen.

Art. 134. 1. OLG. **26** 122 f., DNotV. **13** 291 f. (KG.). Im Gebiete des PrALR. (§ 642 II. 2) hat die Mutter ihr uneheliches Kind bis zum 14. Lebensjahre

in ihrem Glaubensbekenntnisse zu erziehen, und es steht ihr nicht das Recht zu, die Konfession zu bestimmen, in der das Kind erzogen werden soll. Anders in der Rheinprovinz (KG. KGJ. **41** 47).

2. BreslauAK. **13** 26 f. (Breslau). Soweit das Landesrecht Bestimmungen über die religiöse Erziehung getroffen hat, sind diese ausschließlich maßgebend, und es dürfen insoweit aus dem im BGB. geordneten allgemeinen Rechte der Sorge für die Person des Kindes keine Befugnisse hergeleitet werden, die in die landesgesetzlichen Anordnungen über die religiöse Erziehung eingreifen.

3. BreslauAK. **13** 26—28 (Breslau). Über die religiöse Erziehung der Kinder aus einer geschiedenen Ehe, wenn nach der Ehescheidung der Vater die Religion wechselt. Die Bestimmungen der §§ 74 II. 2 ALR. und der Deklaration vom 21. November 1803 greifen auch Platz, wenn die Ehe der noch lebenden Eltern geschieden ist.

4. FrankfRundsch. **46** 239—242 (Frankfurt). Über die religiöse Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen im Gebiete des nassauischen Rechtes. Nach dem nassauischen Edikte vom 22/26. März 1808 ist die Konfession des Vaters entscheidend, gewohnheitsrechtlich ist übereinstimmender Wille der Eltern wirksam, das Kind in der Religion der Mutter zu erziehen.

5. R. **13** 75 (BayVGH.). Verträge über die religiöse Erziehung von Kindern aus gemischten Ehen (§ 13 der II. VerfBeil. vom 26. Mai 1826). Vertragsmäßige Bestimmungen über die religiöse Erziehung von Kindern aus gemischten Ehen können ausnahmslos nur in der nach den bürgerlichen Gesetzen für den Abschluß von Eheverträgen vorgeschriebenen Form, demgemäß unter der Geltung des BGB. gemäß § 1434 notariell getroffen und beurkundet werden. Für solche Verträge, die während der Dauer der Ehe abgeschlossen werden, ist das Recht des ehelichen Wohnsitzes zur Zeit des Vertragsabschlusses bezüglich der Form des Vertrags maßgebend.

6. R. **13** 642 (BayObLG.). Religiöse Kindererziehung. Beurkundung der Vereinbarungen (§ 13 der II. Beil. z. Verf. Urk. vom 26. Mai 1818). Vereinbarungen von in gemischter Ehe lebenden Eheleuten über die reilgiöse Erziehung ihrer Kinder bedurften in der Pfalz sowohl vor als nach Einführung des BGB. der notariellen Beurkundung.

Art. 136. BayObLG. **13** 771—775. Als Vorstand einer unter staatlicher Verwaltung oder Aufsicht stehenden Erziehungs- oder Verpflegungsanstalt im Sinne des Art. 100 AGBGB. hat zu gelten, wem die tatsächliche Leitung der Anstalt in erzieherischer Hinsicht bestimmungsgemäß zusteht.

Art. 144. Loening, Die Neuordnung des Hinterlegungswesens in Preußen, PrVerwBl. **13** 613—616. Der Verf. erörtert die Bestimmungen der neuen Hinterlegungsordnung vom 21. April 1913 unter Vergleich mit den Bestimmungen der früheren vom 14. März 1879.

Vierter Abschnitt. Übergangsvorschriften.

Art. 156 s. Art. 8.

Art. 163 s. Art. 82.

Art. 164. I. Literatur. Schmitt, Besondere Gemeinschaftsverhältnisse, BayNotZ. **13** 148.

II. Rechtsprechung. OLG. **26** 73 f. (München). Die sog. „Alpgenossenschaft" ist ein Rechtssubjekt besonderer Art, bei dem zwar Ähnlichkeit mit einer juristischen Person besteht, den einzelnen Genossen mit ihren Anteilen aber doch eine gewisse Selbständigkeit gewahrt ist — nach Art der Markgenossenschaft alten deutschen Rechtes.

Art. 168. 1. **RG.** R. **13** 42. Nach preußischem Rechte ist eine bloße dem Erben auferlegte Verfügungsbeschränkung ohne Verbindung mit einer fideikommissarischen Substitution regelmäßig ohne Wirkung (vgl. **RG. 14** 281).

2. **RG.** R. **13** 443. Substitution. Abweichend vom gemeinen Rechte vererbte nach den Grundsätzen des PrALR. sich das Recht des Ersatzerben, sofern dieser den Erbfall erlebte, der Regel nach auf seine Erben auch dann, wenn der Wegfall des zunächst berufenen Erben nach dem Erbfall eintrat, der Ersatzerbe aber vor dem Wegfall des zunächst berufenen Erben verstarb. Die Substitution wurde aber auch dann wirksam, wenn der Substitut zwar den Erbfall, nicht aber auch den Substitutionsfall erlebte. Dieser Grundsatz wurde in der Rechtslehre aus der allgemeinen Vererblichkeit bedingter Rechte und der im § 485 I. 12 enthaltenen Verweisung auf § 161 I. 4 hergeleitet.

3. KGJ. **42** A 199, DNotV. **13** 68 f. Tragweite des Unschädlichkeitszeugnisses. Es handelt sich um ein zugunsten der Familie des jetzigen Eigentümers getroffenes Veräußerungsverbot. Dieses ist auch nach dem 1. Januar 1900 bestehen geblieben. Ein solches Veräußerungsverbot kann durch ein Unschädlichkeitszeugnis nicht beseitigt werden. Der Art. 20 PrAGBGB. läßt zwar seinem Wortlaute nach den Zweifel entstehen, ob nicht die Worte „alle Belastungen" ohne jede Einschränkung gemeint seien. Das KG. weist aber aus der Entstehungsgeschichte nach, daß die Frage zu verneinen sei.

4. ElsLothJZ. **13** 316—318 (Colmar). Da in Elsaß-Lothringen für die Anwendung der Grundsätze über den Erwerb eines Grundstücks in gutem Glauben Voraussetzung ist, daß das Grundstück in ein Reichsgrundbuch eingetragen ist, und da für den Bezirk, in welchem die Grundstücke des Ehemanns der Klägerin liegen, bei Abschluß des Kaufvertrags vom 2. Dezember 1907 das Grundbuch nicht angelegt war, kommt die Einschränkung, welche die Bestimmung des Art. 168 EGBGB. enthält, in vorliegendem Falle nicht in Betracht. Es verbleibt also bei dem in dieser Bestimmung als Regel aufgestellten Satze, nach welchem der Ehemann der Klägerin zur Zeit der Beurkundung des Kaufvertrags nicht unentgeltlich über seine Grundstücke verfügen konnte. Diese Verfügungsbeschränkung bezog sich sowohl auf obligatorische als auch auf dingliche unentgeltliche Rechtsgeschäfte, da das französische Recht nicht wie das BGB. zwischen diesen beiden Arten von Rechtsgeschäften unterschieden hat.

Art. 169. 1. **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 121 f., JW. **13** 42 f. Nr. 31. Art. 169 EGBGB. kann zwar auf die drei- und sechsmonatige Ausschlußfrist des § 1571 BGB. analog angewendet werden, nicht aber auf die zehnjährige Ausschlußfrist.

2. **RG.** R. **13** 532. Zu LR. 2262 (Baden). Von Amts wegen darf die erlöschende Verjährung nicht berücksichtigt werden.

3. S. auch Art. 109.

Art. 170. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 291 f. Daß § 138 BGB. trotz des Art. 170 EG. auch auf Verträge anzuwenden ist, die vor dem 1. Januar 1900 geschlossen worden sind, ergibt sich aus dem zwingenden verbietenden Charakter der Vorschrift.

2. **RG.** R. **13** 379. Ein Anerkenntnis, das der großjährige Haussohn nach dem Tode seines Vaters bezüglich einer früheren Schenkung abgibt, bedarf nicht der Schriftform; denn die §§ 136 ff. ALR. II. 2, § 37 I. 5 sind durch § 3 G. vom 12. Juli 1875 beseitigt.

3. **RG.** R. **13** 379. Belohnende Schenkungen müssen als solche aus dem schriftlichen Instrument erkennbar sein; mehrere zusammengehörige Briefe genügen. Der belohnte Dienst braucht nicht dem Schenker persönlich geleistet zu sein. Auch eine früher bereits dafür geleistete Vergütung steht begriffsmäßig nicht entgegen; eine moralische Pflicht ist nicht notwendiges Erfordernis.

4. **RG.** R. **13** Nr. 1619. Auch der Schenkungswiderruf wegen eignen Notbedarfes bemißt sich wie derjenige wegen Undankes für altrechtliche Schenkungen nach altem Rechte.

5. **RG.** R. **13** Nr. 1618. § 519 BGB. hat keine rückwirkende Kraft gegenüber altrechtlichen Schenkungen.

6. **RG.** R. **13** Nr. 1617. Auf belohnende Schenkungen nach ALR. findet § 519 BGB. keine Anwendung; denn für die Beurteilung des Charakters der Schenkung bleibt das ALR. maßgebend, dieses aber behandelte die belohnende Schenkung als oneroses Geschäft.

7. **RG.** R. **13** Nr. 2593. Wird aus einem vor 1900 abgeschlossenen Sachverhalt Schadensersatz für die Zeit vor wie nach 1900 verlangt, so richtet sich der Schadensersatzanspruch für die Zeit vor dem 1. Januar 1900 nach früherem, der für die spätere Zeit nach neuem Rechte.

8. BayObLG. **12** 802 f., RheinZ. **5** 377. Zur Auslegung der vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Schuldverhältnisse bleiben die Auslegungsvorschriften des französischen Rechtes maßgebend, und es bestimmen sich in solchen Schuldverhältnissen sowohl die Voraussetzungen wie die Wirkungen des Verzugs nach dem französischen Rechte.

Art. 171. **RG.** LeipzZ. **13** 614. War der vor dem 1. Januar 1900 begründete Agenturvertrag nach der damals maßgebenden gewohnheitsrechtlichen Auffassung jederzeit kündbar und erfolgte nach dem 1. Januar 1900 die Kündigung nicht, so kommen gemäß Art. 171 EGBGB. die Vorschriften des neuen Rechtes zur Anwendung.

Art. 181. 1. Fromherz, RheinZ. **5** 546—559, erörtert die badische Rechtsprechung zur Frage, ob der Anbau an eine nach dem 1. Januar 1900 halbscheidig errichtete Giebelmauer zum halben Wertsersatze verpflichtet.

2. RheinZ. **5** 541—543 (Cöln) — mitgeteilt von Vossen —. Art. 181 EGBGB. bezieht sich lediglich auf den Inhalt des Eigentums, während die Frage des Eigentumserwerbes nach altem Rechte zu entscheiden ist. Von diesem Gesichtspunkt aus wird die Frage des Eigentums bzw. Alleineigentums an Giebelmauern und gemeinschaftlichen Mauern nach altem französischen Rechte behandelt (s. ferner RheinZ. **5** 543—545 [Düsseldorf]).

3. RheinZ. **5** 534 f. (Düsseldorf) — mitgeteilt von Vossen —. Im Gebiete des Rheinischen Rechtes (§ 563 Code civil) fällt das Eigentum am verlassenen Flußbette nicht den bisherigen Eigentümern des Flusses an der betreffenden Uferstelle, sondern den bisherigen Eigentümern des neuen Flußbettes zu.

4. ElsLothJZ. **13** 430 f. (Colmar). Über die Bedeutung des „juste titre" im Sinne des Art. 2265 code civil als Erfordernis der zehnjährigen Ersitzung.

Art. 184. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1159—1163. Die Grundgerechtigkeit muß stets dem Grundstücke zum Vorteile gereichen, ein dem Besitzer allein, unabhängig von seiner Eigenschaft als Eigentümer des herrschenden Grundstücks vorteilhaftes Nutzungsrecht kann nie Gegenstand einer Grundgerechtigkeit sein (§ 12 I. 22 ALR.). Indessen ist nicht erforderlich die Gewährung eines dauernden Vorteils für das Grundstück, es genügt auch ein vorübergehender Vorteil.

2. R. **13** Nr. 1981 (BayObLG.). Ob ein aus der Zeit vor 1900 stammendes Recht ein Erbbaurecht ist, bestimmt sich mangels besonderer Vorschrift lediglich nach BGB.

3. BayRpflZ. **13** 151 f. (BayObLG.). Rechtsbestand einer im Gebiete des BayLR. begründeten Dienstbarkeit, auf bestimmten Grundstücken eines anderen den vorhandenen Spatstein auszubeuten (BayLR. Tit. II Kap. 9 § 4 Nr. 1 und Kap. 7 § 2).

4. FrankfRundsch. **46** 211—213 (Frankfurt). Da die Dienstbarkeit vor Inkrafttreten des BGB. entstanden, richtet sich ihr Inhalt und Umfang nach dem damals geltenden Rechte. Für Dienstbarkeiten galt in Frankfurt das gemeine Recht ohne

partikularrechtliche Besonderheiten. Danach konnte ein Grundstück zugunsten auch einer juristischen Person in der Weise belastet werden, daß der Berechtigte dem jeweiligen Eigentümer eine bestimmte Benutzungart, z. B. die Bebauung, untersagen durfte. Eine derartige sog. irreguläre Personalservitut konnte formlos begründet werden, durch bloßen Vertrag; ihre Verletzung begründete den Anspruch auf Beseitigung der Störung. Daran hat sich durch das Inkrafttreten des PrG. betr. das Grundbuchwesen usw. in dem Gebiete der vormals freien Stadt Frankfurt vom 19. August 1895 (GS. 481) nichts geändert, das nur zur Erhaltung seiner Wirksamkeit gegen Dritte grundbuchliche Eintragung vorschreibt.

5. BadRpr. **13** 47—49 (Karlsruhe). Über den Erwerb des Anspruchs auf ein Wasserrecht für eine Erblehenmühle kraft Verleihung, Ersitzung oder unvordenklicher Verjährung nach badischem Rechte.

6. **RG.** R. **13** 412. Dem Eigentumsbuch ist in dem G. betr. die Ausführung des BGB. in Elsaß-Lothringen vom 17. April 1899 nicht, wie dem Grundbuch in den §§ 891, 892 BGB. ein öffentlicher Glaube beigelegt worden. Wie die Begründung zu dem genannten Gesetze 61 bemerkt, ist das Eigentumsbuch ein im Werden begriffenes Grundbuch; während das Grundbuch die im Bezirke gelegenen Grundstücke aufweist, erfolgt die Aufnahme der Grundstücke in das Eigentumsbuch von Fall zu Fall mit der Eintragung der sich darauf beziehenden Rechtsänderungen. Nur in einzelnen Beziehungen hat das Gesetz durch ausdrückliche Vorschriften dem Eigentumsbuch öffentlichen Glauben beigelegt. Es sind dies die Vorschriften in den §§ 92, 93, 98, 113.

7. MecklZ. **32** 261—265 (Rostock). Über die Unterhaltungslast bezüglich einer dem öffentlichen Verkehr in einer Dorfgemeinde dienenden, im Eigentume des Landesherrn stehenden Brücke nach Mecklenburgischem Rechte.

8. S. auch Artt. 65, 66, 68.

Art. 187. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 188—194. Über die Ersitzung einer Grunddienstbarkeit nach gemeinem Rechte. Ein Recht, das dem auf einem Grundstück eingerichteten Gewerbebetriebe zum Vorteile gereicht, kann als Dienstbarkeit für dieses Grundstück einem andern gegenüber erworben werden, aber nur ein zeitlich beschränktes Recht, wenn der Wille des Ersitzenden nur auf eine beschränkte Ausübung gerichtet war.

2. SchlHolstA. **13** 57 f. (Kiel). Bestanden das Wohnungs- und Nutzungsrecht zur Zeit der Einführung der PrGBO. vom 5. Mai 1872 und das PrEEG. vom gleichen Tage in der Provinz Schleswig-Holstein, die durch G. vom 27. Mai 1873 erfolgt ist, als dingliches Recht, so bedurfte es zur Erhaltung der Dinglichkeit als solcher auch nicht seiner Eintragung in das später angelegte Grundbuch; denn der § 73 GBO., der bestimmt, daß bestehende dingliche Rechte bis zum 1. Oktober 1873 eingetragen sein müssen, widrigenfalls sie dritten Personen gegenüber nicht geltend gemacht werden können, ist nach § 1 G. vom 27. Mai 1873 nicht miteingeführt worden, und § 12 EEG., wonach dingliche Rechte an Grundstücken, welche auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, gegen Dritte durch Eintragung Wirksamkeit erlangen, gilt mangels rückwirkender Kraft nicht für die zur Zeit der Einführung des Gesetzes bereits bestehenden dinglichen Rechte.

3. **RG.** R. **13** 532. Zu LR. 690 (Baden). Die Bestimmung handelt von offenen Dienstbarkeiten, d. h. von solchen, die sich durch äußere Anlagen ankündigen. Auch hier muß die Anlage, um als offene gelten zu können, den Zweck, daß durch sie eine bestimmte Dienstbarkeit ausgeübt werde, in unzweideutiger Weise anzeigen.

4. S. auch Art. 184.

Art. 189. I. Literatur. Burmeister, Beiträge zum Grundbuchrechte der mecklenburgischen Erbpachtgrundstücke, MecklZ. **31** 402—410 (405—408). Kann die Löschung eines Ultimats, welches vor Inkrafttreten des

neuen Grundbuchrechts nach § 19 Abs. 2 der DomanialhypothekenO. vom 2. Januar 1854 durch Tod des Altenteilers und Jahresablauf erledigt ist, auf Antrag des jeweiligen Nutzeigentümers erfolgen? Der Verf. erachtet die Frage für zweifelhaft und verneint sie gegen Huther, MecklZ. **29** 97 ff. (106), indem er ausführt, daß die Ultimate, die zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs schon erledigt waren, als Eigentümerschulden demjenigen zustehen, der zu dieser Zeit Nutzeigentümer war und daher dessen Zustimmung zur Löschung erforderlich ist.

II. Rechtsprechung. 1. HansGZ. **13** Beibl. 262—264 (Hamburg). Nach gemeinem Rechte, und zwar nach der lex 3 pr. Dig. de loc. et it in. publ. 43, 7, können öffentliche Wege auf Privatgrund durch sogenannte unordentliche Verjährung entstehen, wie unter anderem schon vom OAG. Jena und vom OAG. Kiel in den Urt. SeuffA. **17** Nr. 5 u. **19** Nr. 235 ausgesprochen ist. Erforderlich ist, daß der Weg seit Menschengedenken als öffentlicher benutzt worden ist. Wie im gemeinen Rechte anerkannt war, genügt es, wenn solche Benutzung seit wenigstens 40 Jahren stattgefunden hat und die lebende Generation, d. h. Leute, deren Erinnerung wenigstens diese 40 Jahre umfaßt, keine Kenntnis davon haben, daß der Zustand jemals ein anderer gewesen sei. Ob jene Sätze in den Vierlanden von jeher gegolten haben, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls gelten sie seit dem G. vom 30. Dezember 1872 § 16.

2. R. **13** 641 (BayObLG.). Gutskomplex im Sinne des § 40 HypG. Ein einheitlicher Gutskomplex (§ 40 HypG.) durfte unter der Herrschaft des früheren Rechtes regelmäßig angenommen werden, wenn die auf einem Blatte vorgetragenen Grundstücke mit einer gemeinsamen Hypothek belastet waren (vgl. neue Sammlung **1** 225, **8** 526). Solchenfalls bleibt die Grundstückseinheit auch nach der Grundbuchanlegung im Sinne des § 890 BGB., auch wenn ein besonderer Vermerk hierwegen nicht eingetragen ist. Anders wenn beide Merkmale fehlen und auch sonst ein Hauptgut aus dem früheren Beschriebe nicht ersichtlich ist.

3. R. **13** Nr. 1621 (Nürnberg). Nach Inkrafttreten des BGB. konnten Reallasten durch Ersitzung auch dann nicht mehr begründet werden, wenn das Grundbuch noch nicht angelegt war; denn das BGB. versagt den Reallasten den Besitzschutz.

4. BadRpr. **13** 33 (Karlsruhe). Über das Dienstbarkeitsverhältnis zwischen den an einer städtischen oder einer Dorfstraße gelegenen Hausgrundstücken nach badischem Landrechte. Die Rechtsprechung im Gebiete des BadLR. hat den Grundsatz aufgestellt, daß ein auf stillschweigenden Vertrag zurückzuführendes Dienstbarkeitsverhältnis bestehe (vgl. z. B. **RG.** JW. **89** 217). Ob in Baden dieser Grundsatz auch nach dem 1. Januar 1900 Geltung behalten hat, kann im Hinblick auf Art. 12 BadAGBGB. mindestens zweifelhaft sein. Jedenfalls aber gilt der Grundsatz nicht zugunsten unbebauter, wenn auch in Städten und Dörfern an der Straße gelegener Grundstücke. Er gilt ferner nicht zugunsten der Hinterlieger.

5. ThürBl. **60** 186—189 (Jena). Über die Wirksamkeit der Verpfändung von Hypothekenforderungen im Konkurse des Verpfänders nach Weimarischem Rechte. Die Übertragung oder Belastung des Rechtes an einem Grundstück erfolgt nach dem Inkrafttreten des BGB. nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Das letztere trifft hier nicht zu. Bei der Verpfändung der Hypothekenforderungen J.s an den Beklagten handelt es sich um die Übertragung oder Belastung des Rechtes an einem Grundstücke, die Gültigkeit und Wirksamkeit dieser Verpfändung ist demnach nicht nur nach dem bisherigen Weimarischen Privatrechte, sondern auch nach dem vor dem 1. Januar 1900 geltenden Konkursrechte zu beurteilen. Die §§ 14—17 EGKO. vom 10. Februar 1877 bestimmen nur das Mindestmaß dessen, was für das Bestehen von Faustpfandrechten an Forde-

rungen im Sinne von § 40 KO. aF. verlangt wird, ohne welches ein, wenngleich sonst nach bürgerlichem Rechte begründetes Pfandrecht, keine Wirkung im Konkursfalle hat. Für die Entstehung eines mit den Wirkungen des § 40 l. c. ausgestatteten Pfandrechts müssen die außerdem nach dem bürgerlichen Rechte notwendigen Voraussetzungen vorliegen, wie im § 16 EGKO. aF. ausdrücklich bestimmt ist. Diese Wirksamkeit tritt, wie bei einer durch Faustpfand an einer beweglichen körperlichen Sache, so auch bei einer durch Hypothek versicherten Forderung, nur erst durch die Benachrichtigung des Schuldners gegen diesen und weiter gegen Dritte bei Faustpfändern durch die Übertragung des Besitzes, bei Hypotheken aber durch Einzeichnen in das Hypothekenbuch ein (Teil III Abschn. II PfandG. vom 6. Mai 1859).

6. HessRspr. **13** 312 f. (LG. Gießen). Art. 162 HessAGBGB. Zur obligatorischen Bindung der Vertragschließenden in Grundbuchsachen in einer Gemarkung, in der das neue Grundbuch noch nicht angelegt ist, bedarf es der gerichtlichen oder ortsgerichtlichen Protokollierung des Vertrags nicht.

Art. 191. 1. **RG.** R. **13** 41 f. Allerdings darf der Servitutberechtigte an dem nützlichen Gebrauche seines Rechtes nicht gehindert oder ihm dasselbe gar vereitelt werden (I. 19 § 18, I. 22 § 31 ALR.), eine Vereitelung im Sinne dieser Gesetze liegt aber nicht immer schon dann vor, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks den Mitgebrauch in größerem Umfang ausübt als der Servitutberechtigte.

2. **RG.** R. **13** 532. Zu LR. 2262 (Baden). Erforderlich ist, daß der Eigentümer des dienenden Grundstücks von der sich vollziehenden Verjährung Kenntnis hat. Die Besitzhandlungen müssen öffentlich, d. h. so ausgeübt werden, daß sie der Gegner wahrnehmen konnte. Dieser Erfordernisse bedarf es dagegen nicht für die erlöschende Verjährung durch Nichtausübung eines persönlichen oder dinglichen Rechtes während bestimmter Zeit.

3. S. auch Art. 184.

Art. 192. I. Literatur. Seidlmayer, Sicherungshypothek nach §§ 866 ff. ZPO. und Grundstückseinheit nach dem ehemaligen rechtsrheinischen bayerischen Hypothekenrechte; Übergang ins neue Recht, SeuffBl. **13** 359—365, 410—416. Mindestens beginnend mit dem G. vom 1. Juli 1856 wurde — nach diesrhein- bayer. Hypothekenrechte — entsprechend der Absicht des Gesetzgebers, der ein etwa widersprechender Gesetzesinhalt nicht entgegenstand, durch die Tatsache der vertragsmäßigen Verpfändung der mehreren auf einem Folium eingetragenen Grundstücke des Schuldners, verbunden mit dem Eintrage der betreffenden Hypothek auf diesem Folium, eine rechtliche Einheit dieser mehreren Grundstücke aus der konstitutiven Kraft des Hypothekentitels geschaffen, ohne daß es besonderer Erklärung des Schuldners oder eines besonderen Vermerkes im Hypothekenbuche bedurfte. Eine so geschaffene Einheit ist dann aber auch ohne weiteres in das neue Recht übergegangen.

II. Rechtsprechung. SeuffBl. **13** 380 f. (BayObLG.). Zum Art. 1 G. vom 15. Mai 1906 über die Überleitung der Hypotheken. Das Überleitungsgesetz schließt es aus, daß eine unter der Herrschaft des früheren Hypothekengesetzes begründete Nebensachenhypothek nach § 1180 BGB. für eine andere Forderung bestimmt wird.

Art. 200. I. Literatur. *Melsbach, Nassauisches Errungenschafts- und Leibzuchtsrecht und seine Behandlung im Grundbuche, FrankfRundsch. **47** 239 ff. Das Leibzuchtsrecht der alten Ehen ist aufrecht erhalten. Die Leibzuchtsgemeinschaft des überlebenden Ehegatten mit den Erben des verstorbenen ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand bezüglich der ehelichen Errungenschaft. Als Eigentümer des beleibzuchtigten privativen Grundvermögens des Verstorbenen

sind seine „Eigentumserben nach Nassauischem Leibzuchtsrecht" einzutragen, als Eigentümer der Errungenschaft gemäß § 48 GBO. bei bestehender Ehe die Ehegatten (mit Rücksicht auf das Leibzuchtsrecht) „als Miteigentümer kraft Nassauischer Errungenschaftsgemeinschaft" und nach Auflösung der Ehe durch den Tod des einen Gatten der Überlebende und die Eigentumserben des anderen „als Miteigentümer kraft Nassauischer Leibzuchtsgemeinschaft" (oder als „Miteigentümer zur gesamten Hand nach Nassauischem Leibzuchtsrechte"). Die Leibzucht kann auch in Abt. II etwa mit den Worten „Leibzucht zugunsten des . . . kraft Nassauischem gesetzlichen Güterrechte" eingetragen werden.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **13** Nr. 549. Die Überleitungsvorschriften des AGBGB. unterliegen nicht der Revision, wenn das übergeleitete Güterrecht selbst der Revision entzogen war.

2. **RG. 82** 265—268, JW. **13** 208 f. Nr. 22, DNotV. **13** 371. Über die Frage wie der Pflichtteil der Eltern zu berechnen ist, wenn der Erblasser in westfälischer Gütergemeinschaft gelebt hat und nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorben ist. Da der Erblasser nach dem 1. Januar 1900 gestorben ist, so ist für den Anspruch der Klägerin in allen Beziehungen grundsätzlich das BGB. maßgebend und bleibt nur insoweit außer Anwendung, als seine Vorschriften durch erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes ausgeschlossen werden. Der an sich nach BGB. zu berechnende Pflichtteil könnte zwar durch Rechte des überlebenden Ehegatten, soweit sie als erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes zu gelten hätten, eine Einschränkung erleiden, aber nicht erhöht werden (s. **RG. 65** 249, 258).

3. **RG. 82** 265—268, JW. **13** 208 f. Nr. 22, DNotV. **13** 371. In der westfälischen Gütergemeinschaft kann der Ehegatte den provinzialrechtlichen Pflichtteil auch dann fordern, wenn er die testamentarischen Zuwendungen angenommen hat. Dieses Recht ist durch das BGB. nicht beseitigt.

4. **RG.** R. **13** 527. Altmünsterisches Güterrecht. Nach altmünsterischem Güterrechte, das nur in einem Teile von Westfalen und Hannover gilt, behält der Überlebende sein Eingebrachtes und die Hälfte der Errungenschaft und hat den lebenslänglichen Nießbrauch an dem Eingebrachten des Verstorbenen und der anderen Hälfte der Errungenschaft. Das AGBGB. hält alle diese erbrechtlichen Wirkungen der bestehenden Güterstände aufrecht (Stegemann 77).

5. **RG.** HansGZ. **13** Hptbl. 125—129. Über Hamburgisches Güterrecht. Sind die Zinsen eines der hamburgischen Ehefrau vermachten Kapitals ihr Sondergut?

6. BayObLG. **13** 783—789 (Bamberg). Mit dem Inkrafttreten des BGB. ist für die in diesem Zeitpunkte bestandenen Ehen, in denen die allgemeine Gütergemeinschaft nach den Vorschriften der Fränkischen Landgerichtsordnung galt, an deren Stelle die allgemeine Gütergemeinschaft nach den Vorschriften des BGB. getreten; danach tritt nach dem Tode des einen Ehegatten nicht mehr ein Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten, sondern Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen ein.

7. BayObLG. **13** 775—783 (Bamberg). Die Frage, welche güterrechtlichen Wirkungen die vor dem Inkrafttreten des BGB. durch den Tod des einen Ehegatten eingetretene Auflösung einer nach der Fränkischen Landgerichtsordnung bestandenen gütergemeinschaftlichen Ehe für den überlebenden Ehegatten und die Abkömmlinge der Ehegatten hat, bemißt sich nach den Vorschriften der Landgerichtsordnung. Danach ist mit dem Tode des einen Ehegatten der unbedingten kindervererbten Ehe nicht fortgesetzte Gütergemeinschaft des überlebenden Ehegatten mit den unabgeteilten Kindern, sondern Konsolidation, d. i. Vereinigung aller Rechte bezüglich des gemeinschaftlichen Vermögens der Ehegatten in der Person des überlebenden Ehegatten, in der Art eingetreten, daß dieser unter Lebenden völlig frei über das Gesamtgut verfügen kann und den Abkömmlingen keinerlei Miteigentums-

oder Mitverwaltungsrecht zusteht. Die Abkömmlinge haben nur ein Recht auf Herausgabe von zwei Dritteln des gemeinschaftlichen Vermögens, wenn von dem Überlebenden die Grundteilung angeboten oder nach dem Gesetze verwirkt ist.

8. BayObLG. **13** 776—783 (Bamberg). Unter verschwenderischem Handeln im Sinne von Teil III Tit. XXXI § 8 FränkLandgerichtsO. ist nur eine nutz- und zwecklose Vermögensverschleuderung zu verstehen. Die Vorschrift im Teile III Tit. XXXI § 17 FränkLandgerichtsO. setzt voraus, daß die Benachteiligung der anderen Kinder nicht nur erheblich ist, sondern auch unter betrügerischen Umständen, sohin auf dem Wege der absichtlichen Täuschung und Hintergehung der anderen Kinder und ohne deren Wissen und Willen stattgefunden hat.

9. WürttJ. **25** 158—163 (Stuttgart). Die Unterhaltspflicht des nutznießungsberechtigten Elternteils ist so wenig wie das Nutznießungsrecht selbst durch das Inkrafttreten des BGB. weggefallen; denn auch die mit der Nutznießung verbundene Unterhaltspflicht ist nicht eine Wirkung des Eltern- und Kindesverhältnisses, sondern ein Ausfluß des ehelichen Rechtes und des Erbrechts. Für diese Unterhaltspflicht gelten nicht die Bestimmungen des BGB., sondern die Bestimmungen des früheren württembergischen Rechtes. Daß dies der Standpunkt des Gesetzes ist, ergibt sich aus Art. 262 Abs. 2 AGBGB. betr. die Ausstattungspflicht. Aus der Nichterwähnung der Unterhaltspflicht in Art. 262 Abs. 2 ist nicht etwa zu schließen, daß für die in Art. 262 geregelten Fälle die Unterhaltspflicht als eine auf der Nutznießung ruhende Last habe abgeschafft werden sollen; die Entstehungsgeschichte des Abs. 2 des Art. 262 beweist das Gegenteil.

10. RheinZ. **5** 396 f. (Colmar). Die ehevertragliche Ermächtigung des Ehemanns, ein von der Ehefrau entliegenschaftetes Haus vor der Auseinandersetzung der Errungenschaftsgemeinschaft vorweg zu nehmen (Art. 1497, 1515 Code civil), blieb vom BGB. unberührt (§ 159 AGBGB.). Ihrer rechtlichen Natur nach ist sie keine Schenkung, sondern lediglich ein Teil der das Güterrecht regelnden Eheberedung.

Art. 201. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 445—447, HansGZ. **13** Beibl. 121—123. Die für die Scheidungrklage im § 1571 BGB. bestimmte zehnjährige Frist findet auch auf die vor dem Inkrafttreten des BGB. liegenden Scheidungsgründe Anwendung, und es ist die bis dahin verstrichene Zeit in die Frist einzurechnen.

Art. 203. S. Art. 200.

Art. 207. SchlHolstAnz. **13** 33 (Kiel). Da das Kind v o r 1900 geboren ist, so erfolgt die Anfechtung seiner Ehelichkeit nach g e m e i n e m Rechte. Danach ist die Klage nur der dreißigjährigen Verjährung unterworfen.

Art. 208. 1. SächsRpflA. **13** 425—427 (Dresden). Das Erbrecht von Brautkindern sächsischen Rechtes besteht fort. Brautkinder sind die nach vorhergegangenem öffentlichen Verlöbnis ihrer Eltern gezeugten oder geborenen. Welche Verlöbnisse als öffentlich anzusehen, ergibt die Eheordnung (s. Codex Augusteus I 1020).

2. Nach dem französischen G. vom 17. November 1912 Art. 1 ist in den Fällen der Vergewaltigung, Verführung, des notorischen Konkubinats und einigen anderen nunmehr die Klage auf gerichtliche Feststellung der außerehelichen Vaterschaft gegeben. Welche Folgen diese Klage für die Unterhaltspflicht nach sich zieht, ist nicht klar.

Art. 210. RheinZ. **5** 399 f. (Colmar). Art. 210 EGBGB. bezieht sich nicht bloß auf die bestellten, sondern auch auf die gesetzlichen Vormünder.

Art. 213. 1. **RG.** R. **13** Nr. 72. Allerdings haben die Auslegungsregeln des früheren Rechtes, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. verstorben ist, nur ihre Bedeutung als objektiv bindende Rechtsnormen für den Bereich des Erbrechts verloren, nicht aber haben sie dadurch ihre Bedeutung für die Aus-

legung der unter ihrer Herrschaft abgegebenen Willenserklärungen überhaupt eingebüßt.

2. **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 37 f. (Hamburg) Für die Ausgleichungspflicht unter Miterben eines seit dem 1. Januar 1900 Verstorbenen ist, auch wenn das Testament früher errichtet ist, das neue Recht maßgebend.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 697—700, BayRpflZ. **13** 148 f., JW. **13** 39 f. Nr. 28. Nicht jede Zuwendung in einer vor 1900 getroffenen Verfügung von Todes wegen macht den bedachten Ehegatten des gesetzlichen Erbrechts nach § 1931 BGB. verlustig. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Wille des Verfügenden dahin ging, den Bedachten unter allen Umständen auf das ihm Zugewandte zu beschränken, ihm jedes weitere Recht an dem Nachlasse zu versagen.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1152—1154. Nach gemeinem Rechte ist der Erbschaftsklage gegenüber die Berufung auf Ersitzung (usucapio pro herede, pro suo) ausgeschlossen. Erscheint eine Verurteilung zur Herausgabe nicht angängig, so kann auch auf Zahlung einer Geldsumme bei der Erbschaftsklage erkannt werden.

5. R. **13** 177 (BayObLG.). Auslegung des § 520 I. 12. ALR. Die Vorschrift hat den Sinn, daß im Zweifel die Verpflichtungen eines mit Vermächtnissen belasteten Erben nur in geringerem Umfange gelten sollen.

6. S. auch Art. 200.

Art. 214. I. Literatur. 1. Mahla, Widerruf von Schenkungen unter Ehegatten des französischen Rechtes, BayNotZ. **14** 281—283. Nach dem gemäß Art. 214 Abs. 2 EGBGB. anwendbaren Art. 1096 C. c. ist der Erblasser bezüglich seiner in der als Erbvertrag aufzufassenden Schenkung unter Ehegatten getroffenen letztwilligen Verfügung nicht gebunden. Diese Schenkungen sind also den Erbverträgen, in denen der Rücktritt vorbehalten ist, gleichzuachten.

2. Kagermann, Die Bindung der Ehegatten und die Anfechtung letztwilliger Verfügungen bei einem wechselseitigen Testamente nach deutschem bürgerlichen Rechte (Berlin 1913). Bei altrechtlichen wechselseitigen Testamenten bestimmt sich die Bindung des Überlebenden, auch wenn der Vorversterbende nach Inkrafttreten des BGB. stirbt, gemäß Art. 214 EG. nach bisherigem Rechte. (So auch die herrschende Ansicht AM. Buka, DJZ. **10** 403.) Dagegen ist für die Anfechtung altrechtlicher wechselseitiger Testamente, wenn der erste der Testatoren nach dem Inkrafttreten des BGB. verstorben ist, nach Maßgabe von Art. 213 EG. per argumentum a contrario das geltende Recht maßgebend, da es sich nicht um eine Frage der Bindung und der Sicherheit dieser Bindung, wie **RG. 62** 13 annimmt, handelt, sondern um eine Anfechtung wegen des Inhalts des wechselseitigen Testaments. (Ebenso OLG. Köln und Kiel, OLG. **4** 446, **8** 266.)

3. Buka, JW. **13** 8 f. Die Bindung wird nach altem Rechte, die Form des Widerrufs ausschließlich nach § 2271 BGB. beurteilt (→ s. JDR. **11** 571 f. I 2 und 3 denselben Autor, dort fälschlich als „Buchka" und „Becker" angegeben. — Red. ←).

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **13** Nr. 537. Aufrechterhalten sind auch die sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden erbrechtlichen Folgen eines die Rechte des Vertragserben oder Vermächtnisnehmers beeinträchtigenden Rechtsgeschäfts.

2. OLG. **26** 362, R. **13** Nr. 2124 (Breslau). Die Bindung bezieht sich auch auf die im Testamente vorgeschriebene Form der Nachzettel. Errichtung in der Testamentsform des BGB. genügt nicht.

3. MecklZ. **31** 168—174 (Rostock). Über die Gültigkeit eines im Jahre 1898 zu einem in Mecklenburg errichteten Testamente in Berlin errichteten Nachzettels entscheidet das ALR. Dieser war als elterliche Teilungsanordnung gemäß §§ 380 a ff. II. 2 ALR. rechtsgültig.

4. RheinZ. **5** 398 f. (Colmar). Der im Ehevertrag enthaltene Vermächtnisvertrag „Der Bräutigam schenkt der Klägerin für den Fall seines Vorabsterbens

sein gesamtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen" ist eine nach Art. 1093 C. c. zulässige Verfügung von Todes wegen, die gemäß Art. 214 EGBGB. auch nach dem 1. Januar 1900 rechtswirksam geblieben ist

5. KGJ. **44** A 92. Die Anfechtung eines vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten Erbvertrags oder gemeinschaftlichen Testaments untersteht, wenn der Erblasser (überlebende Ehegatte) nach diesem Zeitpunkte gestorben ist, nicht nur in formeller, sondern auch n materieller Hinsicht dem neuen Rechte, sofern der Anfechtungsgrund erst unter dessen Herrschaft entstanden oder zur Kenntnis des Anfechtungsberechtigten gelangt ist. Die Maßgeblichkeit des früheren Rechtes für die Bindung des Erblassers ist auf die Frage des W i d e r r u f s zu beschränken (**RG.** **77** 165).

6. DJZ. **13** 292 (KG.). In der Rechtsprechung ist bisher Art. 214 Abs. 2 EG. BGB. ständig dahin ausgelegt worden, daß zur Frage der „Bindung" des Erblassers bei dem gemeinschaftlichen Testament auch diejenige der Widerruflichkeit des Testaments gehöre (**RG.** **50** 316; KGJ. **22** A 25). Daran ist (entgegen B u k a, DJZ. **12** 564) durch **RG.** **77** 172 — JDR. **11** II B 1 — nichts geändert. Als „Bindung" des Erblassers läßt sich allerdings mit dem RG. die Rechtslage bezeichnen, vermöge deren der Erblasser das an sich gültig errichtete Testament nicht mehr frei widerrufen kann. Dieser Begriff der „Bindung" muß aber mit dem des „Beurteilens" im Art. 214 Abs. 1 zusammengebracht werden. „Die Bindung beurteilen", heißt fragen, ob die Bindung vorliegt, ob von dem Testament abgegangen werden kann, ob ein Widerruf möglich ist oder nicht. Dies alles bestimmt sich nach dem alten Rechte. Das RG. wendet nur auf die A n f e c h t u n g des Testaments das neue Recht mit der Darlegung an, daß die Anfechtung, da sie die Wirksamkeit der Verfügung betreffe, von dem Widerrufe begrifflich verschieden sei. Nach dem hiernach maßgebenden § 485 II. 1 ALR. konnte der Mann bei Lebzeiten der Frau das gemeinschaftliche Testament u. a. durch Errichtung eines neuen Testaments anderen Inhalts widerrufen. Die Form dieses neuen Testaments richtet sich seit dem 1. Januar 1900 nach BGB., so daß ein eigenhändiges Testament zum Widerrufe genügt.

7. **RG.** JW. **14** 211. Ein unter der Herrschaft des PrALR. errichtetes wechselseitiges Ehegattentestament kann seit dem Inkrafttreten des BGB. von dem einen oder anderen Teile durch Privattestament widerrufen werden.

8. Siehe auch Art. 213.

Art. 217. 1. RheinZ **5** 394 f. (Colmar). Der der Ehefrau lediglich die Nutznießung vom Nachlasse zuwendende Ehevertrag nimmt ihr nicht das Erbrecht; denn sowohl vom Gesichtspunkte des Erbverzichts wie einer die Ausschließung enthaltenden letztwilligen Verfügung fehlt es an der im C. c. vorgesehenen Form (Artt. 1130 Abs. 2, 895, 967, 968 C. c.).

2. R. **13** 410 (BayObLG.). Wesen des Erbabkaufs nach Fränk. Landgerichtsordnung. Anfechtung. Erbverzichte (Erbab- und -auskaufverträge) nach Maßgabe der Fränk. LGO. können nicht ohne weiteres wegen Übervorteilung durch arglistige Täuschung deshalb angefochten werden, weil sich nachträglich durch den Wegfall der Geschwister der Erbanteil der Klägerin wesentlich höher gestellt hätte, als die seinerzeit bezahlte Abfindung; denn der Stiefvater konnte der Klägerin als volljähriger, verheirateter Stieftochter jederzeit die Grundteilung anbieten und war nicht verpflichtet, ihr bei seinen Lebzeiten den Zweiteil zu geben.

3. R. **13** Nr. 1772 (BayObLG.). Ein unter der Geltung des BGB. geschlossener Verzicht auf altrechtliche Erbrechte unterliegt im Falle eines Irrtums oder einer Täuschung der Anfechtung gemäß §§ 119, 123 BGB. Maßgebend für das vom getäuschten Vertragsteile zu Erwartende ist aber das alte Recht.

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche.

Art. 2. 1. BayRpflZ. **13** 256 f., SeuffBl. **13** 381 ff. (BayObLG.). Nach Art. 2 EGHGB. sind in Handelssachen die Vorschriften des BGB. insoweit anzuwenden, als nicht im HGB. oder im EG. ein anderes bestimmt ist. Die Vorschriften des BGB. bilden hiernach gegenüber den Vorschriften des HGB. eine ergänzende Rechtsquelle. Gleiches gilt von dem Verhältnisse des BGB. zu dem GmbHG. Denn dieses Gesetz ist ein Teil des Handelsrechts, was sich schon daraus ergibt, daß der § 13 Abs. 3 dieses G. die G. m. b. H. für Handelsgesellschaften im Sinne des HGB. erklärt.

2. RJA. **12** 40, ZBlFG. **13** 492 ff. (KG.). In Ermangelung besonderer handelsrechtlicher Bestimmungen muß das Verkehrsverhältnis zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern und der Gesellschaft, das mit der Annahme der von der Generalversammlung vollzogenen Wahl durch die gewählten Mitglieder zur Entstehung gelangt, nach den Vorschriften des BGB. beurteilt werden, sofern die Wahl und die Annahmeerklärung nach dem Inkrafttreten des BGB. erfolgt sind.

3. OLG. **26** 54 f. (Hamburg). Die Konversion des ungültigen Indossaments auf einem Lagerschein eines staatlich nicht dazu ermächtigten Lagerhalters in eine wirksame Abtretung des Herausgabeanspruchs wird durch § 2 EGHGB. nicht verboten.

Art. 5. 1. OLG. **27** 304 f., ZBlFG. **13** 576 Nr. 495 a, DNotV. **13** 657, LeipzZ. **12** 942 (Dresden). Die Eintragung einer Gewerkschaft mit juristischer Persönlichkeit erfolgt in das Handelsregister des Ortes, an welchem die Gewerkschaft ihre Handelsniederlassung hat, wenn der Ort der Handelsniederlassung und der statutarische Sitz der Gewerkschaft auseinanderfallen. (S. a. HGB. § 2 Ziff. 3.)

2. Ebenso OLG. **27** 306 f. (KG.).

Art. 7. RG. EisenbE. **29** 295, JW. **12** 693 f. Nr. 21. Der Fiskus haftet für Kollisionsschäden, die schuldhafterweise durch ein Kriegsschiff herbeigeführt sind (s. JDR. **11** 573).

Handelsgesetzbuch.

Erstes Buch. Handelsstand.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

Literatur: Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 3. Bd. Mannheim 1913. — Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, bearbeitet von Adler, v. Bar, Brodmann u. a. Leipzig 1913. — Ritter, Handelsrechtliche Rundschau, ABürgR. **38** 387—419.

§ 1. 1. RJA. **12** 43, ThürBl. **60** 81—83, DNotV. **13** 659 f., ZBlFG. **13** 494 bis 496, R. **13** Nr. 238 (Karlsruhe). Geschäftsinhaber und deshalb Kaufmann ist nur der, in dessen Namen die einzelnen Geschäfte abgeschlossen werden, wenn auch der Betrieb mit fremden Mitteln und für fremde Rechnung erfolgt.

2. SächsOLG. **14** 234 ff.. Derjenige, dessen Name sich auf dem Firmenschild an einem Markthallenstande befindet, ist zur Bezahlung der dahin gelieferten Ware verpflichtet, auch wenn ein anderer das Geschäft betreibt.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 699 f. Betreibt der Angeklagte vorherrschend Kundenmüllerei, im geringen Umfang auch Handelsmüllerei, so ist er nur dann Kaufmann — dann allerdings notwendig Vollkaufmann — wenn der Betrieb seines Gewerbes über den Umfang des Handwerkes hinausging, ein fabrikmäßiger war.

4. OLG. **27** 293 ff. (Hamburg). Über den Begriff des Bankgeschäfts.

5. ZAktWes. **13** 56 ff. „Gegen das Bucket Shop-Unwesen". Ein Unternehmen kann nur dann als Bankgeschäft bezeichnet werden, wenn es auf der Grundlage bankgeschäftskundiger Leitung und angemessener finanzieller Mittel eine ständige erwerbsmäßige Verbindung mit dem Kapitalmarkt aufweist.

6. **RG.** LeipzZ. **13** 606. Der Korrespondentreeder betreibt ein eigenes Gewerbe.

7. RJA. **12** 51, ThürBl. **60** 86—88, DNotV. **13** 660, ZBlFG. **13** 500—502, R. **13** Nr. 239 (KG.). Der Handlungsagent ist verpflichtet, seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen, wenn sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, ohne Rücksicht darauf, ob die Art seines Gewerbebetriebs einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

8. OLG. **27** 307 f. (München). Die Ansicht des Klägers, daß Verlagsgeschäfte, auch wenn sie diesen Umfang nicht überschreiten, stets Geschäfte eines Vollkaufmanns seien, weil § 1 Nr. 8 nicht den gleichen Beisatz macht, wie Nr. 9 bei den Geschäften der Druckereien, beruht auf der offenbaren Verwechslung der Begriffe Kaufmann und Vollkaufmann; Kaufmann ist gemäß § 1 wer ein Verlagsgeschäft betreibt, ohne Rücksicht auf den Umfang des Betriebs, Vollkaufmann aber ist er nach § 4 nur, wenn sein Geschäft über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Für die Abgrenzung des Kleingewerbes ist maßgebend, ob nach Art und Umfang ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich erscheint; dabei ist nicht nur der Geschäftsumsatz, sondern auch die ganze Art des Betriebs zu berücksichtigen. Daß der Beklagte dem Geschäft eine möglichst große Ausdehnung zu geben beabsichtigt, ist ohne Belang, da nicht die Möglichkeit oder die Absicht eines zukünftigen vollkaufmännischen Betriebs, sondern der tatsächliche Charakter des Geschäfts zu der jeweils in Betracht kommenden Zeit maßgebend ist (**RG.** [Straff.] **33** 191, JW. **08** 149, KGJ. **33** A 116).

§ 2. I. Literatur. Marcus, „Handwerker oder Fabrikant" eine Streitfrage vor dem Forum des Registerrichters, HoldheimsMSchr. **13** 250 f., wendet sich dagegen, daß selbst handwerksmäßige Großbetriebe nicht der Kaufmannsqualität teilhaftig werden können.

II. Rechtsprechung. 1. NaumburgAK. **13** 56, ZBlFG. **13** 238 Nr. 343 (Naumburg). Da es sich bei der Beklagten offensichtlich um eine Ziegelei von größerem Umfang und mit kaufmännischer Einrichtung handelt und da auch die Eintragung der Firma in das Handelsregister nicht in Zweifel gezogen worden ist, so ist sie Vollkaufmann im Sinne des § 2 HGB.

2. OLG. **27** 296 f., RJA. **12** 125, DNotV. **13** 660 f., R. **13** Nr. 2159 (Dresden). Ein Fleischereibetrieb, der nach seiner Beschaffenheit kaufmännische Einrichtungen erfordert, ist nicht mehr als ein Handwerksbetrieb anzusehen.

3. OLG. **27** 304 f., ZBlFG. **13** 576 Nr. 495 a, LeipzZ. **12** 942 (Dresden). Die Eintragung einer Gewerkschaft in das Handelsregister setzt nach §§ 2, 33 HGB. voraus, daß das Bergwerksunternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (s. Art. 5 EGHGB.).

§ 4. I. Literatur. *Lilie, Die Rechtsstellung der Handwerker zum Handelsregister, GoldschmidtsZ. **74** 252—265. Alle Handwerker sind, wie die Satzfassung des § 4 Abs. 1 und die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung ergeben, auch dann vom Handelsregister ausgeschlossen, wenn ihr Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Die Staubsche Unterscheidung zwischen nichtregisterpflichtigen Kleinhandwerkern, d. h. solchen Handwerkern, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, und registerpflichtigen Großhandwerkern, d. h. solchen Handwerkern, deren Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb

erfordert, ist de lege lata nicht zu halten, verdient allerdings de lege ferenda den Vorzug. § 4 stellt nicht nur dem § 1, sondern auch dem § 2 gegenüber für alle Handwerker eine Ausnahmebestimmung auf. Daher ist nicht die nach Art und Umfang des Betriebs zu beurteilende Notwendigkeit kaufmännischer Einrichtungen, sondern die handwerksmäßige Betriebsweise selbst für die Registerpflicht entscheidend. Auch sämtliche Großhandwerker bleiben vom Handelsregister unbedingt ausgeschlossen, solange ihr Betrieb überhaupt noch als handwerksmäßiger zu erachten ist. Dies ist in jedem einzelnen Falle nach der besonderen Beschaffenheit des Betriebs und nicht bloß nach dem äußeren Umfang und der Bezeichnung, sondern vor allem nach der inneren Seite des Betriebs zu beurteilen (vgl. auch RJA. **4** 101 f. [BayObLG.] u. KGJ. **35** A 142 ff. [KG.]).

2. Neukamp, Die Börsentermingeschäftsfähigkeit der Handwerker, BankA. **13** 53—57 (54). Aus der geschichtlichen Entwickelung (insbesondere der Vorschrift des Art. 10 aHGB.) und dem Zusammenhange der §§ 1, 2, 4 HGB. ergibt sich, daß der § 2 HGB. für die Begriffsbestimmung des Minderkaufmanns (oder des Kleingewerbetreibenden) nicht verwertet werden kann. § 2 HGB. bezieht sich auf solche Personen, die keines der im § 1 HGB. bezeichneten Grundhandelsgeschäfte betreiben. Für die Frage, ob jemand als Kaufmann oder als Kleingewerbetreibender im Sinne des § 4 HGB. anzusehen ist, kommt ausschließlich in Betracht, ob sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht oder nicht. Der Umfang eines Geschäfts bemißt sich aber keineswegs lediglich nach dem Umsatze; dieser bildet vielmehr nur eins der für die Beurteilung in Betracht kommenden Momente.

3. Schneider, Kaufmann und Handwerker, RuW. **13** 312—318, wendet sich gegen die Unterscheidung „Vollkaufmann, Minderkaufmann, Handwerker" und schlägt vor, daß für jeden zur Gewerbesteuer veranlagten Gewerbebetrieb eine Firma ins Handels- bzw. in das zu schaffende Handwerksregister einzutragen sei und für die eingetragenen Gewerbebetriebe die Vorschriften des HGB. gelten.

II. Rechtsprechung. MecklZ. **13** 174—176 (Rostock). Der Kläger war allerdings, soweit er das Molkereigewerbe betrieb, Kaufmann, nicht dagegen, soweit er Lohnmüllerei ausübte. Die letztere ist kein Handelsgewerbe, da sie nicht den Abschluß irgendwelcher Handelsgeschäfte zum Gegenstande hat (s. ferner §§ 1, 2).

§ 5. S. § 1.

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

§ 8. 1. OLG. **25** 410, ZBlFG. **13** 577 Nr. 499 (KG.). Gegen die eine Eintragung anordnende Verfügung des Registergerichts ist die Beschwerde nicht zulässig, so wenig wie sie gegen eine Registereintragung zugelassen wird. Hat das Registergericht ohne vorherigen Bestellungsbeschluß einen Geschäftsführer einer GmbH. eingetragen, so ist die Beschwerde hiergegen als ein an das Registergericht gerichteter Antrag auf Löschung der Eintragung und anderweitige Ernennung eines Geschäftsführers zu behandeln (§ 142 FGG.).

2. Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 301. Bei der Anmeldung von Sachfirmen, soweit diese die Anerkennung der Trägerschaft von Patent- und Gebrauchsrechten nach außen hin verkünden, hat der Registerrichter den Berechtigungsnachweis zu fordern, ehe er die Eintragung bewilligt. Allerdings in eine materielle Nachprüfung, wenn etwa jene Berechtigungen der anmeldenden Gesellschaft von dritter Seite bestritten werden, hat er nicht einzutreten. Ihm müssen die Urkundennachweise, besonders behördliche, genügen.

3. ZBlFG. **13** 238, RheinNotZ. **58** 153 (KG.). Wird infolge Übertragung einer Firma aus Abteilung A in Abteilung B des Handelsregisters die Firma von Amts wegen in Abteilung A gelöscht, so handelt es sich um eine registertechnische

Maßnahme, die auf der Einrichtung des Handelsregisters auf Grund der PrAVf. über die Führung des Handelsregisters vom 7. November 1899 beruht, nicht aber um eine Tatsache von rechtsbekundender oder rechtserzeugender Bedeutung im Sinne des § 10 HGB., § 11 AVf. Es bedarf daher neben der Bekanntmachung des Übergangs der Firma auf die GmbH. oder AG. nicht noch einer Bekanntmachung, daß die Firma in Abteilung A gelöscht sei.

4. RheinARB. **31** 40—42, DNotV. **13** 663 (KG.). Durch Einbringung eines Geschäfts mit Aktivis und Passivis in eine GmbH. unter gleichzeitiger Übertragung der Firma erlischt die alte Firma nicht. Die Firma ist zwar im Register A zu „löschen" und in das Register B einzutragen. Aber an die von Amts wegen vorzunehmende Löschung knüpft sich nicht das Erlöschen der Firma. Es ist der wesentliche Unterschied zwischen Löschung einer Firma und Eintragung ihres Erlöschens zu beachten (vgl. KGJ. **41** B 305).

5. Ferner RheinARB. **30** 114—118.

§ 12. 1. BayRpflZ. **13** 133 f., DNotV. **13** 658 f., LeipzZ. **13** 410 f. (Nürnberg). Das Ersuchen des Registerrichters um Entgegennahme der Löschungserklärungen der Inhaber erloschener Firmen darf nicht abgelehnt werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob den Gerichten durch Reichsgesetz die gerichtliche Beurkundung von Anmeldungen zum Handelsregister übertragen ist oder nicht und ob das Registergericht mittels der Rechtshilfe eine solche Beurkundung von einem anderen Gerichte schlechthin verlangen kann oder nicht (**RG.** R. **57** 397, **58** 97, anders **RG. 67** 417); denn hier handelt es sich nicht um eine von den Beteiligten ausgehende Beurkundung, für deren Form die Beteiligten selbst zu sorgen haben, sondern es liegt ein von Amts wegen eingeleitetes Verfahren zur Bereinigung des Handelsregisters vor, um den anscheinend unrichtigen Inhalt des Registers zu berichtigen. Dieses Verfahren hat das Registergericht einzuleiten, sobald es glaubhaft erfährt, daß eine eingetragene Firma erloschen ist.

2. HoldheimsMSchr. **13** 11, RJA. **12** 233 (Hamburg). Ein ausgeschiedener Geschäftsführer kann nicht seinen Austritt zur Eintragung in das Handelsregister anmelden. Er kann, wenn noch andere nicht ausgeschiedene Geschäftsführer da sind, die sich weigern, sein Ausscheiden zur Anmeldung zu bringen, in der Lage sein, beim Registergerichte die Ausübung eines Zwanges behufs Bewirkung der Anmeldung in Anregung bringen. Sind aber sämtliche Geschäftsführer ausgeschieden und werden von der Gesellschaft neue Geschäftsführer nicht bestellt, so steht ihm frei, die Zwangsbestellung eines Geschäftsführers gemäß § 29 BGB. beim AG. zu beantragen.

3. OLG. **27** 312 f. (Hamburg). Die Anmeldung zum Handelsregister ist eine Leistung, die ihrem Wesen und ihrem Inhalte nach nicht Gegenstand einer Zurückbehaltung sein kann. Es handelt sich nur darum, die eingetretene Veränderung des Rechtsverhältnisses durch Anmeldung zum Handelsregister vor der Öffentlichkeit zu verlautbaren. Diese Verlautbarkeit ist eine den eingetragenen Teilhabern von Handelsgeschäften im öffentlichen Interesse durch zwingende Vorschrift des HGB. auferlegte Pflicht. Die Beklagte könnte auch von dem Registerrichter durch Ordnungsstrafe angehalten werden, die den eingetretenen Tatsachen entsprechende Anmeldung vorzunehmen (vgl. §§ 132 ff. FGG.). Da somit diese Anmeldung nicht der Verfügung der Parteien unterworfen ist, so kann sie auch nicht von der Beklagten zur Sicherung angeblicher Gegenansprüche zurückgehalten werden.

§ 13. 1. OLG. **27** 298 f., LeipzZ. **13** 86 f. (Hamburg). Über den begrifflichen Unterschied zwischen „Zweigniederlassung" und „Geschäftsnebenstelle" und die rechtliche Bedeutung des Unterschieds.

2. Ferner OLG. **27** 297 f. (KG.).

3. OLG. **25** 411, ZBlFG. **13** 577 Nr. 498 (KG.). Der Registerrichter des neuen

Sitzes einer GmbH. darf nicht diejenigen Punkte prüfen, die seinerzeit der Richter des alten Registers bei der ersten Anmeldung näher untersuchen mußte. Dies gilt insbesondere von der Firma; der neue Registerrichter kann sie nicht wegen Verstoßes gegen § 4 GmbHG. beanstanden. Er kann nur nach Eintragung in das neue Register ein Löschungsverfahren nach § 144 Abs. 1 FGG. in die Wege leiten, doch ist er dazu nicht verpflichtet und wird es nicht tun, wenn es für die GmbH. unverhältnismäßige Nachteile verursacht. Die Sachfirmen der GmbH. müssen nur in irgend einer, wenn auch weniger deutlichen Erkennbarkeit dem Gegenstande des Unternehmens entlehnt sein.

4. SächsOLG. **34** 135, DNotV. **13** 666. Zur Anmeldung der Zweigniederlassung einer Kommanditgesellschaft bedarf es der Mitwirkung aller Gesellschafter, auch der Kommanditisten.

5. RJA. **12** 225 ff. (KG.) Hat die Eintragung nur beurkundende, nicht rechtserzeugende Kraft, so ist der Registerrichter der Zweigniederlassung zur selbständigen Prüfung befugt und kann, wenn die Voraussetzungen für die Eintragungen nicht gegeben sind, nicht nur die Eintragung versagen, sondern eine bereits erfolgte Eintragung von Amts wegen löschen.

6. OLG. **27** 299 f., LeipzZ. **13** 491 f., DNotV. **13** 664, RJA. **12** 127 (Bay. ObLG.). Die Firma der Zweigniederlassung darf nicht durch einen Zusatz derart umgestaltet werden, daß der Zusammenhang der Firma der Zweigniederlassung mit der des Hauptgeschäfts nicht mehr erkennbar ist. Das aber ist der Fall, wenn die Firma des Hauptgeschäfts „N. u. H.", die der Zweigniederlassung „Muschelkalksteinwerke N. u. H." lautet.

7. OLG. **27** 300 f., SeuffBl. **13** 427—431, BayRpflZ. **13** 338—340, ZBlFG. **13** 238 (BayObLG.). Eine ausländische Firma ist am Orte der deutschen Zweigniederlassung genau so einzutragen, wie sie im Auslande bei der Hauptniederlassung eingetragen ist. Eine Ausnahme ergibt sich nach Art. 30 EGBGB. nur, soweit eine Täuschung zu befürchten ist. Eine solche liegt noch nicht in der Eintragung des in einer ausländischen Firma enthaltenen Doktortitels.

§ 14. 1. RJA. **12** 35, ZBlFG. **13** 488—490 (KG.). Nach § 14 HGB. kann vom Registergerichte durch Ordnungsstrafen nur derjenige angehalten werden, der verpflichtet ist, eine Anmeldung, eine Zeichnung der Unterschrift oder eine Einreichung von Schriftstücken zum Handelsregister vorzunehmen. Eine solche, im § 14 näher gekennzeichnete Handlung kommt aber bei der Verpflichtung des Aufsichtsrats zur Einberufung einer Generalversammlung nicht in Frage.

2. ElsLothJZ. **13** 99 ff. (Colmar). Durch die Einreichung einer auf zwei Jahre zusammen sich erstreckenden Bilanz wird der gesetzlichen Vorschrift nicht genügt; das Registergericht bleibt vielmehr verpflichtet, nötigenfalls durch Ordnungsstrafen die Einreichung einer g e s o n d e r t e n Bilanz für jedes Jahr herbeizuführen. S. auch § 12.

§ 15. S. § 13.

§ 16. 1. J o s e f, Streitfragen aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen, HoldheimsMSchr. **13** 179—190, unter Hinweis auf die Denkschrift zum HGB. Die Entscheidungen des Prozeßgerichts über ein der Eintragung unterliegendes Rechtsverhältnis haben (abgesehen von dem im § 16 HGB. geregelten Ausnahmefall) keine bindende Wirkung für das Registergericht (186).

2. M a r c u s, Registergericht und Prozeßgericht, DJZ. **13** 1069.

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

§ 17. I. L i t e r a t u r. 1. M a r x, Firmenrechtliche Grundbegriffe. München-Berlin 1912. Der Verf. behandelt die Firma im allgemeinen, das Handelsgeschäft, die Träger der Firma und die Übertragung.

2. *Dickel, Rechtsf. Heft 1, Erl. 179 ff., ist der Ansicht, daß der Vertrag eines Dritten mit dem A., welcher sich als Inhaber der Firma X. u. Co. ausgibt, während in Wirklichkeit B. Inhaber ist, kein Recht zugunsten des B. begründet, daß vielmehr dieser Vertrag entweder nichtig sei oder daß in solchem Falle lediglich A. persönlich als Kontrahent in Betracht komme, auch wenn der Vertrag im Namen der Firma geschlossen sei, da die Firma kein Rechtssubjekt ist.

3. *Dickel, Rechtsf. Heft 1, Erl. 274 ff. Richtet sich die Klage gegen eine Firma mit dem Zusatze der Bezeichnung des Inhabers, so gilt der bezeichnete Inhaber als der Beklagte. Ist dieser nicht der Inhaber, so würde im Falle der richtigen Bezeichnung des Inhabers eine Klagänderung liegen.

4. *Dickel, Rechtsf. Heft 1, Erl. 84 ff., wendet § 17 Abs. 2 nur bei eineingetragenen oder eintragungsfähigen Firmen an und vertritt in Übereinstimmung mit Staub die Ansicht, daß Minderkaufleute unter ihrer Firma nicht klagen können.

II. Rechtsprechung. 1. R. **13** Nr. 2161 (Stuttgart). Die Bürgschaft zugunsten einer Firma ist Bürgschaft zugunsten des Firmeninhabers, und zwar, mindestens im Zweifel, zugunsten desjenigen, der zur Zeit der Eingehung der Bürgschaft Inhaber der Firma ist; also nicht zugunsten eines etwaigen Nachfolgers der Firma.

2. LeipzZ. **13** 564 ff., DNotV. **13** 661 f., ZBlFG. **13** 238 (Dresden). Eine Firma erlischt noch nicht durch eine daran vorgenommene unzulässige Änderung. (s. auch § 13).

§ 18. 1. OLG. **27** 309 ff. (KG.). § 22 HGB. schließt, indem er nur von der Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes spricht, offensichtlich aus, daß andere — zwar an sich nicht wesentliche, aber zur Unterscheidung des Geschäfts dienende — Zusätze angenommen werden, und ebenso drückt § 22 den gesetzgeberischen Gedanken aus, daß es unerlaubt sei, jene Zusätze beliebig abzulegen.

2. ZAktWes. **13** 124 f., BauersZ. **20** 204 (KG.). Der Zusatz „Erste . . .“ bei Eintragung von Firmen ins Handelsregister ist dann unzulässig, wenn das Geschäft weder das älteste noch das leistungsfähigste der Branche ist.

3. OLG. **27** 335 f., LeipzZ. **14** 90 f. (BayObLG.). Die Firmenbezeichnung „Internationale Immobilienverkaufsgesellschaft“ ist unzulässig, wenn es sich um ein kleines im wesentlichen auf inländischen Geschäftsverkehr gegründetes Kommissionsgeschäft handelt.

4. HansGZ. **13** Hptbl. 94 f. (Hamburg). Verbot, den Firmenzusatz „Zum Hackerbräu“ zu führen, weil er geeignet sei, eine Täuschung über die Art des Geschäfts herbeizuführen.

5. OLG. **27** 309 ff. (KG.). Im Verkehrs- und Rechtsleben wird unter Fabrik regelmäßig eine kaufmännisch eingerichtete, in einem größeren Umfange betriebene Anstalt verstanden, in der bewegliche Sachen (Rohstoffe oder Halberzeugnisse) zu Waren gewerbsmäßig verarbeitet oder auch bereits fertige Gegenstände wieder hergestellt oder durch Umgestaltung verbessert werden (**RG. 67** 231). Entsprach der Betrieb des Beklagten diesen Anforderungen nicht, so war die Bezeichnung „Fabrik“ gemäß § 18 Abs. 3 HGB. unzulässig.

6. MSchutzuWettbew. **12** 487 f. (LG. Aachen). Unter „Tuchfabrik“ oder „Kleiderfabrik“ versteht das Publikum, daß der Beklagte in einem Fabrikgebäude mit den in einer Tuchfabrik üblichen Maschinen und Methoden Tuche herstelle und daß diese alsdann in die Kleiderfabrik wandern, wo ebenfalls fabrikmäßige Methoden und die Maschinen eine wesentliche Rolle im Verarbeitungsprozesse spielen (s. ferner § 13).

§ 19. 1. **RG.** ZBlFG. **13** 238 Nr. 346, DNotV. **13** 663 f., BauersZ. **20** 125 bis 128, R. **13** Nr. 1793. Auch für die im § 19 HGB. vorgeschriebenen Firmen-

zusätze ist der Grundsatz der Firmenwahrheit im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB. anwendbar. Auch ein Firmenzusatz, der der Wahrheit zuwider den Anschein erweckt, als seien die sämtlichen Gesellschafter Brüder, ist unzulässig.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 538. Gemeinschaftlich kann eine neue Firma nicht sein, wenn sie sich nach außen hin als Firma eines einzelnen darstellt.

§ 22. 1. HoldheimsMSchr. **13** 162 (LG. Berlin I). Das im § 22 HGB. Bestimmte ist nicht formaljuristisch, sondern nach dem wirtschaftlichen Leitgedanken auszulegen. Brachte H. H. seine Fabrik mit dem Firmenrecht in eine AG. ein und errichtete er nach Ablauf der Karenzzeit ein Konkurrenzunternehmen unter seinem bürgerlichen Namen H. H., so muß die AG. für befugt erachtet werden, zur Vermeidung von Kollisionen ihre bisherige Firma durch Weglassung des übernommenen Vornamens zu ändern.

2. **RG.** ZBlFG. **13** 238, DNotV. **13** 663, R. **13** Nr. 1794. Ist eine Firma von vornherein nicht rechtswirksam entstanden, so steht dieser Mangel auch demjenigen entgegen, der das Geschäft mit der Firma in gutem Glauben an die Rechtsbeständigkeit der letzteren erwarb.

3. OLG. **27** 307 ff. (München). Auch wer sein Geschäft mit der Firma veräußert hat, darf ein neues Geschäft, zu dessen Eröffnung er nach dem Vertrage berechtigt ist, mit seinem Namen bezeichnen. § 30 HGB. verbietet es nicht, wenn das eine Geschäft über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht.

4. SeuffA. **68** 110 f. (BayObLG.). Es kann nicht ohne weiteres unterstellt werden, daß der ursprünglich Firmenberechtigte seinen Namen den Geschäftsnachfolgern zur beliebigen Selbständigmachung von Zweiggeschäften und dadurch zur Vervielfältigung der Firma zur Verfügung stellen wollte, es kann vielmehr als seine regelmäßige Willensmeinung nur unterstellt werden, daß sich das Recht zum Weitergegebrauche der Firma auf das Handelsgeschäft, wie es auf seine Nachfolger übergegangen ist, erstrecken soll.

5. OLG. **27** 300 f., BauersZ. **21** 81 f. (KG.). Auch eine AG. kann nach § 22 Abs. 2 ihr Handelsgeschäft einschließlich des Gebrauchs der Firma verpachten. Der Pächter muß dann nur, wenn er die Firma führt, den Zusatz „AG." fortlassen, sofern er nicht selbst eine AG. ist, da eine Firma nicht Täuschungszwecken dienen soll.

6. OLG. **27** 301—303, RJA. **12** 222—224, HoldheimsMSchr. **13** 5 f., DNot. V. **13** 671, R. **13** Nr. 2779 (KG.). Da die AG. nur eine Firma haben darf, so ist die Eintragung, daß sie ein Handelsgeschäft nebst Firma erworben habe, unzulässig. (s. ferner §§ 8, 17).

§ 24. S. § 22.

§ 25. Abs. 1. Voraussetzungen der Haftung. 1. Fortführung des Geschäfts als Voraussetzung der Haftung. **a) RG.** LeipzZ. **13** 288 f., SächsRpflA. **13** 176—179. Entscheidend allein ist die Fortführung des Geschäfts nach außen. Ist der Veräußerer nach außen noch weiter als Inhaber von Geschäft und Firma aufgetreten, so kann von einer Fortführung des einen und anderen im Sinne des § 25 Abs. 1 HGB. noch nicht gesprochen werden. **b) RG.** HoldheimsMSchr. **13** 192 f., LeipzZ. **13** 538. Für die Frage, wer das Geschäft „fortgeführt" hat, ist entscheidend, wer Geschäftsprinzipal ist, in wessen Namen (Familien- oder Handelsnamen) die einzelnen Geschäfte geschlossen werden und wer sich des betreffenden Namens bei dem Abschlusse bedient. Der Erwerb des Geschäfts verbunden mit dessen sofortiger Verpachtung begründet die Haftung aus § 25 nicht. **c) RG.** GruchotsBeitr. **57** 415 ff. Der Begriff der Fortführung eines Handelsgeschäfts erfordert nicht notwendig den Abschluß neuer Geschäfte; sie kann auch in der Vornahme von bloßen Abwickelungsgeschäften gefunden werden, und zu diesen gehört auch die Geltendmachung von Geschäftsforderungen vor dem Schiedsgericht oder vor dem ordentlichen Gerichte. **d) RG.** LeipzZ.

13 287 f. Ein Anwendungsfall des § 25 Abs. 1 HGB. ist auch dann gegeben, wenn das bisher als Kommanditgesellschaft betriebene Geschäft auf die bisherigen Kommanditisten als offene Gesellschafter übergeht und der bisherige offene Gesellschafter lediglich als Angestellter zurückbleibt. **e)** OLG. **27** 301 (KG.). Die Rücknahme des verpachteten Handelsgeschäfts fällt unter § 25 HGB. Die Übernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts auf Grund eines Pachtverhältnisses wird im § 22 Abs. 2 dem Erwerbe eines Geschäfts gleichgestellt. Der Pächter haftet also nach § 25, falls die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, für die Verbindlichkeiten des Verpächters. Gesetzgeberischer Gedanke dafür ist die Förderung der Sicherheit im Handelsverkehr. Ebenso liegen aber auch die Verhältnisse, wenn der Verpächter nach beendeter Pacht das Geschäft zurücknimmt. Es ist nicht ersichtlich, warum hier, wo es sich um den Schutz Dritter handelt, die entsprechende Anwendung versagt sein sollte (vgl. DJZ. **06** 86 [KG.]).

2. Fortführung der Firma als Voraussetzung der Haftung. **a)** **RG.** R. **13** Nr. 2781. Eine Fortführung des Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma liegt auch dann vor, wenn bei der Fortführung durch eine GmbH. der Firma der gesetzlich vorgeschriebene Zusatz GmbH. hinzugefügt wird. Ebenso ist es unerheblich, wenn in der Firma das Wort „Fabrik" durch das Wort „Fabriken" ersetzt ist. **b)** ElsLothJZ. **13** 244 ff. (Colmar). Die Voraussetzungen des § 25 HGB. sind auch dann gegeben, wenn die bisherige Firma mit dem Zusatze „G m b H." fortgeführt wird. **c)** Bestätigt durch **RG.** BayerZ. **20** 116 f. **d)** Ebenso SächsOLG. **34** 451—454.

3. Betriebsverbindlichkeiten. **a)** **RG.** R. **13** Nr. 1644. Auch die zum Zwecke des Erwerbes eines Handelsgeschäfts eingegangenen Verbindlichkeiten sind als „im Betriebe des Geschäfts" entstandene Schulden anzusehen. **b)** **RG.** R. **13** Nr. 2318. Im Handelsbetriebe des Geschäftsvorgängers entstanden sind auch solche Verpflichtungen, die sich aus nachträglichen Abwickelungsgeschäften eines Bevollmächtigten ergeben.

Abs. 2. 1. ElsLothJZ. **13** 244 ff. (Colmar). Die Vereinbarung, daß der Erwerber des Handelsgeschäfts für solche Geschäftsschulden des früheren Inhabers nicht hafte, die nicht aus den Handelsbüchern ersichtlich sind, ist den beteiligten Gläubigern gegenüber unwirksam, weil sie der erforderlichen Bestimmtheit entbehrt.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 288. Grundsätzlich muß die Eintragung und Bekanntgabe des Haftungsausschlusses, um den Gläubigern gegenüber wirksam zu sein, dem Beginne der Fortführung des Geschäfts mindestens unverzüglich folgen. Ein Zwischenraum von 12 bis 13 Tagen kann ohne Rechtsirrtum als verspätet angesehen werden.

3. S. auch OLG. **27** 303 f. (Dresden).

§ 27. Eckarti, Die vorläufige und die endgültige Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts (§ 27 HGB.), LeipzZ. **13** 664—666. Der Verf. erörtert eine Reihe von Fällen, in denen auch schon vor Ablauf der Dreimonatsfrist die endgültige Fortführung des Geschäfts durch die Erben anzunehmen ist.

§ 28. KGBl. **13** 66 (KG.). § 28 HGB. gilt auch dann, wenn derjenige, in dessen Geschäft ein anderer als offener Handelsgesellschafter eintritt, bis dahin zwar nicht Vollkaufmann war, aber im Rechtsverkehr als solcher auftrat.

§ 29. S. die unter § 2 Nr. 2 zit. Entsch.

§ 30. 1. BayObLG. **13** 621, R. **13** Nr. 100. Es ist unzulässig, für den gleichen Geschäftsbetrieb bei der Zweigniederlassung eine Sachfirma, bei dem Hauptgeschäft eine Personalfirma zu führen.

2. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 507 f. Die Bezeichnungen „Hospiz Basler Hof" und „Hospiz Savoy Hotel" für in derselben Stadt befindliche Gasthöfe sind nicht verwechselungsfähig (s. auch § 22).

§ 31. S. §§ 8, 12, 14.

§ 33. 1. NaumburgAK. **13** 4 (LG. Magdeburg). Soll eine juristische Person gemäß § 33 HGB. in das Handelsregister eingetragen werden, so ist in Spalte 2 nicht nur die Firma derselben einzutragen, sondern auch kenntlich zu machen, daß es sich um eine juristische Person handelt, und zwar durch Angabe des bestimmten mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Rechtsgebildes.

2. OLG. **27** 304 f., ZBlFG. **13** 576 Nr. 495 b, LeipzZ. **12** 942, DNotV. **13** 657 (Dresden). Die Anmeldung einer juristischen Person zur Eintragung in das Handelsregister ist von sämtlichen Mitgliedern — und nicht bloß von dem Vorsitzenden — des Vorstandes zu bewirken.

3. OLG. **27** 304 f., ZBlFG. **13** 576, LeipzZ. **12** 942, DNotV. **13** 657 (Dresden). Die Firma einer juristischen Person hat bei dem Gerichte, zu dessen Bezirk ihre geschäftliche Niederlassung gehört, zur Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister zu gelangen (s. Art. 5 EGHGB. Ziff. 1, § 2 HGB. Ziff. 3).

§ 35. S. § 33.

§ 37. 1. R. **13** Nr. 740 (BayObLG.). Zuwiderhandlung nach § 140 FGG. setzt Kenntnis des unbefugten Gebrauchs (insbesondere bei Wiederholung von Zeitungsanzeigen) voraus.

2. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 512 f. Auch durch Führung einer zu Verwechselungen Anlaß gebenden Firma kann ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB. begangen werden.

3. OLG. **27** 313 f. (Nürnberg). Führte die Beklagte unbefugt den Firmenzusatz „vormals G. B. Filiale", so war nicht bloß der Registerrichter zum Einschreiten von Amts wegen nach § 37 Abs. 1 HGB. berechtigt, es konnten vielmehr die Inhaber der oHG. gemäß § 37 Abs. 2 HGB. auf Unterlassung klagen.

4. **RG.** JW. **13** 435 f. Nr. 12, LeipzZ. **13** 289, HoldheimsMSchr. **13** 15 f. Die Konkurrenz allein gibt noch keinen Anspruch auf Unterlassung des Gebrauchs der Firma nach § 37 Abs. 2 HGB. Es genügt nicht, daß die Klägerin in ihren Interessen verletzt sei, sie muß vielmehr in ihren Rechten verletzt sein.

5. OLG. **27** 314 f. (Hamburg). Eine GmbH., die eine gegen § 18 HGB. verstoßende Firma führt, kann nicht auf Löschung, sondern nur auf Unterlassung des Gebrauchs der Firma verklagt werden (s. JDR. **11** 591 II 1 g). S. ferner §§ 18, 30.

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

§ 38. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 695. Wer die Eigenschaft eines Vollkaufmanns verloren, hat die Verpflichtung zur Buchführung und Bilanzziehung nur so lange, als eine Beziehung zwischen der Nichterfüllung jener Pflicht und dem früheren vollkaufmännischen Betriebe gegeben war, d. h. nur so lange, als die aus diesem herrührenden geschäftlichen Verhältnisse zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht sämtlich abgewickelt worden waren.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 698 f. Auch Privatgeschäfte müssen in den Handelsbüchern ersichtlich gemacht werden, — und zwar insoweit, als durch ihre Eingehung die Lage des Vermögens berührt wird.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 698 f. Der Vollkaufmann hat Wechselverbindlichkeiten auch dann in seine Geschäftsbücher einzutragen, wenn sie aus Gefälligkeit eingegangen sind und er mit der rechtzeitigen Einlösung der Wechsel rechnen durfte.

§ 39. S. § 38.

§ 40. I. Literatur. 1. Beuck, Einführung in die Bilanzkunde und Bilanzkritik, PrVerwBl. **13** 907—912.

2. *Fischer, Buchführung und Bilanzaufstellung nach Handelsrecht 23—60. Das, was man gewöhnlich Bilanzwerte nennt, sind in Wirklichkeit die am Schlusse des Geschäftsjahrs auf Grund des Inventars unter bestimmten wirtschaftlichen Gesichtspunkten auf ihr Nochvorhandensein geprüften Selbstkosten. Auch der den

Verfassern des alten HGB. vorliegende preußische Entwurf ging bei der Bilanzerrichtung von den Selbstkosten aus. Die Verfasser des alten HGB. haben dann, ohne Kenntnis davon, daß es sich bei den Selbstkosten um ein Prinzip handelte, in der Meinung, nur eine redaktionelle Änderung vorzunehmen, das Prinzip der Selbstkosten durch dasjenige der selbständigen Bewertung (Schätzung) ersetzt. Dieses Prinzip ist noch in den § 40 HGB. aufgenommen worden. Es ist ungültig: Gewohnheitsrecht derogiert im Gesetzesrechte. Hinter der Sitte der Kaufleute, die Bilanz auf den geprüften Selbstkosten zu errichten, steht die volle, durchaus zutreffende Überzeugung, daß nur auf diese Weise eine ordnungsmäßige Bilanz zustande kommen kann und daß die Verletzung des Prinzips der Selbstkosten insbesondere durch die Ergebnisse der selbständigen Bewertung, die Bilanz und die Buchführung in unabsehbarer Weise verwirren müßte.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** BankA. **12** 322, JW. **12** 305. Handelt es sich um die Bewertung eines zweifelhaften Vermögensbestandteils, so ist der Tag, für den die Bilanz gelten soll, in dem Sinne maßgebend, daß auf den Wert gesehen werden muß, der dem Bestandteil an diesem Tage objektiv beigewohnt hat. Zur Ermittlung des Wertes sind aber alle im Augenblicke der Bilanzierung verfügbaren Erkenntnisse heranzuziehen. Denn das Gesetz mutet dem Bilanzierenden nicht zu, sich künstlich unter Außerachtlassung der vorhandenen Nachrichten in einen früheren Erkenntniszustand zurückzuversetzen.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 150 f., BauersZ. **20** 133 ff. Für die Einstellung von Waren in die Bilanz kommt es nach kaufmännischen Anschauungen darauf an, ob die Waren am Bilanztag als zum Vermögen des die Bilanz Aufmachenden gehören.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 539. Im Falle der Auseinandersetzung von Sozien, von denen der eine ausscheidet, der andere das Geschäft fortführt, muß auch der Wert von Geschäft und Firma im Wege der Schätzung ermittelt werden.

4. S. auch BauersZ. **20** 162 f. (Dresden).

§ 41. **RG.** BankA. **12** 285, ZAktWes. **13** 51 f., LeipzZ. **13** 289. Die Aufnahme der Forderung eines Gläubigers in die Bilanz des Schuldners stellt keine formelle Anerkennung dieser Forderung seitens des Schuldners dar.

Fünfter Abschnitt. Prokura und Handlungsvollmacht.

§ 48. RJA. **12** 237 f., OLG. **27** 369 f., DNotV. **13** 683 f., HoldheimsMSchr. **13** 13 f. (KG.). Auch wenn ein Gesellschafter einer GmbH. minderjährig ist, bedarf es zur Erteilung einer Prokura nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Gefährdet wird durch Handlungen des Prokuristen nicht der Minderjährige, sondern die GmbH. Es kann demgemäß die Vorschrift des § 1822 Nr. 11 BGB. nicht auf jenen Fall ausgedehnt werden.

§ 52. **RG.** LeipzZ. **13** 73—75. Die vom Erblasser zum Betriebe des Handelsgeschäfts erteilte Vollmacht dauert beim Tode des Erblassers bis zum Widerrufe durch die Erben fort.

§ 54. 1. **RG.** **81** 325—329, JW. **13** 482 f. Nr. 2 — unter Hinweis auf die Wandelung der Rechtsprechung des RG. in der hier streitigen Frage —. Eine Gesamtvertretung kann wirksam in der Weise ausgeübt werden, daß von den beiden Vertretern nur der eine nach außen handelt, während der andere ihm durch eine an ihn gerichtete Erklärung Vollmacht oder Genehmigung erteilt.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 193 f. Der Firmeninhaber, der einem Handlungsbevollmächtigten (§ 54) das Geschäft zum selbständigen Betrieb unter der bisherigen Firma überläßt, muß nach dem Maße, in welchem er ein selbständiges Handeln seines Bevollmächtigten nach außen zuläßt, dessen Handlungen in weiterem Umfang als nach § 54 (Wechselzeichnungen usw.) gegen sich gelten lassen. Diese

Folge kann er dadurch abwenden, daß er dem Dritten gegenüber, zu dem sein Bevollmächtigter in geschäftliche Handlungen treten will, die eigene Haftung ablehnt.

3. LeipzZ. **13** 87 f., BankA. **12** 339 (KG.). Welche Bedeutung kommt einer Handlungsvollmacht zu, die die Befugnis zur wechselmäßigen Verpflichtung der Vollmachtgeberin für den Fall gibt, daß dem Handlungsbevollmächtigten die Befugnis „besonders erteilt" worden war?

§ 56. 1. HansGZ. **13** Hptbl. 308 (Hamburg). Es spricht eine Vermutung dafür, daß der für einen Kaufmann dessen Fernsprecher Bedienende zur Abgabe der Erklärungen befugt ist, die er im Namen des Kaufmanns durch den Fernsprecher abgibt.

2. NaumburgAK. **13** 41 f. (Magdeburg). Gibt der Gast zur Bezahlung einer kleinen Zeche dem Kellner einen Hundertmarkschein, so ist für den Verlust des Geldes der Gastwirt nicht haftbar, wenn in dem Lokale der Hundertmarkschein kein übliches oder auch nur häufig benutztes Zahlungsmittel ist.

Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Exkurs. Kaufmannsgericht. A. Allgemeines. Hausmeister, Kaufmannsgericht und ordentliches Gericht, HoldheimsMSchr. **13** 73 bis 79, wendet sich gegen die Rechtsprechung des KfmG., indem er eine Reihe von Entscheidungen dieses Gerichts als nach seiner Auffassung prinzipiell unzutreffend kritisiert.

B. Zuständigkeit. 1. MittfAGA. **4** 91 (München). Auch für Klagen gegen den Konkursverwalter ist das KfmG. zuständig.

2. GewuKfmG. **18** 537—540 (LG. Dresden). Stützt der Gläubiger des Handlungsgehilfen die Klage gegen den Prinzipal auf Anfechtung und unerlaubte Handlung, so ist das KfmG. nicht zuständig.

3. GewuKfmG. **19** 15 f. (AG. Charlottenburg). Wenn der Kläger nicht genügend klar stellt, ob er Agent oder Handlungsgehilfe ist, so hat das angerufene Gericht die Klage abzuweisen.

4. GewuKfmG. **18** 211—213 (KfmG. u. LG. Mannheim). Ist der Anstellungsvertrag von einem Minderjährigen ohne väterliche Genehmigung geschlossen und deshalb nichtig, so ist das KfmG. nicht zuständig; denn § 59 HGB. setzt für den Begriff des Handlungsgehilfen eine rechtsgültige Anstellung voraus.

C. Prozessuales. 1. GewuKfmG. **18** 234 f. (KG.). Gegen die Zurückweisung eines Prozeßbevollmächtigten ist Beschwerde nicht zulässig (§ 31 GewGG.).

2. GewuKfmG. **18** 536 f. (LG. Altona). Ein Beamter eines Angestelltenverbandes, der nicht in der Rechtsschutzabteilung beschäftigt ist, kann als geschäftsmäßiger Vertreter nicht angesehen werden (§ 31 GewGG.).

3. GewuKfmG. **18** 536 (KfmG. Stettin). Unter welchen Umständen der von einer auswärtigen Partei bevollmächtigte Bureauvorsteher eines Rechtsanwalts zurückgewiesen werden kann (§ 31 GewGG.).

4. GewuKfmG. **18** 110—113 (LG. Kiel). Kann das GewG. oder KfmG. einen Rechtsstreit durch Beschluß an das AG. verweisen? Von zwei Kammern des obigen Gerichts bejaht (§ 24 GewGG., § 505 ZPO.). S. JDR. **11** 595.

§ 59. A. Begriff des Handlungsgehifen. I. Literatur. *Eckstein, GewuKfmG. **13** 203. Maschinenschreiber sind mit Ausschluß der bloßen Abschreiber Handlungsgehilfen.

II. Rechtsprechung. 1. LeipzZ. **13** 950 ff. (Colmar). Wann liegt Handlungsagenten-, wann Handlungsgehilfenverhältnis vor?

2. ferner OLG. **27** 317 f. (KG.).

3. und OLG. **27** 318 f. (München).

4. GewuKfmG. **18** 208—211 (KfmG. Chemnitz). Der Angestellte, der ein-

gehende Güter zu wiegen und zu messen und das Ergebnis in ein Buch einzutragen hat, ist Handlungsgehilfe.

5. GewuKfmG. **18** 105 f. (KfmG. Fürth). Der Zeitungsberichterstatter ist nicht Handlungsgehilfe, — auch dann nicht, wenn er als Nebenbeschäftigung Inserate akquiriert.

B. Der Handlungsgehilfenvertrag. I. Pflichten des Prinzipals. 1. Literatur. **a)** Cahn, Die Ansprüche des angestellten Erfinders im vorläufigen Entwurf eines Patentgesetzes (München 1913). Der Verf. lehnt den Entwurf ab, weil er ein Bedürfnis zur „Reglementierung der Privatrechtssphäre" nicht anerkennt. **b)** Auch Marquardt, Das Recht des Dienstherrn an den Erfindungen seiner Angestellten nach den Entwürfen eines neuen Patentgesetzes und Gebrauchsmustergesetzes, GewRschutz **13** 331—337, wendet sich gegen den Entwurf. **c)** Über die Frage, ob der Handlungsgehilfe einen Rechtsanspruch auf die ihm nicht vertraglich zugesicherte, aber tatsächlich gewährte Tantieme und Gratifikation hat, und über die Frage der Gewährung eines anteiligen Betrags im Falle des Austritts im Laufe des Jahres s. Waldmüllers Referat, GewuKfmG. **19** 49. **d)** GewuKfmG. **18** 141 f. Aufrechnung und Zurückbehaltung (Eingabe des Vereins deutscher Spediteure an die deutschen Handelskammern). Das RJA. hat die Zurückbehaltungseinrede gegenüber unpfändbarer Gehaltsforderung für zulässig erklärt. **e)** Über die Aufrechnung, Zurückbehaltung und Beschlagnahme des Arbeitslohns s. Falks Referat, GewuKfmG. **19** 52—64.

2. Rechtsprechung. **a)** **RG.** BauersZ. **20** 211 f. über die Grundsätze der einem Angestellten für sog. Etablissementserfindungen zu gewährenden Entschädigung. **b)** GewuKfmG. **19** 199 (KfmG. Stuttgart). Verlangt der Prinzipal, daß der auswärts sich aufhaltende Bewerber um eine ausgeschriebene Stellung sich persönlich vorstelle, so hat er auch ohne besondere Abrede die Vorstellungskosten selbst dann zu ersetzen, wenn der Anstellungsvertrag zustande kommt. **c)** GewuKfmG. **18** 230 f. (KfmG. Mannheim). Bei der Gehaltsberechnung für einen im Laufe des Monats ausscheidenden Handlungsgehilfen ist der Monat stets zu 30 Tagen zu rechnen. **d)** **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 137 ff. Die Rechte der Angestellten eines großen industriellen oder kommerziellen Unternehmens an einer Invaliditäts- und Alterspensionskasse, zu der sie durch Lohnabzüge beitragen, können bei ihrer Dienstentlassung geschmälert und aufgehoben werden. Eine derartige Bestimmung verstößt nicht gegen die guten Sitten. **e)** GewuKfmG. **18** 108—110 (LG. Berlin I). Hat der Bankbeamte trotz entgegenstehender Klausel im Anstellungsvertrag einen Rechtsanspruch auf Zahlung der Weihnachtsgratifikation? Von der Kammer in ständiger Rechtsprechung verneint. **f)** GewuKfmG. **18** 136 f. (KfmG. Breslau). Die Vereinbarung, der Handlungsgehilfe müsse sich für den Fall freiwilligen Ausscheidens aus der Stellung das für die Urlaubszeit gezahlte Gehalt abziehen lassen, ist rechtsgültig. **g)** **RG.** **81** 41 ff. hält an seiner Auffassung bezüglich der Ernstlichkeit und Gültigkeit des sog. 1500-M.-Vertrags fest. **h)** HoldheimsMSchr. **13** 19 f. (KG.). Der Anspruch auf Spesenersatz für erst anzutretende Reisen ist nicht pfändbar. **i)** GewuKfmG. **19** 13 f. (KfmG. Stettin) über die Pfändbarkeit von Mundspesen. Sie gehören zum Gehalt und sind bezüglich eines Teiles pfändbar. **k)** GewuKfmG. **18** 540 f. (LG. Berlin I) unter welchen Voraussetzungen die Reisespesen pfändbar sind. Insoweit die Spesen die tatsächlichen, auch angemessenen Reisekosten übersteigen, bilden sie einen Teil der Vergütung und unterliegen der Pfändung. **l)** GewuKfmG. **19** 202 (LG. Stettin). Wenn der Arbeiter, dessen Papiere widerrechtlich zurückgehalten werden, die Klagerhebung verzögert, so liegt hierin ein konkurrierendes Verschulden. **m)** **RG.** LeipzZ. **14** 76—78. Wer den Angestellten eines Konkurrenten zu vertragswidrigem Austritte veranlaßt, um ihn in das eigene Geschäft zu übernehmen, macht sich jedenfalls dann aus § 826 BGB. schadens-

ersatzpflichtig, wenn er den Angestellten sich verpflichten läßt, ihm die Kundschaft zuzuführen, die der Konkurrent sich gesichert zu haben glauben dürfte. **n)** Gew. uKfmG. **18** 185—187 (LG. Duisburg). Der als Dekorateur angestellte Handlungsgehilfe ist zur Vornahme von Aufräumungsarbeiten nicht verpflichtet. Seine Weigerung stellt deshalb einen Grund zur fristlosen Kündigung nicht dar. **o)** Gew. uKfmG. **18** 185—187 (LG. Duisburg). Der vor dem Engagement zur Aufgabe von Referenzen aufgeforderte Handlungsgehilfe ist zur Aufgabe ungünstiger Referenzen nicht verpflichtet.

II. Pflichten des Handlungsgehilfen. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 475—478. Nur im Notfall ist der Handlungsgehilfe zu einer kaufmännischen Dienstleistung verpflichtet, die außerhalb seiner gewöhnlichen und der Handelsübung entsprechenden Tätigkeit liegt.

2. S. im übrigen die nachfolgenden Paragraphen.

§ 60. RG. JW. **13** 333 f. Nr. 20. Dem Dienstpflichtigen ist es nicht ohne weiteres verwehrt, seine vom Dienste nicht beanspruchte Zeit für sich auszunutzen, soweit dies nicht wider das Treuverhältnis des Dienstberechtigten verstößt.

§ 62. Josef, Das Schmerzensgeld des Dienstverpflichteten, R. **13** 658 ff. Verletzt der Dienstverpflichtete schuldhaft die ihm nach § 618 Abs. 1 u. 2 (§ 62 HGB.) gegenüber dem Dienstverpflichteten obliegende Fürsorgepflicht, also eine Vertragspflicht, und schädigt er hierdurch die Gesundheit der Dienstverpflichteten, so enthält dieser Tatbestand zugleich die Merkmale einer fahrlässig und widerrechtlich durch unerlaubte Handlung herbeigeführten Verletzung der Gesundheit des Dienstverpflichteten. Dieser kann folglich nach §§ 823 Abs. 1 ff. Schadensersatz, demnach auch nach § 847 ein Schmerzensgeld verlangen. Da diese Folgerung, also die Anwendbarkeit des § 847 sich aus allgemeinen Grundsätzen ergibt, so steht ihr auch nicht entgegen der Umstand, daß die Abs. 3 des § 618 BGB. und des § 62 HGB. nur die §§ 842—846 anziehen. Denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber dem Schädiger, dem er grundsätzlich im § 847 die Verpflichtung zum Schmerzensgeld auferlegt, dieses erlassen will in dem erschwerenden Falle, wo die unerlaubte Handlung sich zugleich als Verletzung einer dem Handelnden gegen den Verletzten obliegenden Vertragspflicht darstellt.

§ 63. I. Literatur. Über die Frage, ob Gehaltszahlung für die Zeit unverschuldeter Krankheit und sonstiger Dienstbehinderung vertraglich ausgeschlossen werden kann, s. Waldmüllers Referat, GewuKfmG. **19** 49.

II. Rechtsprechung. 1. GewuKfmG. **19** 198 (KfmG. München). Das ärztliche Attest begründet nicht unter allen Umständen Beweis für die darin bescheinigte Krankheit und Arbeitsunfähigkeit.

2. GewuKfmG. **18** 158 f. (LG. Bremen). Die als Folge einer früheren Geschlechtskrankheit auftretende Erkrankung ist als „unverschuldetes Unglück" nicht anzusehen, wenn nicht besondere vom Angestellten darzulegende Gründe dagegen sprechen.

§ 65. RG. ZAktWes. **13** 104. Wird dem Angestellten vom Prinzipal Anteil am Gewinne zugesichert, so kommt der durch den eigentlichen Betrieb erzielte Geschäftsgewinn und nicht der bilanzmäßige Vermögensgewinn in Frage. S. ferner § 59 B I.

§ 66. I. Literatur. 1. Landsberger, Kündigung des Dienstverhältnisses, GewuKfmG. **18** 175—179. Es kann schon zwischen Vertragsschluß und Dienstantritt gekündigt werden. Nimmt der Teil des Dienstvertrags, dem gekündigt ist, die verspätete Kündigung ohne Widerspruch entgegen, so hat er damit noch nicht ohne weiteres sein Einverständnis mit der Kündigung erklärt. An einem Sonntag oder allgemeinen Feiertage darf nicht gekündigt werden. Fällt der Beginn der Kündigungsfrist auf einen solchen, so ist spätestens am vorhergehenden

Werktage zu kündigen. Endet dagegen die Kündigungsfrist an einem Sonntage, so zählt dieser nicht mit; als letzter Tag der Kündigungsfrist gilt dann der nächstfolgende Werktag, ebenso wenn zu einem bestimmten Termine, z. B. zum Monatsschlusse gekündigt wird.

2. Klaffenbach, Die grundlose Entlassung des Angestellten (Berlin 1913). Die grundlose Entlassung des Angestellten beendet den Dienstvertrag nicht sofort. Der grundlos entlassene Dienstverpflichtete braucht seine Dienste nicht noch wörtlich anzubieten.

II. Rechtsprechung. 1. BadRpr. **13** 57 (Karlsruhe). Beim Engagement eines Oberkellners „für die Saison" ist die Kündigung ausgeschlossen.

2. OLG. **27** 319 ff. (Hamburg) über die Frage der Zulässigkeit einer Feststellungsklage im Falle vorzeitiger Entlassung.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 961 ff. Das zum Schadensersatze nach § 628 Abs. 2 BGB. berechtigende vertragswidrige Verhalten des anderen Teiles braucht nicht auf einem Verschulden zu beruhen.

§ 70. A. Allgemeines. 1. Literatur. Mez, Muß die Kündigung mit sofortiger Wirkung erfolgen oder kann eine Frist gesetzt werden? HoldheimsMSchr. **13** 160 f. Bei einer gemäß § 70 HGB. erfolgenden Kündigung kann der kündigende Teil zwar nicht schlechthin zu jedem Zeitpunkte, der innerhalb der normalen Kündigungsfrist liegt, kündigen, es ist vielmehr bei Ergreifung der durch § 70 HGB. gebotenen Kündigungsmöglichkeit immer eine tunlichste Beschleunigung der Trennung notwendig, — indessen ist nicht erforderlich, daß jede derartige Kündigung das Vertragsverhältnis in derselben Sekunde lösen müsse, in der die Kündigung ausgesprochen wird. Insbesondere erscheint die aus Entgegenkommen erfolgende Erstreckung der Frist bis zum Monatsende zulässig.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** BankA. **12** 322, LeipzZ. **12** 221. Die Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen oder vereinbarten Frist ist gegenüber der sofortigen Aufhebung des Dienstverhältnisses wegen wichtigen Grundes die mildere Maßregel; daher ist der zu der letzteren Berechtigte grundsätzlich auch zu jener als befugt zu erachten.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 217 f., 461. Im Rechtszuge der Revision ist nur nachzuprüfen, ob ein bestimmter Tatumstand allgemein geeignet ist, einen wichtigen Grund zur sofortigen Entlassung zu bilden. Ob im Einzelfalle der gegebene Tatbestand sich als wichtiger Grund darstellt, ist Sache der tatsächlichen Würdigung.

3. **RG.** SächsRpflA. **13** 143 ff., HoldheimsMSchr. **13** 171 ff. Auf das im § 626 BGB. gegebene Recht, jedes Dienstverhältnis fristlos aus einem wichtigen Grunde zu kündigen, kann nicht im voraus verzichtet werden; auch nicht in der Weise, daß gewisse Gründe zu solcher Kündigung nicht berechtigen sollen.

B. Fristlose Kündigung des Handlungsgehilfen. 1. HansGZ. **13** Hptbl. 57 (Hamburg). Hat der Prinzipal sich im geschäftlichen Verkehre mit Dritten in einem einzelnen Falle nicht einwandfrei benommen, so berechtigt das den Handlungsgehilfen noch nicht zur fristlosen Aufkündigung der Stellung.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 461 f. War das Verhalten des Prinzipals dem Handlungsgehilfen gegenüber vertragswidrig und ehrverletzend, so konnte dieser zwar sofort das Dienstverhältnis lösen, solange es jedoch bestand, mußte er die Pflichten beobachten, die ihm als Angestellten in Beziehung auf die Geschäftsinhaber im Verkehre mit Dritten oblagen.

3. **RG.** R. **13** Nr. 669. Furcht vor Überlastung ist nicht ohne weiteres ein Kündigungsgrund.

C. Fristlose Kündigung des Prinzipals. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1923. Die Entlassung kann auch dann gerechtfertigt sein, wenn der Anlaß zu den Mißhelligkeiten ursprünglich nicht vom Angestellten ausgegangen ist.

2. GewuKfmG. **19** 13 (KfmG. Braunschweig). Wenn der Reisende sich weigert, das Kommissionsbuch herauszugeben, so bietet er einen Grund zur sofortigen Entlassung.

3. GewuKfmG. **19** 199 f. (KfmG. Mannheim). Schwangerschaft stellt nur dann einen Grund zur sofortigen Entlassung einer Verkäuferin dar, wenn noch weitere erhebliche Umstände hinzukommen, z. B. die Schwangerschaft in erheblichem Maße äußerlich in die Erscheinung tritt oder bereits Unannehmlichkeiten für den Prinzipal zur Folge gehabt hat.

§ 71. Die Handlungsgehilfin ist zum sofortigen Austritt nicht berechtigt, wenn der Prinzipal ihr vorhält, daß sie von Mitangestellten des Diebstahls beschuldigt werde. S. ferner § 70 B.

§ 72. S. § 70 C.

§ 73. A. Wer stellt das Zeugnis aus? I. Literatur. Schmalz, Pflicht zur Zeugniserteilung im Falle des Verkaufs des Geschäfts oder des Todes oder Konkurses des Dienstherrn, GewuKfmG. **18** 173 f. Im Falle des Verkaufs des Geschäfts kann der Angestellte für die Zeit bis zum Geschäftsverkaufe vom alten Prinzipal ein Zeugnis verlangen, wenn er sein Recht „bei Beendigung des Dienstverhältnisses" geltend macht, — für die spätere Zeit vom neuen Prinzipal, der ihn weiter engagiert hat. War aber der alte Anstellungsvertrag beim Geschäftsgang auf den neuen Prinzipal rechtsgültig übergegangen, so kann er für die gesamte Zeit seiner Tätigkeit ein Zeugnis nur vom neuen Prinzipal verlangen. Im Falle des Todes des Prinzipals sind dessen Erben zur Ausstellung des Zeugnisses verpflichtet. Im Falle des Konkurses geht die Pflicht zur Erteilung des Zeugnisses nicht auf den Konkursverwalter über, sondern verbleibt dem Prinzipale.

II. Rechtsprechung. BauersZ. **20** 221 f. Gerät die AG. in Konkurs und legt der Vorstand sein Amt nieder, so hat die Zeugnisse für die Angestellten ein auf den Antrag vom AG. einzusetzender Vorstand auf Grund der im Wege der Information gewonnenen Tatsachen zu erteilen.

B. Inhalt des Zeugnisses. I. Literatur. 1. Über die Zulässigkeit von Streikvermerken im Zeugnisse s. Waldmüllers Referat, GewuKfmG. **19** 50.

2. Püschel, Der Streikvermerk im Arbeitszeugnis, GewuKfmG. **18** 169—173, erachtet die Aufnahme des Streikvermerkes in das Arbeitszeugnis für zulässig.

II. Rechtsprechung. 1. GewuKfmG. **19** 10 f. (KfmG. Schöneberg). Der Prinzipal hat auf Verlangen des Handlungsgehilfen zu attestieren, daß die Lösung des Dienstverhältnisses auf eigenen Wunsch des letzteren erfolgt sei. Dagegen Hauswald, Entlassung auf eigenen Wunsch, GewuKfmG. **19** 209 f.

2. HansGZ. **13** Hptbl. 240, ZAktWes. **13** 196, LeipzZ. **13** 198 (Hamburg). Das Zeugnis über die Führung des Handlungsgehilfen darf sich nicht darauf beschränken, die Führung des Handlungsgehilfen nur in einer begrenzten Beziehung der Kritik des Prinzipals zu unterwerfen, sondern es muß ein zusammenfassendes Urteil über das gesamte dienstliche Verhalten des Angestellten, soweit dessen Führung in Betracht kommt, enthalten. Der Vermerk im Zeugnisse, der Angestellte habe sich als tüchtiger, fleißiger Beamter gezeigt, läßt ein Urteil über seine Führung im allgemeinen vermissen.

3. GewuKfmG. **19** 10 (KfmG. Schöneberg) über die Frage, ob und wann der Prizipal verpflichtet ist, dem Angestellten im Zeugnisse zu bescheinigen, daß er als „I. Buchhalter" tätig gewesen sei.

C. Auskunfterteilung. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 211 f., JW. **13** 195 Nr. 3. Unter Kaufleuten mag es Sitte sein, daß sie über ihre Angestellten während und nach Beendigung des Dienstverhältnisses Auskunft geben, — eine Verkehrssitte aber,

nach der diese Übung als Erfüllung einer aus dem Anstellungsvertrage sich ergebenden Pflicht aufgefaßt werde, besteht nicht.

2. **RG.** JW. **13** 431 Nr. 8, R. **13** Nr. 1729. Wenn in einer Auskunft eine einmalige Unterschlagung des Angestellten, der gut erzogen ist und sich sonst gut geführt hat, nicht erwähnt ist, so kann daraus bei späteren Veruntreuungen des Angestellten eine Schadenshaftung aus § 826 BGB. nicht hergeleitet werden, wenn der frühere Dienstherr auf die Frage über die Ehrlichkeit keine Antwort gibt und nach den Umständen des Falles bei der Ausstellung des Zeugnisses annehmen durfte, daß der Angestellte zu weiteren Unredlichkeiten sich nicht mehr werde verleiten lassen.

§ 74. I. Literatur. 1. Cahn, Die Konkurrenzklausel auf dem Wege zum Richtplatz, DRZ. **13** 246 ff. Der Verf. wendet sich gegen den Entwurf des Konkurrenzklauselgesetzes, der zu kompliziert sei und dem Prinzipale nicht ausreichenden Schutz gewähre.

2. Düringer, Der Gesetzentwurf über die Konkurrenzklausel, DJZ. **13** 128—134. Der Verf. erörtert die Bestimmungen des Entwurfes im einzelnen. Er erachtet sie zum Teil zu kompliziert, zum Teil für den Prinzipal, zum Teil für den Angestellten zu scharf, insbesondere soweit es sich um Innehaltung formeller Vorschriften handelt.

3. Potthoff, Konkurrenzklausel und Juristenbildung, RuW. 2 324—327, wendet sich gegen die Beschränkung einer gesetzlichen Regelung der Konkurrenzklausel auf Handlungsgehilfen.

4. Riß, RuW. **13** 125 f., erachtet das Konkurrenzklauselgesetz angesichts der befriedigenden Judikatur des RG. für überflüssig.

5. Thulesius, Die Konkurrenzklausel mit besonderer Berücksichtigung des Entwurfes eines Gesetzes zur Änderung der §§ 74, 75 und des § 76 Abs. 1 HGB. (München 1913).

6. Holländer, Die Konkurrenzklausel im englischen Rechte, LeipzZ. **13** 347—355. Der Verf. gibt einen Überblick über die englische Judikatur bezüglich der Konkurrenzklausel, die zunächst ganz allgemein als nichtig erachtet und allmählich in immer weiterem Umfang anerkannt wurde.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2319. Maßgeblich für die Auslegung und die Grenzen der Zulässigkeit eines vereinbarten Konkurrenzverbots ist besonders das berechtigte Interesse des Prinzipals, welches nur dahin geht, dem Handlungsgehilfen die Tätigkeit in einem Wettbewerbsunternehmen zu untersagen.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 139. Auch die engstbegrenzte Wettbewerbsklausel kann unter Berücksichtigung besonders gearteter Umstände eine unerträgliche Fessel für den wirtschaftlich Schwächeren sein.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 621 ff. Wann ist ein Anstellungsvertrag mit Wettbewerbsverbot wegen übermäßiger Beschränkung der gewerblichen Bewegungsfreiheit nichtig?

4. **RG.** LeipzZ. **13** 625 f. Inwieweit ist das Wettbewerbsverbot zulässig?

5. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 841—844. Der die Wettbewerbsklausel enthaltende Anstellungsvertrag ist sittenwidrig und deshalb nichtig, weil er sich nach der Gesamtheit seiner Bestimmungen als eine Vereinbarung darstellt, die ganz einseitig die Interessen des Unternehmers berücksichtigt, ohne auf die des Angestellten Rücksicht zu nehmen, und sogar über das berechtigte Interesse des Unternehmers hinaus den Angestellten in seiner gewerblichen Bewegungsfreiheit in maßloser Weise beschränkt.

6. **RG.** LeipzZ. **13** 224 f. über die Wirkung einer teilweise unverbindlichen Konkurrenzklausel.

7. **RG.** LeipzZ. **14** 78 f. über die Zurückführung einer unbilligen Konkurrenzklausel auf das zulässige Maß.

8. OLG. **27** 321 f. (Hamburg). Ist der Beklagte nach seinem Austritt aus den Diensten des Klägers als Angestellter bei einer Konkurrenzfirma eingetreten und hat er dadurch dem Verbote zuwidergehandelt, so bildet nicht jede einzelne Betätigung im Geschäftsbetriebe der Konkurrenzfirma, besonders nicht der Abschluß oder die Vermittlung eines jeden dem Verbote zuwiderlaufenden und die Interessen des Klägers verletzenden Handelsgeschäfts für die Firma einen besonderen Übertretungsfall, die einzelnen Geschäfte stellen sich vielmehr zusammen mit dem Dienstantritt als ein einziger auf einem einheitlichen Willensentschlusse beruhender Verstoß gegen die in dem Vertrage mit dem Kläger eingegangene Verpflichtung dar und können nicht für sich allein und losgelöst von der sonstigen Tätigkeit, sondern nur in Verbindung miteinander und mit der Eingehung des Dienstvertrags rechtliche Wirkungen herbeiführen.

9. GewuKfmG. **18** 157 f. (KfmG. Breslau) verneint die Zulässigkeit der Durchführung der Konkurrenzklausel mittels einstweiliger Verfügung, indem es annimmt, daß weder § 935 ZPO., noch § 940 ZPO. Anwendung finde.

§ 75. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 139, BayRpflZ. **13** 149 f. über die Auslegung eines Konventionalstrafenabkommens für die Frage, ob die sofortige Entlassung der „Aufhebung des Vertrags" gleichzustellen ist.

2. GewuKfmG. **18** 106—108 (KfmG. u. LG. Chemnitz). Die Konkurrenzklausel bleibt nicht wirksam, wenn der Prinzipal dem Handlungsgehilfen aus dem nicht stichhaltig begründeten Verdacht, er beabsichtige kontraktbrüchig zu werden, gekündigt hat.

3. **RG.** JW. **13** 319 ff. Nr. 5. Wann ist das für den Fall des Eintritts in ein Konkurrenzunternehmen abgegebene Konventionalstrafversprechen eines Angestellten gemäß § 138 BGB. nichtig, — wann unterliegt es der Herabsetzung?

4. **RG. 81** 86—92, JW. **13** 325 (s. schon JDR. **11** 613 II 13). Ein bewußtes Hinwirken darauf, daß ein Handlungsgehilfe die einem früheren Geschäftsherrn gegenüber eingegangene Konkurrenzklausel nicht einhält, verstößt gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UnlWG. und kann demgemäß mit der Unterlassungsklage auch dann verfolgt werden, wenn ein Unterlassungsanspruch gegen den Handlungsgehilfen selbst aus § 75 Abs. 2 HGB. versagt. S. ferner § 74.

§ 76. 1. GewuKfmG. **18** 135 f. (KfmG. Schöneberg). Der Lehrvertrag ist ein Dienstverhältnis im Sinne des § 22 KO. Da eine gesetzliche Kündigungsfrist nicht besteht, bestimmt sich seine Dauer in Ermanglung vertragsmäßiger Festsetzung nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche.

2. **RG.** JW. **13** 372 f. Nr. 4. Nach § 618 BGB., der auf das Rechtsverhältnis zwischen Lehrherrn und Lehrling als ein Dienstvertragsverhältnis mindestens entsprechende Anwendung findet, ist der Lehrherr verpflichtet, wenn er dem Lehrling eine mit Gefahren verbundene Arbeit überträgt, ihn auf die Gefahren hinzuweisen und ihn darüber zu belehren, wie den Gefahren vorzubeugen sei.

3. GewuKfmG. **18** 187 f. (KfmG. Offenbach). Unvorsichtiges Umgehen mit Feuer ist Grund zur sofortigen Entlassung auch eines Handlungslehrlinges.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

§ 84. I. Begriff des Agenten. 1. LeipzZ. **13** 948 f. (Colmar). Verpflichtet sich eine Firma gegen das Recht des Alleinverkaufs für einen bestimmten Bezirk, dem Interesse der Lieferantin durch den Verkauf des Fabrikats dieser Lieferantin zu dienen, so stellt dieses Rechtsverhältnis, wenn auch keinen echten Agenturvertrag im Sinne des § 84 HGB., so doch ein agenturähnliches Verhältnis dar. Für die Auflösung eines solchen Verhältnisses sind in der Regel die Bestimmungen des § 92 HGB. maßgebend.

2. S. § 59 A.

II. Rechtliche Stellung des Agenten. 1. OLG. **27** 323 f., LeipzZ. **13** 949 f. (München). Bei unmittelbarem Vertragsabschlusse seitens des Prinzipals kann der Vertragskontrahent auf Zusicherungen des Vermittelungsagenten sich nicht berufen.

2. **RG.** JW. **13** 275 f. Nr. 18. Wer einen Versicherungsantrag stellt, hat eine bei Stellung dieses Antrags durch den Agenten veranlaßte falsche Beantwortung einer Frage des Versicherungsformulars dann zu vertreten, wenn die Frage so deutlich gewesen, daß er über ihren Inhalt nicht im Zweifel sein konnte.

§ 88. 1. OLG. **27** 328 f., SeuffA. **68** 30 f., BauersZ. **20** 213 (Hamburg). Der Handlungsagent, der nicht Bezirksagent ist, hat regelmäßig keinen Provisionsanspruch für Nachbestellungen.

2. **RG.** OLG. **27** 324 f., LeipzZ. **13** 606 f. (Celle). Nicht rechtsirrig ist die Auffassung, daß die nach der späteren Vereinbarung der vertragsschließenden Parteien an die Stelle der Lieferung tretende und geleistete Abfindung im Sinne der Provisionsabrede der Ausführung gleichzustellen sei und daß deshalb diese Abfindung dem Agenten die gleichen Provisionsansprüche gewähre wie die Lieferung. Unerheblich ist dabei, ob die Verkäuferin einen Gewinn erzielt hat.

3. Hingegen OLG. **27** 325 f. (KG.). Kein Provisionsanspruch, wenn der Besteller vom Geschäfte zurückgetreten ist und der Geschäftsherr sich damit einverstanden erklärt hat, weil er aus guten Gründen es auf einen Rechtsstreit nicht ankommen lassen wollte.

§ 89. RG. R. **13** Nr. 1646. Ordres „aus dem Bezirke" des Agenten sind nur solche, die im Bezirk erteilt sind. Indirekte Ordres sind ohne Vermittelung des Agenten eingegangene Aufträge.

§ 91. I. Literatur. Neumond, BayRpflZ. **13** 44 f., rügt das Fehlen eines Anspruchs des Agenten auf Bucheinsicht und findet darin eine Lücke im Gesetze.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1647. Der Agent kann nicht deshalb einen vollständigen neuen Buchauszug verlangen, weil im erteilten Auszuge bestimmte Gruppen von Geschäften weggelassen sind, die der Geschäftsherr nicht für provisionspflichtig hält.

2. Hingegen OLG. **27** 326—328 (Dresden).

§ 92. 1. LeipzZ. **13** 948 f. (Colmar). Über die Bedeutung der Vertragsklausel des dem Agenten „auf unbestimmte Zeit" übertragenen Rechtes des Alleinverkaufs der Ware.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 961 ff., LeipzZ. **13** 217. Auch eine von der Vertragspartei nicht zu vertretende Vertragswidrigkeit kann den Vertragsgegner zur vorzeitigen Kündigung des Dienstverhältnisses berechtigen, wenn ihm deshalb nach Lage der Sache die Fortsetzung dieses Verhältnisses nicht zugemutet werden kann.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 139 f. Eine den Agenten zur Kündigung berechtigende, das Wettbewerbsverbot beseitigende Vertragswidrigkeit des Prinzipals liegt auch in dessen Verletzung der dem Agenten gegenüber vertraglich bestehenden Pflicht ehrenhafter Geschäftsführung (s. ferner §§ 70, 84).

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

I. Literatur. Benkemann, Die Geschichte des Hamburger Mäklerrechts. (Heidelberg 1912). Der Verf. gibt ein Bild der Entwicklung des Mäklerwesens in Hamburg, beginnend mit der Zeit des 13. Jahrhunderts.

II. Rechtsprechung. **RG.** LeipzZ. **13** 229. Mäklervertrag oder Gesellschaftsvertrag?

§ 99. A. Voraussetzungen des Anspruchs. I. Literatur. *Reichel, Mäklerprovision 192. Haben beide Vertragsparteien je einen Mäkler

zugezogen und haben beide vermittelt, so zahlt im Zweifel jede Partei ihren Mäkler allein aus; eine Teilung findet nicht statt.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2719. Der Anspruch auf Mäklerlohn ist nicht davon abhängig, daß der Auftraggeber beim Vertragsabschlusse sich der ursächlichen Bedeutung der ihm an sich bekannten Mäklertätigkeit bewußt war.

2. PosMSchr. **13** 34 (Marienwerder). Hingegen ist die Kenntnis des Auftraggebers von der Tätigkeit des Mäklers Voraussetzung des Anspruchs.

3. **RG.** R. **13** Nr. 671. Ein Rechtssatz, wonach der Mäklerlohn gezahlt werden müßte, wenn durch den Inhalt des abgeschlossenen Geschäfts das wirtschaftliche Ergebnis erreicht ist, dessen Herbeiführung den Zweck des Mäklervertrags hat bilden sollen, besteht nicht.

4. Ebenso DJZ. **13** 169 (KG.). Der Abschluß einer notariellen Offerte genügt nicht zur Begründung des Mäklerprovisionsanspruchs, mögen die Beteiligten sich auch an das Angebot wirtschaftlich gebunden fühlen und es wirtschaftlich als den vollendeten Kaufvertrag ansehen.

5. LeipzZ. **13** 94 (LG. Leipzig). Über die Auslegung der Abrede „Mäklerlohn zahlbar erst nach Eingang des Kaufpreises". Nicht Bedingung, sondern Befristung; letztere aber auch dahin beschränkt, daß die Erfüllungszeit nach billigem Ermessen zu bestimmen sei.

6. **RG.** LeipzZ. **13** 470. Der Anspruch des Mäklers verfällt jedenfalls dann, wenn der Mäkler von einer weiteren Tätigkeit, die den Abschluß des Vertrags alsbald herbeizuführen geeignet ist, seinerseits absteht und damit den Auftraggeber nötigt, sich der Hilfe eines anderen Mäklers zu bedienen, der den Vertrag so, wie die Parteien ihn wollten, zum Abschlusse zu bringen bereit ist.

7. NaumburgAK. **13** 1 f. (LG. Naumburg). Ein Mäklervertrag ist als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig, wenn der Auftraggeber für den Fall der Zurückziehung des Auftrags ohne jede Zeitbeschränkung und ohne jede Rücksicht auf den Umfang der Leistungen des Mäklers diesem schlechthin den gleichen Betrag zahlen soll, wie er ihn bei Ausführung des Auftrags verlangen könnte.

B. Vermittlung anfechtbarer oder sonst unwirksamer Geschäfte. 1. R. **13** Nr. 670 (Hamburg). Der Mäklerlohn ist nicht verdient, wenn der vermittelte Vertrag wegen Arglist angefochten wird, und zwar selbst dann nicht, wenn der den Mäklerlohn versprechende Teil arglistig gehandelt hat. Unter Umständen kann aber der Mäkler das negative Vertragsinteresse ersetzt verlangen (s. auch JDR. **11** 622 Ziff. III).

2. LeipzZ. **13** 413 (LG. Leipzig). Wird der vermittelte Vertrag wegen Insolvenz des Vertragsgegners aufgehoben, so geht der Mäkler seines Provisionsanspruchs verlustig.

3. Ebenso OGH. Wien, JurBl. **04** Nr. 50.

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

§ 105. 1. Rechtliche Natur. Kohler, GoldschmidtsZ. **74** 456, erklärt die oHG. als eine juristische Person; dagegen Lehmann aaO. 462.

2. Offene Handelsgesellschaft oder bürgerliche Gesellschaft; gemeinschaftliche Firma. **RG. 82** 24, JW. **13** 547, R. **13** Nr. 1203. Gemeinschaftlich kann eine neue Firma nicht sein, wenn sie sich nach außen hin als Firma eines einzelnen darstellt. Das KG. beruft sich für seine Auffassung mit Unrecht auf **RG.** (Strafs.) **24** 261. In dem dortigen Falle, wo drei Gesellschafter

unter dem Namen eines von ihnen ein Handelsgewerbe eröffneten, wurde gerade erkannt, daß in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Firma eine oHG. nicht besteht. Die Bemerkung der Entscheidungsgründe, das Vorhandensein einer solchen Gesellschaft hänge von der Beachtung der Formvorschriften des HGB. über die Firma nicht ab, ist insoweit durchaus zu billigen, als es der Annahme einer oHG. nicht unbedingt schadet, wenn entgegen § 19 eine Sachfirma gewählt wird. Eine derartige Firma kann, obwohl bei Neubegründung einer oHG. unzulässig, mit dem Begriffe der Gesellschaft doch vereinbar sein, so daß sie als unter den Gesellschaftern gemeinsam angesehen werden kann. Dagegen ist dies unmöglich, wenn ein Personenname, und zwar nur der Name eines der Gesellschafter ohne einen das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz als Firma angenommen wird. In solchem Falle bedarf es nicht noch der Erforschung der Willensmeinung der Gesellschafter, um das Erfordernis der gemeinschaftlichen Firma zu verneinen.

3. WürttJ. **24** 296 (Stuttgart). Eine oHG. kann nicht selbst wieder Mitglied einer oHG. sein.

4. Vertragsabschluß. **RG. 82** 160, LeipzZ. **13** 540, R. **13** Nr. 1795. Der Vertrag, durch den jemand einer oHG., zu deren Vermögen Grundstücke gehören, beitritt, unterliegt nicht dem § 313 BGB. Der Beitrittsvertrag hat vielmehr bloß die an keine Form gebundene Beteiligung an der oHG. zum Inhalt, und der Erwerb des Anteils am Gesellschaftsvermögen vollzieht sich als Folge der Mitgliedschaft.

§ 108. Anmeldung. RJA. **12** 60, ZBlFG. **13** 507 (KG.). Keine Befugnis des Registergerichts zur amtswegigen Löschung eines Eintrags, weil die ihm zugrunde liegende Anmeldung nicht von sämtlichen Gesellschaftern ausging (vgl. § 162).

Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

§ 109. Pflicht der Gesellschafter gegeneinander. **RG.** BauersZ. **21** 66. Ein Teilhaber, der Gläubiger der oHG. veranlaßt, dieser die gewährten Darlehen zu kündigen, ist zum Schadensersatze verpflichtet.

§ 116. Geschäftsführung. Abs. 1. Gewöhnliche Betriebsgeschäfte. R. **13** Nr. 741 (Stuttgart). Für eine Möbelfabrik gehört die Ersteigerung eines Hotelanwesens nicht zu den gewöhnlichen Betriebsgeschäften. Es kann vorkommen, daß die Gesellschaft zur Sicherung einer Forderung eine Hypothek sich bewilligen läßt, daß das belastete Grundstück zur Zwangsversteigerung kommt und damit die Frage an die Gesellschaft herantritt, ob sie zur Vermeidung des Hypothekausfalls das Anwesen ersteigern soll. Aber unter § 116 Abs 1 fällt diese Ersteigerung nicht.

Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

§ 123. Abs. 2. Geschäftsbeginn vor Eintragung. MecklZ. **32** 273 (Rostock). Zur Annahme eines Geschäftsbeginns im Sinne des Abs. 2 genügt es noch nicht, daß von dem gewerblichen Unternehmen aus, dessen Betrieb für gemeinschaftliche Rechnung von den Gesellschaftern vereinbart ist, Geschäfte abgeschlossen sind, wenn diese tatsächlichen Gesellschaftsgeschäfte nicht als Geschäfte einer Gesellschaft in die Erscheinung treten, insbesondere der Geschäftsbetrieb unter der Firma eines Einzelkaufmanns erfolgt. Denn das Bestehen der Gesellschaftsverhältnisse muß nach außen hin zum Ausdruck kommen, die Gesellschaft als solche muß ihre Geschäfte begonnen haben. Anderseits ist nicht erforderlich, daß die geschäftliche Tätigkeit gerade in dem Abschlusse von Rechtsgeschäften bestanden hat, und ebensowenig, daß unmittelbar beim Geschäftsabschlusse das gesellschaftliche

Handeln in die Erscheinung getreten ist. Insbesondere ist auch dann, wenn bei den ein Geschäft vorbereitenden Verhandlungen das Bestehen einer Gesellschaft hervorgetreten und darauf das Geschäft, sei es auch nur von einem der Gesellschafter zum Abschlusse gelangt ist, ein Geschäftsbeginn der Gesellschaft kundbar geworden. Selbstverständlich muß die das Gesellschaftsverhältnis offenbarende geschäftliche Tätigkeit dem Willen aller Gesellschafter entsprechen.

§ 124. 1. Vertragliche Verpflichtung, eine bestimmte Firma nicht zu führen. **RG.** R. **13** Nr. 561. Hat jemand gegenüber einer oHG. für sich und seine Erben die Verpflichtung übernommen, seinen Namen nicht als Firma zu einem Konkurrenzunternehmen der oHG. zu benutzen, so gilt diese Verpflichtung auch für die von einem Erben des Schuldners gegründete oHG., und zwar auch, wenn der Erbe demnächst aus dieser oHG. wieder ausscheidet. Auf der anderen Seite sind die Rechte der berechtigten Gesellschaft gleichfalls von einem Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig.

2. **RG.** WarnE. **6** 139. Eine oHG., die es fortgesetzt duldet, daß ein anderes Geschäft nach außen hin als ihre Zweigniederlassung auftritt, haftet für die in diesem Geschäft abgeschlossenen Verträge. Vgl. unten II b.

3. HansGZ. **13** Hptbl. 191 (Hamburg). Bei einer auf den Namen einer oHG. eingetragenen Hypothek braucht der jeweilige Wechsel der Inhaber der Gesellschaft nicht im Grundbuche vermerkt zu werden.

4. oHG. im Prozesse. a) Eidesleistung. **RG.** R. **13** Nr. 1506. Bei der oHG. sind die Eide den vertretungsberechtigten Gesellschaftern oder den Liquidatoren, nicht allen Mitgesellschaftern zuzuschieben (**RG. 45** 341). b) SeuffA. **67** 474 (Dresden). Wer im Verkehr als offener Handelsgesellschafter auftritt, muß sich auch prozeßrechtlich als solcher behandeln lassen. Ein stiller Gesellschafter, der aber gleichwohl die Anbringung auch seines Namens auf dem Firmenschilde duldet, haftet also wie ein offener Handelsgesellschafter. Er kann sich nicht darauf berufen, daß er wiederholt den Mitgesellschaftern gegenüber gegen die Anbringung des Schildes Widerspruch erhoben, die Entfernung verlangt und zugesichert erhalten habe. Er durfte sich mit einem solchen bloßen Versprechen keinenfalls über ein Jahr lang begnügen, mußte sich vielmehr rechtzeitig überzeugen, ob das Versprechen erfüllt würde, und falls dies nicht geschehen, gerichtliche Schritte ergreifen. Vgl. **RG.** LeipzZ. **13** 550. c) Vollstreckung gegen die in Liquidation befindliche oHG. vgl. § 131.

§§ 125, 126. Vertretungsmacht. 1. RJA. **12** 48, ZBlFG. **13** 498, DNotV. **13** 666 (KG.). Die Erweiterung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters einer oHG., an der ein durch einen Pfleger vertretener Mündel beteiligt ist, durch die übrigen Gesellschafter kann für den Mündel durch den Pfleger erteilt werden, ohne daß es dazu der Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

2. KGJ. **44** 126, RJA. **12** 215, ZBlFG. **14** 393, DNotV. **13** 667. Die Vorschrift, daß die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammen handeln, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen (§ 125 Abs. 3), kann nur dann Anwendung finden, wenn mehrere vertretungsberechtigte Gesellschafter vorhanden sind. Der Fall, in dem nach dem Gesellschaftsvertrage nur ein vertretungsberechtigter Gesellschafter vorhanden ist, wird vom § 125 Abs. 3 nicht betroffen. Er muß nach den sonstigen Vorschriften des Gesetzes beurteilt werden. Diese lassen aber die Einengung der Vertretungsmacht des einzigen zur Vertretung berufenen Gesellschafters durch das Erfordernis gleichzeitiger Mitwirkung eines Prokuristen nicht zu (arg. § 126 Abs. 2).

3. Gegensätzliches Handeln mehrerer vertretungsberechtigter Gesellschafter. a) Kormann, GruchotsBeitr. **57** 497. Es ist zu unterscheiden zwischen Einzelakten der Gesellschafter, Gesamtakten und Simultanakten. Gesamtakt wie Simultanakt setzen sich aus einzelnen Akten mehrerer Genossen zusammen. Während aber die Verbindung dieser mehreren Akte bei dem Gesamtakte von der Art ist, daß der einzelne Akt in dem Gesamtakt aufgeht und rechtlich Würdigung nur durch die Verbindung mit dem gleichartigen Akte der Genossen erhält, ist beim Simultanakte die Verbindung lediglich eine äußere, durch die daher die Selbständigkeit der mehreren Akte nicht berührt wird. Solange die Gesellschaft besteht, hat das Zusammenhandeln der mehreren Gesellschafter den Charakter eines Gesamtakts. Dies gilt jedenfalls, wenn Gesamtvertretung nach § 125 Abs. 2 vereinbart ist; aber auch im Falle eines sonstigen gemeinschaftlichen Auftretens muß man einen Gesamtakt annehmen; ein Simultanakt liegt nicht vor, weil die Absicht der Gesellschafter gar nicht darauf gerichtet sein konnte, daß jeder für sich selbständig handle, da bei einem derartigen selbständigen Einzelhandeln nach dem Handeln des ersten die beabsichtigte Rechtswirkung schon eingetreten, also für ein weiteres Handeln des zweiten Gesellschafters kein Raum wäre: handeln Gesamtaktsgenossen aktiv gegensätzlich, so sind diese gegensätzlichen Handlungen rechtlich bedeutungslos; im Prozesse treten also, z. B. weil dann eine Erklärung überhaupt nicht abgegeben, die Versäumnisfolgen ein. Ein gegensätzliches passives Verhalten der Gesamtaktsgenossen (z. B. daß nur der eine Gesellschafter eine Tatsache kennt) wirkt ebenso gegen die Gesellschaft, als ob beide es gehabt hätten. Bei Einzelakten ist wiederum zu scheiden, ob die gegensätzlichen Einzelakte nacheinander oder nebeneinander stattfinden. Im ersten Falle ist der erste Akt, sofern er nicht an eigenen Mängeln (Form-, Willensmängel) leidet, voll wirksam, während es bezüglich des zweiten Aktes auf die konkreten Verhältnisse dafür ankommt, ob und welche Bedeutung ihm zukommt (vgl. BolzePr. **9** 471: Genehmigung eines bedingten Kaufes durch einen Gesellschafter; nachträglicher Widerspruch des anderen Gesellschafters wirkungslos). Das gilt auch für das Prozeßrecht. Bei einem Nebeneinander der beiden gegensätzlichen Einzelakte ist grundsätzlich an der Unwirksamkeit beider Handlungen festzuhalten. Für das Prozeßrecht spricht man meist davon, daß bei dem vorhandenen Widerspruche der beiden gleichartigen Handlungen eine rechtsgültige Handlung „überhaupt nicht vorhanden sei". Richtiger ist es zu unterscheiden zwischen prozessualen Willenserklärungen und tatsächlichen Erklärungen. Im ersten Falle ist eine Handlung „überhaupt nicht vorhanden", im letzteren tritt freie Beweiswürdigung nach § 286 ZPO. ein. Was die Frage der Gleichzeitigkeit der beiden Einzelakte anlangt, so ist, soweit es sich um schriftliche empfangsbedürftige Akte handelt, nicht die Gleichzeitigkeit der Erklärungsabgabe, sondern die Gleichzeitigkeit des Zugehens das Entscheidende (Ausnahme § 130 Abs. 1 Satz 2). Wenn die Gesellschafter als Simultanaktsgenossen handeln — und das ist im Konkurse der Gesellschaft der Fall —, dann folgt aus der Selbständigkeit der einen Simultanakt bildenden Einzelakte als Grundsatz, daß die Einzelakte trotz ihrer Gegensätzlichkeit sämtlich berücksichtigt werden müssen. Dieser Grundsatz kann eine Modifikation erleiden dadurch, daß zwischen den Simultanaktsgenossen eine solche prozessuale Verbindung besteht, daß die Abwicklung des Verfahrens nur einheitlich mit Wirkung für und gegen alle Genossen zulässig ist. **b)** BauersZ. **20** 256 vgl. GmbH. § 35.

4. Widerspruch eines Mitgesellschafters. **RG. 81** 93, JW. **13** 270, R. **13** Nr. 398. Es ist richtig, daß jeder geschäftsführende Gesellschafter volle Vertretungsmacht besitzt und, was er tut, wird weder dadurch beeinträchtigt, daß ein anderer Gesellschafter ihm darin widersprochen hat, noch dadurch, daß er

dem Dritten nachträglich widerspricht. Wenn aber der widersprechende Gesellschafter gegenwärtig ist und gleichzeitig dem Dritten seinen Widerspruch erklärt, dann heben sich allerdings die widersprechenden Erklärungen auf, und es geschieht nichts. So lag es in Wahrheit in dem streitigen Falle, wo der Dritte wußte, daß der Kläger mit der Kündigung nicht einverstanden war, wo der widersprechende Gesellschafter zugleich derjenige war, an den die Kündigungserklärung gerichtet werden mußte, wo also die Erklärung gar nicht anders erfolgen konnte als in Gegenwart des widersprechenden Gläubigers, der hier seinen Widerspruch gar nicht erst noch zu erklären brauchte.

5. Haftung der Gesellschaft für Handlungen der Gesellschafter. a) **RG.** R. **13** Nr. 1363, DJZ. **13** 698. Die oHG. muß die etwaigen Fehler, die der Erwerbshandlung ihres geschäftsführenden Teilhabers anhaften, gegen sich gelten lassen, und ihr steht insbesondere auch die Einrede der Arglist entgegen, sofern diese aus dem Verhalten eines für die Gesellschaft rechtsgeschäftlich tätigen Teilhabers zu begründen ist. b) **RG.** LeipzZ. **13** 378. Die Haftung der oHG. und des Gesellschafters O. hat das Berufungsgericht damit begründet, daß sich der Unfall bei Ausführung einer im Interesse der Gesellschaft unternommenen Geschäftsfahrt ereignet habe. Das ist zutreffend. Die Fahrt wurde zum Zwecke des Abschlusses eines Geschäfts unternommen. Sie verlor ihren Charakter nicht dadurch, daß für einen Teil des Weges aus Gefälligkeit ein Fahrgast mitgenommen wurde. Hat O. als Vertreter der Gesellschaft den Chauffeur zur Fahrt mit dem Wagen der Gesellschaft beauftragt, so haftet die Gesellschaft aus § 831 BGB. für den Schaden, der auf dieser Fahrt durch die Untüchtigkeit des Chauffeurs und des Wagens Dritten zugefügt wurde. (S. a. zu § 831 Ziff. 14cγ.)

§ 128. Haftung der Gesellschafter. 1. Haftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters für die damalige Saldoforderung eines Dritten auch nach Fortsetzung des Kontokorrentverhältnisses. **RG.** SeuffA. **67** 414 f. JDR. **10** § 129 Ziff. 1 b.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 617, HoldheimsMSchr. **13** 86, WarnE. **6** 168. Die Vereinbarung, durch die bei Auflösung einer oHG. ein Gesellschafter alle Passiven übernimmt, ist weder als Erfüllungsübernahme noch als Schuldübernahme (unrichtig **RG.** LeipzZ. **12** 654) anzusehen, da diese beiden voraussetzen, daß der Übernehmer ein Dritter ist, nicht ein Schuldner selber. Das letztere ist aber bei der oHG. der Fall, wo der die Passiven übernehmende Gesellschafter schon nach § 128 als Gesamtschuldner auch ohne die Übernahme haftet. Die Vereinbarung ist also nichts weiter, als daß Übernehmer dem anderen Gesellschafter Befreiung von der Haftung zusichert. Für die Frage, ob der Gläubiger diese Haftungsbefreiung erteilt, kommt nur die Vorschrift über Erlaß (§ 397 BGB.) in Betracht; ein stillschweigender Erlaß darf, da es sich dabei um einen unentgeltlichen Verzicht auf ein Recht handelt, nicht leicht unterstellt werden. Das RG. hat zwar (Bolze **13** 500, **RG. 19** 129) in gewissen Kredithandlungen der Gläubiger gegenüber dem einen der Schuldner eine Haftentlassung des anderen erblickt. Diese in der neuen Rechtsprechung (JW. **01** 63, HoldheimsMSchr. **03** 179) eingeschränkten Erkenntnisse haben in der Literatur überwiegend Widerspruch gefunden. Übrigens war der Tatbestand, den sie behandelten, der, daß auf Grund eines früher geschlossenen Vertrags erst nach der Veräußerung des Handelsgeschäfts oder nach Auflösung der Gesellschaft an den nunmehrigen Firmeninhaber geliefert und zugleich die Schuld gestundet wurde. Hat aber, wie hier, der Gläubiger die Leistung schon vollständig an die oHG. vor Auflösung gemacht, so kann die später dem Übernehmer gewährte Stundung als Haftentlassung des früheren, anderen Gesellschafters nicht erachtet werden.

Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.
RJA. **12** 46, ZBlFG. **13** 496, KGJ. **44** 336, DNotV. **13** 670, R. **13** Nr. 240 (Jena). Die Herbeiführung der Löschung der Firma einer zu Unrecht eingetragenen oHG., weil deren Betrieb von vornherein nur ein handwerksmäßiger war, kann nicht im Ordnungsstrafverfahren erfolgen. Die Eintragung war überhaupt unzulässig, da eine oHG. gar nicht bestanden hat, so daß § 132 FGG. nicht in Frage kommt. Es kann nur das Verfahren nach § 142 FGG. in Anwendung kommen.

§ 131. SchlHolstAnz. **13** 67 (Kiel). Eine oHG. bleibt ungeachtet ihrer Auflösung durch Beschluß der Gesellschafter und der Veräußerung der Firma als Liquidationsgesellschaft bestehen. Zur Vollstreckung in ihr Vermögen genügt in solchem Falle ein gegen die einzelnen Gesellschafter gerichteter Titel nicht, es bedarf vielmehr eines Schuldtitels gegen die Gesellschaft. Solange die oHG. bzw. Liquidationsgesellschaft ihre bisherige Firma aufgegeben und eine neue Firma noch nicht wieder angenommen hat, bleibt es, falls der Weg des Registerzwangsverfahrens nach §§ 14, 148 Abs. 3 HGB. versagt oder rasche Abhilfe nicht gewährt, möglich, diese Gesellschaft, die ihre juristische Selbständigkeit behält, durch Bezugnahme auf ihre bisherige Firmenbezeichnung und die Personen der Gesellschafter und Liquidatoren so deutlich zu bezeichnen, daß ihre Identität zweifelsfrei erhellt. So kann z. B. die Klage gerichtet werden gegen die „früher unter der Firma N. N. geführte, jetzt in Liquidation befindliche oHG. (Liquidatoren X. und Y.)".

§ 135. Kündigungsrecht des Gläubigers. HoldheimsMSchr. **13** 108. Muß die im HGB. vorausgesetzte befristete Pfändung seitens des Kündigenden versucht sein oder genügt irgendeine Pfändung von anderer Seite? § 66 GenG. drückt deutlich die Antwort im letzteren Sinne aus; anders § 725 BGB. Wenn die herrschende Meinung für das Handelsrecht die zweite Alternative vertritt, hat sie zwar die Denkschrift für sich. Aber die ratio legis, die Auflösung durch Kündigung zu erschweren, ferner der Wortlaut des Gesetzes und endlich die Übereinstimmung mit Art. 126 aHGB. beweisen, daß nur dem Privatgläubiger, der die Zwangsvollstreckung fruchtlos ersucht hat, das Kündigungsrecht erwächst.

§ 138. Tod oder Ausscheiden eines von zwei Gesellschaftern; gerichtliche Ernennung eines Sachverständigen zur Aufstellung der Inventur? KGJ. **43** 101, RJA. **12** 55, ZBlFG. **13** 504. Wenn eine aus zwei Gesellschaftern bestehende Handelsgesellschaft durch den Tod oder das Ausscheiden des einen Gesellschafters aufgelöst, das Geschäft aber mit der alten Firma von dem Überlebenden entsprechend dem Gesellschaftsvertrage weiter geführt wird, so findet § 138 HGB. entsprechend Anwendung. Die Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden oder dessen Erben erfolgt nach § 738 ff. BGB. Zur Ermittlung der Abfindungssumme sind ein Inventar und Bilanz aufzustellen. Bei dieser Arbeit hat der Ausscheidende, soweit er dazu berechtigt und verpflichtet war, mitzuwirken; diese Mitwirkungspflicht trifft auch die Erben des Ausscheidenden. Sie können Vorlegung der Geschäftsbücher und Papiere verlangen und sind befugt, sich bei der Mitarbeit an der Aufstellung von Inventar und Bilanz eines Sachverständigen zu bedienen. Können die Beteiligten im Wege der Vereinbarung nicht zu einer Auseinandersetzung kommen, so bleibt nur der Rechtsweg offen. Dagegen ist der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht befugt, zur Beseitigung der Streitpunkte auf Antrag einen Sachverständigen zu ernennen. Allerdings hat **RG. 15** 80 angenommen, daß bei Streitigkeiten auf Verlangen die den Parteien gemeinsam obliegende Aufgabe auf Kosten der bisherigen Gesellschafter durch einen in analoger Anwendung des § 146 Abs. 2 durch das Gericht zu ernennenden Sachverständigen erfolgen müsse. Diese beiläufige Bemerkung

des RG. ist aber nicht zutreffend, bezieht sich auch nur auf das frühere Recht. Eine analoge Anwendung des § 146 Abs. 2 erscheint unzulässig. Es erscheint weder zutreffend mit Staub, HGB. 593 Anm. 6, dem Prozeßrichter die Ernennung eines Sachverständigen zuzuweisen, noch auch mit Brand, HGB. 392 Anm. 6 A b γ, den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit hiermit zu betrauen. Vielmehr ist in Ermangelung einer dahingehenden Vorschrift die Ernennung eines besonderen Sachverständigen untunlich und kann auch nicht deshalb begehrt werden, weil nach § 738 BGB. der Wert des Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln ist. Läßt sich eine Einigung über den Wert nicht erzielen, so muß der Prozeßrichter angerufen werden, der sich aber nicht auf die Ernennung des Sachverständigen zu beschränken, sondern den Streit im Rahmen der Parteianträge zu entscheiden hat und dabei möglicherweise über den Wert des Vermögens Sachverständige vernehmen wird.

§ 139. Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters. 1. Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 272. Wenn unter den Gesellschaftererben sich Minderjährige befinden, so ist gleichwohl eine obervormundschaftliche Genehmigung nach § 1822 Ziff. 3 BGB. nicht nötig.

2. Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 272. Der Eintritt — oder richtiger: der Verbleib — der Erben an Stelle des Erblassers ist anmeldungspflichtig nach § 107 HGB., unterliegt also auch dem Ordnungszwange. Ob das Einschreiten des Registerrichters während des gesetzlichen Schwebezustandes, wie es sich aus dem Wahlrechte des § 139 ergibt, geboten ist oder nicht, hat das Gesetz nicht geregelt; es ist also jedenfalls nicht ausgeschlossen, muß also bei der Regel bewenden. AM. Staub Anm. 29.

§ 140. Ausschließung eines Gesellschafters. **RG.** JW. **13** 548, R. **13** Nr. 2622. Die Ausschließung eines Gesellschafters durch Richterspruch kann nur durch Klage oder Widerklage, aber nicht einredeweise begehrt werden.

§ 142. Geschäftsübernahme durch einen der beiden Gesellschafter. **RG.** JW. **13** 1109. Nach Auflösung der oHG. und Übernahme der Aktiven durch einen Gesellschafter kann ein Lieferungsvertrag nicht an den anderen Gesellschafter mit befreiender Wirkung erfüllt werden.

§ 143. Vgl. § 138. Anmeldung der Auflösung und des Ausscheidens 1. Anmeldungspflichtiger. Subjekt der Anmeldung im Falle des § 131 Ziff. 5. HoldheimsMSchr. **13** 106. Erfolgt die Auflösung infolge Konkurses eines Gesellschafters, so ist strittig, ob auch der, dessen Konkurs Anlaß zur Auflösung bot, anzumelden hat oder für ihn sein Konkursverwalter. Der letzteren Ansicht ist Staub (9) § 148 Anm. 3. Er übersieht aber, daß die Anmeldung kein materiell-rechtlicher Dispositionsakt ist, also mangels besonderer Gesetzesvorschrift dem Kridar als Mitverpflichteten bleibt. Aus § 146 Abs. 3 folgt nichts Gegenteiliges.

2. ZBlFG. **13** 370, DNotV. **13** 670, R. **13** Nr. 2875 (Hamburg). Die Verpflichtung zur Anmeldung der geschehenen Auflösung kann von dem einen Gesellschafter nicht zurückgehalten werden wegen Gegenforderung an den anderen Gesellschafter.

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§ 146. Liquidatoren. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 212, WarnE. **6** 195. Die rechtliche Stellung der Liquidatoren, die nicht selbst Gesellschafter sind, ist, soweit nicht die §§ 145ff. Anordnungen treffen, nach den §§ 662, 675 BGB. zu beurteilen. Das gilt auch für die gerichtlich ernannten Liquidatoren; dem Gerichte steht eine Einwirkung auf die Tätigkeit der Liquidatoren nicht zu. Bei der

Erfüllung ihrer Aufgabe haften die Liquidatoren nach § 276 BGB. Wie sie bei Umsetzung des Vermögens in Geld verfahren wollen, ist ihrem pflichtgemäßen Ermessen überlassen; sie dürfen das Vermögen auch im ganzen veräußern, und es bedarf insbesondere bei Immobilien nicht notwendig einer öffentlichen Versteigerung.

2. Juristische Personen als Liquidatoren. HoldheimsMSchr. **13** 107. Vgl. § 295.

3. Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 302. Recht und Pflicht des Registerrichters, auf Anruf Beteiligter die Liquidatorentätigkeit zu überwachen und zu leiten (vgl. § 66 GmbHG.).

4. Abs. 2. Recht des Gläubigers zum Antrag auf Bestellung eines gerichtlichen Liquidators. *Haase, JW. **13** 719 ff. Das Recht, aus wichtigen Gründen die Bestellung eines Liquidators zu beantragen, ist entgegen der herrschenden Meinung jedem Gesellschaftsgläubiger zuzubilligen und nicht nur dem Gläubiger, der nach § 135 HGB. verfahren ist. Beim Wegfalle des Liquidators oder auch nur eines von mehreren Liquidatoren fehlt der Liquidationsgesellschaft die gesetzliche Vertretung. Ein geordneter Rechtsverkehr ist daher unmöglich. An der Beseitigung dieses Zustandes haben die Gläubiger der Gesellschaft meist ein noch größeres Interesse als die Gesellschafter. Die Verweisung des Gesellschaftsgläubigers auf § 135 HGB. genügt nicht, da nach Auflösung der Gesellschaft für die Kündigung kein Raum mehr ist, das Verfahren gemäß § 135 HGB. auch ein umständlicher und kostspieliger, daher überflüssiger Umweg wäre. Ebensowenig nützt dem Gläubiger die Möglichkeit, gemäß § 57 ZPO. die Liquidationsgesellschaft zu verklagen. Die Notwendigkeit allmählicher Abwickelung der Geschäfte macht gerade Verhandlungen und Vereinbarungen erforderlich; Prozesse können sie nicht ersetzen und laufen dem Interesse des Gläubigers häufig direkt zuwider. Der Gläubiger muß deshalb in der Lage sein, sich in dem Liquidator einen Gegenkontrahenten zu schaffen, der die Vertragspflichten der Gesellschaft freiwillig und im geordneten Geschäftsverkehr erfüllen kann. Das Antragsrecht des Gläubigers, das hiernach aus praktischen Gründen unerläßlich ist, ist mit dem Gesetze vereinbar. Der Kreis der „Beteiligten" ist im § 146 HGB. nicht erschöpfend umschrieben. In der Rechtsprechung ist auch anderen als den im § 146 HGB. Genannten — z. B. dem Liquidator — ein Antragsrecht zuerkannt. Läßt man aber eine Erweiterung des Kreises grundsätzlich zu, so können für die Frage, wie weit man den Kreis zieht, nur die wirtschaftlichen Bedürfnisse maßgebend sein, sofern dies mit dem Ziele der Liquidation vereinbar ist. Die Liquidatoren haben gerade die Aufgabe, die laufenden Geschäfte zu beenden und die Gläubiger zu befriedigen. Dies zu ermöglichen, liegt daher durchaus im Rahmen des gesetzlichen Zweckes der Liquidation.

§ 148. RJA. **12** 217, DNotV. **13** 670, ZBlFG. **14** 395, R. **13** Nr. 1364 (KG.). Der Zeitpunkt des Ausscheidens des Liquidators ist nicht in das Handelsregister einzutragen.

§ 149. Rechtsstellung der Liquidatoren. Klage eines Liquidators gegen den Mitliquidator auf Auszahlung seines Privatkontos. LeipzZ. **13** 402 (Celle). An sich ist der Beklagte als einer der mehreren Liquidatoren zur Verfügung über Gesellschaftsvermögen nicht befugt, da die Liquidatoren nach § 150 gemeinschaftlich handeln müssen. Ein Anspruch gegen den anderen Mitliquidator auf Beseitigung seines Widerspruchs gegen die begehrte Auskehrung vom Gesellschaftsvermögen könnte daher nur in Frage kommen, wenn es sich um die Geltendmachung eines rein gesellschaftlichen Verteilungsanspruchs handelte. Das würde der Fall sein bei einem Anspruch auf vorläufige Verteilung entbehrlicher Gelder unter die Gesamtheit der Gesellschafter

nach § 155 Abs. 2. Der Anspruch des Klägers zielt aber nicht auf eine Auseinandersetzung hinsichtlich des erzielten Gesellschaftsgewinns ab, sondern stützt sich darauf, daß die geforderte Summe sich aus solchen Beträgen zusammensetze, die nach der getroffenen Vereinbarung (als nicht abgehobener Gewinn) dem Privatkonto des Klägers zugeschrieben worden seien. Es handelt sich also um ein reines Forderungsrecht gegen die Gesellschaft, um Bezahlung einer Gesellschaftsschuld. Kläger steht hier der Gesellschaft nicht anders gegenüber als jeder andere Gläubiger. Der Anspruch muß also gegen die Gesellschaft in Liquidation erhoben werden, und da nur alle Liquidatoren gemeinsam die Gesellschaft vertreten können, Kläger aber auch Liquidator ist, muß die vorgeschriebene Vertretung der Gesellschaft durch Wahl oder gerichtliche Ernennung eines anderen Liquidators beschafft werden.

Anhang. I. Steuern.

1. WürttRpflZ. **25** 58 (VGH.). Durch den Austritt eines Gesellschafters aus einer oHG. wird eine Neueinschätzung des von dieser betriebenen Gewerbes im Laufe des Steuerjahrs nicht gerechtfertigt.

2. PrOVG. **62** 394. Ist eine oHG. Teilhaberin an dem Unternehmen einer GmbH., so unterliegen die Mitglieder der oHG. der Gemeindeeinkommensteuer nicht nur in den Gemeinden, in denen ein Gewerbebetrieb der oHG. stattfindet, sondern auch in denjenigen, in welchen sich eine Betriebsstätte der GmbH. befindet.

3. PrOVG. **62** 420. Hat eine oHG. Vermögenswerte in eine neue AG. eingebracht und dafür Aktien erhalten, so bilden diese Aktien einen Teil des Betriebskapitals der oHG. Die Dividenden daraus gehören zum gewerblichen Einkommen der Handelsgesellschaft und sind, falls die Handelsgesellschaft mehrere Betriebsstätten hat, auf sämtliche Betriebsgemeinden zu verteilen.

Anhang. II. Stempel und Gebühren.

1. PrStempStG. **RG. 79** 137. Die Erhebung des durch Tarif 25a Anmerkung des PrStempStG. in der Fassung vom 30. Juni 1909 verordneten Stempels erfolgt auch dann, wenn die Eintragung der inländischen Zweigniederlassung in das Handelsregister zwar nach dem Inkrafttreten des Gesetzes erfolgt, der ausländische Gesellschaftsvertrag aber vor diesem Zeitpunkte geschlossen ist. Vgl. JDR. **11** Anhang hinter § 157 II 1 d.

2. BayGebührenG. BayObLG. **14** 192, BayNotZ. **13** 228. Die oHG. ist vom Standpunkte der BayGebührenO. als ein von den Personen der einzelnen Gesellschafter verschiedenes Rechtssubjekt aufzufassen. Wenn bei einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden oHG. der eine Gesellschafter ausscheidet und der andere das Geschäft mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation übernimmt, so geht damit ein Eigentumswechsel vor sich, der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen ohne besonderen Übertragungsakt auf den das Geschäft übernehmenden Gesellschafter über; für die Eigentumsveränderung wird die Besitzveränderungsgebühr, und zwar aus dem vollen Werte der bisherigen Gesellschaftsanteile geschuldet. Für diese Gebührenbewertung ist die etwaige Verwandtschaft der Gesellschafter untereinander ohne Belang, die Gebührenermäßigung des Art. 146 Abs. 1 Ziff. 1 GebührenG. daher nicht anwendbar.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

§ 161. 1. Eidesleistung. SächsOLG. **34** 315, SeuffA. **67** 475 f. JDR. **11** § 161 Ziff. 2.

2. SächsOLG. **34** 315. Zur Anmeldung der Zweignieder-

lassung einer Kommanditgesellschaft bedarf es der Mitwirkung der Kommanditisten.

§ 162. RJA. **12** 60, ZBlFG. **13** 507, DNotV. **13** 669, DJZ. **13** 412 (KG.). Das Registergericht ist nicht befugt, die Eintragung eines Kommanditisten im Handelsregister von Amts wegen deshalb zu löschen, weil die der Eintragung zugrunde liegende Anmeldung nicht von sämtlichen Gesellschaftern bewirkt worden ist. (S. a. § 108.)

§ 163. **RG.** LeipzZ. **13** 854. Es ist rechtlich unzutreffend, daß sich der neu eintretende Kommanditist unter allen Umständen dem zwischen dem ausscheidenden Kommanditisten und dem persönlich haftenden Gesellschafter bestehenden Vertrage dann unterwerfe, wenn er diesen Vertrag kennt. Ein so allgemeiner Rechtssatz ist in WarnE. **12** Nr. 424 nicht ausgesprochen, vielmehr ist dort ausdrücklich gesagt, daß im Einzelfalle zu prüfen sei, in welcher Richtung sich der Wille der Parteien bewegt habe.

§ 177. I. Übergang des Kommanditanteils eines Kommanditisten auf seine Erben; Eintragung. 1. HansGZ. **12** Hptbl. 283 (Hamburg). Nur natürliche oder juristische Personen können Kommanditisten sein, nicht aber eine Erbengemeinschaft. Deshalb ist die Eintragung der Erben des verstorbenen Kommanditisten in ungeteilter Erbengemeinschaft unzulässig. In der Anmeldung zum Handelsregister muß also angegeben werden, zu welchen Teilen die Vermögenseinlage des verstorbenen Kommanditisten auf seine einzelnen Erben übergegangen ist, und der der Anmeldung beigegebene Erbschein muß entnehmen lassen, daß eine Erbteilung stattgefunden hat, und in welcher Höhe jedem der Erben der Kommanditanteil zugeteilt worden ist.

2. KGJ. **44** 132, RJA. **12** 229, ZBlFG. **14** 403, DNotV. **13** 668, R. **13** Nr. 1365. Stirbt ein Kommanditist, so tritt die Gesamtheit der Erben in die Kommanditistenstellung ein. Will jeder einzelne Miterbe für sich die selbständige Stellung eines Kommanditisten erlangen, so bedarf es des Abschlusses eines besonderen Vertrags unter den Gesellschaftern. Bei diesem Vertrage muß ein minderjähriger Erbe, dessen gesetzlicher Vertreter ebenfalls als Kommanditist in die Gesellschaft eintreten will, durch einen besonderen Pfleger vertreten werden.

II. Liquidation der Gesellschaft. RJA. **12** 217, R. **13** Nr. 1364 (KG.). Eine Änderung in den Personen der Liquidatoren einer Kommanditgesellschaft ist nicht nur von den persönlich haftenden Gesellschaftern, sondern auch von den Kommanditisten zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Zeitpunkt des Ausscheidens eines Liquidators ist nicht in das Handelsregister einzutragen.

III. Umwandlung in eine AG. **RG.** JW. **13** 1040, BauersZ. **21** 27. Die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft können gegen den Widerspruch des einzigen Komplementars auf erhobene Klage für befugt erklärt werden, die Gesellschaft in eine AG. umzuwandeln.

Anhang. VerwA. **34** 859 (OVG.). Umsatzsteuer bei Umwandlung einer oHG. in eine Kommanditgesellschaft.

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Vorbemerkung.

1. Literatur. Schwandt, Die deutschen Aktiengesellschaften im Rechtsverkehre mit Frankreich und England. Eine Besprechung dieses Werkes s. ABürgR. **38** 396.

2. BauersZ. **20** 109. Reform des belgischen Aktienrechts.

3. Erteilung gewerblicher Konzessionen an AG. BauersZ. **20** 104. Das PrOVG. hat den in **9** 286 seiner Entscheidungen vertretenen Stand-

punkt, daß die Erteilung einer gewerblichen Konzession an juristische Personen unzulässig sei, aufgegeben. Vgl. PrOVG. **56** 378. Hier ist ausgeführt: einer Prüfung der Frage, ob Tatsachen dafür vorliegen, daß eine juristische Person als unzuverlässig in bezug auf den Gewerbebetrieb anzusehen sei (§ 33 GewO.), stehen aus dem Wesen der juristischen Person herzuleitende Bedenken nicht entgegen. Dieser Prüfung sind die zur Vertretung der juristischen Person berufenen Organe zu unterwerfen. Die GewO. rechnet selbst mit der Notwendigkeit der Konzessionierung juristischer Personen (arg. § 33 Abs. 5 u. 6, der die Anwendung des § 33 Abs. 1—4 auf gewisse Vereine vorschreibt). Wie das PrOVG. hat auch das **RG. 80** 111 entschieden. Vgl. auch **RG. 80** 427. Ebenso der BayVGH. (**24** 199) und der braunschweigische (GewA. **9** 76).

§ 179. Aktie, Genußschein. 1. Übertragung der Aktie. Marcuse, HoldheimsMSchr. **13** 253. Die Übergabe kann ersetzt werden durch Besitzkonstitut oder dadurch, daß der Veräußerer den ihm gegen einen Dritten zustehenden Herausgabeanspruch dem Erwerber abtritt; das gilt nicht nur für die Inhaber-, sondern auch für die Namensaktie. War der Veräußerer nicht Eigentümer, so wird der Erwerber einer Inhaberaktie bei gutem Glauben gleichwohl Eigentümer und zwar auch, wenn die Aktie gestohlen oder sonst abhanden gekommen war; beim Erwerbe von einem Bankier braucht sich der gute Glaube nur auf die Veräußerungsbefugnis zu beziehen. Sind Namensaktien ausgegeben, so wird der Zessionar, da die §§ 398 ff. BGB. den Schutz des guten Glaubens nicht anerkennen, nur dann Eigentümer, wenn der Veräußerer Eigentümer war, während der Indossatar geschützt ist, wenn er in bezug auf das Eigentum oder die Veräußerungsbefugnis gutgläubig ist. Befinden sich auf der Aktie teils Indossamente, teils Abtretungserklärungen, so wird ein Mangel im Rechte eines Vorzessionars durch Erwerb des ersten gutgläubigen Indossatars geheilt. Bei der vinkulierten Namensaktie ist Schutz des guten Glaubens ausgeschlossen. Die Erschwerung der Übertragbarkeit ist hier auf der Aktie zu vermerken, ohne daß der Mangel dieses Vermerkes den gutgläubigen Erwerber zum Eigentümer macht. Bei Übertragung nichtiger, unechter, amortisierter, kaduzierter Aktien geht die in der Aktie verbriefte Berechtigung ohne Rücksicht auf guten Glauben nicht auf den Erwerber über; anders bei einer im Widerspruche mit dem Gesetz amortisierten Aktie. Bei zu Unrecht erfolgter Kaduzierung einer Namensaktie ist nicht die neue, sondern nur die alte Aktie gültig; der gutgläubige Erwerber der neuen Aktie erwirbt also kein Recht. Ähnlich, wenn die Kraftloserklärung einer Aktie mit Erfolg angefochten ist. Bei den vor der Ausgabe gestohlenen oder vom Vorstand eigenmächtig ausgegebenen Namensaktien ist kein Erwerb von Mitgliedschaftsrechten möglich; das gleiche gilt für Inhaberaktien, § 794 BGB. findet keine Anwendung. Wenn ein gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungsbeschluß die Grundlage des Aktienerwerbes bildet, dann ist zu unterscheiden, ob der Beschluß anfechtbar oder unbedingt nichtig ist.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 278. Inhaber der Aktie im Sinne des § 179 ist nur, wer das Papier in seiner unmittelbaren Gewalt hat, wer in der Lage ist, es jederzeit vorlegen zu können.

3. *Dalberg, LeipzZ. **13** 897. Genußscheine sind keine Schulden der Gesellschaft; es sind Dividendenansprüche, deren Wirksamkeit von dem Vorhandensein eines Reingewinns abhängt. Sie spielen daher in der Bilanz der AG. keine Rolle.

§ 182. Gesellschaftsvertrag. 1. Sitz. Ritter, ABürgR. **38** 398, erörtert die Frage, welche Folgen ein Beschluß über Verlegung des Sitzes ins Ausland hat, ob insbesondere (so Staub 1087) ein solcher Beschluß die Auflösung nach sich zieht.

2. Geschäftsverlegung. HoldheimsMSchr. **13** 135 wendet sich gegen

RJA. **10** 247 (KG.), wo ebenso wie zu Staub, § 182 Anm. 17, die Ansicht vertreten wird, eine AG., die einen statutarisch bestimmten Sitz hat, müsse bei Verlegung ihrer „Geschäftsstelle" an einen anderen Ort an diesem letzteren eine Zweigniederlassung errichten.

3. Erwerb eines Handelsgeschäfts nebst Firma durch eine AG.; Registereintrag. RJA. **12** 222, DNotV. **13** 671, ZBlFG. **14** 398 (KG.). Wenn eine AG. zu ihrem Unternehmen noch ein bestehendes Handelsgeschäft dazu erwirbt, ist es jedenfalls nicht möglich, daß die AG. neben ihrer alten Firma die erworbene Firma führt. Das folgt, wenn sie das erworbene Geschäft mit dem bisher von ihr betriebenen vereinigt, aus dem allgemeinen Grundsatze der Firmenwahrheit. Es gilt aber ebenso, wenn das erworbene Geschäft getrennt betrieben wird; denn die AG. darf in jedem Falle nur eine Firma haben. Diesem Grundsatze würde es entsprechen, wenn im Handelsregister eingetragen würde, daß das Geschäft XX. mit der Firma auf die AG. übergegangen sei. Kann aber die Fortführung der Firma durch die AG. nicht in Frage kommen, so ergibt sich schon hieraus ohne weiteres, daß eine Eintragung, daß der Übergang der im Betriebe des Geschäfts begründeten Forderungen und Verbindlichkeiten der Verkäuferin auf die AG. ausgeschlossen sei, nicht angängig ist; denn eine solche Eintragung hat nach § 25 HGB. die Fortführung der Firma zur Voraussetzung.

§ 184. Emission unter und über Pari (vgl. § 262). 1. *Dalberg, LeipzZ. **13** 881. Das Agio ist ein Teil der Vermögenseinlage des Aktionärs in die Gesellschaft, kein Gewinn, und ist dementsprechend privatrechtlich wie auch steuerrechtlich zu behandeln.

2. *Dalberg, LeipzZ. **13** 888. Ist im Gesellschaftsvertrag einer AG. nicht bestimmt, daß eine Aktienausgabe für einen höheren Betrag als den Nennwert statthaft ist (§ 184 Abs. 2 HGB.), so kann bei einer gut rentierenden Gesellschaft die Ausgabe neuer Aktien nur an die Aktionäre selbst erfolgen. Ein Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre durch Ausgabe der Aktien an Fremde zu dem (niedrigen) Parikurse würde gegen Sonderrechte der Aktionäre verstoßen (§ 35 BGB.), denen dadurch ein Teil ihres gesellschaftlichen Vermögens entzogen würde.

§ 185. Vorzugsaktien. 1. HansGZ. **13** Hptbl. 169 (Hamburg). Vorzugsaktien verlieren ihren Charakter als Vorzugsaktien nicht dadurch, daß alle bisherigen Stammaktien ebenfalls zu Vorzugsaktien erklärt werden.

2. HansGZ. **13** Hptbl. 169 (Hamburg). Wenn die Stammaktien den bisherigen Vorzugsaktien gleichgestellt werden, diese bisherigen Vorzugsaktien aber ein Recht auf Dividendennachbezug behalten, das den früheren Stammaktien nicht gewährt wird, dann sind zwei verschiedene Gattungen von Vorzugsaktien vorhanden.

3. *Dalberg, Zur Sanierung von Aktiengesellschaften, JW. **13** 519 ff., ZAktWes. **13** 185. Für die Beurteilung der Frage, ob bei der Sanierung einer AG. eine Verletzung der Gleichberechtigung der Aktionäre oder von Sonderrechten derselben vorliegt (§§ 35 BGB., 185 HGB.), und zwar dadurch, daß diejenigen alten Aktien, auf welche die Zuzahlung nicht geleistet wird, in stärkerem Verhältnisse zusammengelegt werden, als diejenigen, auf welche zugezahlt wird, oder daß an die Zuzahlung unverhältnismäßige Vorteile geknüpft werden, ist nicht der Nennwert der alten Aktien, sondern deren wahrer Wert (event. Kurswert) maßgeblich. Der wahre Wert der alten Aktien ist zu dem Werte, den die Neueinzahlung darstellt, in Vergleich zu setzen und danach zu entscheiden, wie weit die Zusammenlegung der Aktien ohne Zuzahlung und derjenigen Mitzuzahlung gehen darf bzw. wie große Vorteile an die Zuzahlung geknüpft werden dürfen. In einer erheblicheren Verletzung dieses Verhältnisses liegt eine Ungleichbehandlung der Aktionäre bzw. eine Verletzung von Sonderrechten, welche dem Gesetze zuwiderläuft.

4. Fischer, JheringsJ. **53** 195, Zweck der AG. und Stellung des Aktionärs, behandelt die Frage der Sonderrechte der Aktionäre. Das Nähere s. § 250 Ziff. 3.

§ 186. I. Sondervorteile. 1. Notwendigkeit und Umfang der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag. BauersZ. **21** 28. Über Auslegung des § 186 Abs. 1 u. 2 herrscht Streit. Während die eine Ansicht im Anschluß an das **RG.** JW. **04** 182, LeipzZ. **08** 297, **09** 309 auch die spätere Festsetzung der erwähnten Rechtsgeschäfte im Gesellschaftsvertrage mit ³/₄ Mehrheit für zulässig erklärt, erfordert die andere hierzu die Einstimmigkeit aller Aktionäre, und ein Schriftsteller bestreitet überhaupt die Möglichkeit, im Wege der Statutenänderung derartige Rechtsverhältnisse noch in den Gesellschaftsvertrag zu bringen. Es ist zu unterscheiden. Gründergewinn kann, weil mit der Errichtung der Gesellschaft zusammenhängend, nur im Gesellschaftsvertrage gültig zugebilligt werden. Das gleiche gilt, wenn es sich um besondere Vorteile zugunsten eines Aktionärs handelt. Einlagen auf das übernommene Grundkapital lassen sich, weil nur bei Gründung oder Kapitalserhöhung möglich, nur im Gesellschaftsvertrag ausbedingen. Dagegen ist die Übernahme von Vermögensgegenständen seitens der AG. von einem Aktionär jederzeit möglich und bedarf der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag nur, wenn sie mit der Gründung oder Kapitalserhöhung zusammenhängt.

2. Notwendigkeit und Umfang der notariellen Verlautbarung. **RG. 81** 404, BauersZ. **20** 270, R. **13** Nr. 1204. Für den gesamten Inhalt des Gesellschaftsvertrags, also auch für die zugunsten eines Aktionärs bedungenen besonderen Vorteile, ist Feststellung in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung zwingend vorgeschrieben. Allerdings ist nicht erforderlich, daß die Abmachungen in allen Einzelheiten in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Jedoch müssen die dem einzelnen Aktionär zugesicherten besonderen Vorteile, ebenso wie der Gegenstand der Einlage oder Übernahme und der Betrag der Aktien und der sonstigen Gegenleistung in dem Vertrage selbst mit hinreichender Deutlichkeit angegeben werden.

3. **RG.** R. **13** Nr. 2165. Es erscheint nicht ausgeschlossen, zwecks Gründung der AG. einzelnen Förderern der Gründung Gratisaktien in der Form der Wiederabnahmezusage zuzusichern.

II. Sacheinlage. a) Wiederkaufsrecht bei Sacheinlagen. **RG. 81** 404, BauersZ. **20** 270, R. **13** Nr. 1205. Die Einlagen der Aktionäre sollen endgültig in das Vermögen der AG. übergehen und in und mit diesem der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienen. Deshalb ist bei Sacheinlagen die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts unzulässig. Die Zurückforderung der Einlage eines Aktionärs soll nicht nur während des Bestehens der Gesellschaft, sondern auch im Falle ihrer Auflösung ausgeschlossen sein. **b)** BauersZ. **20** 251 (KG.). Prüfungspflicht des Registerrichters bei Einbringung von Sacheinlagen, die sich im Auslande befinden, vgl. § 195 Ziff. 1.

§ 189. Aktienzeichnung. I. Wesen der Aktienzeichnung. Kraft, JW. **13** 177. Die Aktienzeichnung ist die vertragliche Verpflichtung, gegenüber der ebenso wie der nasciturus bereits in gewissem Umfange mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten, entstehenden AG. (der Aktienvorgesellschaft), zur Entwicklung der AG. aus der Vorgesellschaft durch Übernahme eines bestimmten Aktienkapitals mitzuwirken. Die Gründer haben aus dieser vertraglichen Verpflichtung ein Klagrecht auf Einforderung des bar zu zahlenden Teiles des Zeichnungsbetrags, und zwar handeln die Gründer hierbei als gesetzliche Vertreter der Vorgesellschaft.

II. Willensmängel, Anfechtung der Aktienzeichnung, Schadensersatz falscher Prospektangaben. 1. Kraft, JW. **13** 177. **ROHG.** und **RG.** haben in ständiger Rechtsprechung mit Rücksicht auf den

rechtspolizeilichen Charakter der weit über die Sphäre der Vertragsteile hinaus wirkenden Zeichnungserklärung deren Anfechtung wegen Irrtums oder Betrugs ausgeschlossen. Rechtspolizeiliche Erwägungen wachsen aber nicht auf dem Boden des Rechtes, sondern auf dem der Zweckmäßigkeit und sind deshalb nicht die geeignete Grundlage für die Aufstellung allgemeiner Rechtsgrundsätze; mit Recht sagt Makower, HGB. 367, daß das angeblich zur Abweichung von den §§ 116 f. BGB. zwingende rechtspolizeiliche Interesse im Gesetz kein Ausdruck gefunden habe und daß es daher willkürlich sei, wo man die Grenze für das Überwiegen jenes Interesses ziehe. Aus der Tatsache, daß das Gesetz die AG. mit ganz besonderen, ins einzelne gehenden Schutzvorschriften gegen die Benachteiligung Dritter, sowohl der Aktionäre wie der Gläubiger versehen hat, muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber damit die beabsichtigten Schutzmaßregeln hat erschöpfen wollen. Danach ist es willkürlich und unzulässig, die §§ 116 ff. BGB. für die im Zeichnungsscheine liegende Willenserklärung auszuschalten. Anders wird die Rechtslage mit dem Zeitpunkte der Eintragung der AG. in das Handelsregister. Aus dem Wesen der AG. ergibt sich, daß die Möglichkeit der Anfechtung mit dem Zeitpunkte der Eintragung der AG. aufhört. Was weiter die Frage vom Schadensersatzanspruch anlangt, der nur bei Kapitalserhöhung entstehen kann, nicht bei Gründung, da es bei dieser an einem Organe fehlt, dessen Verschulden die Gesellschaft haftbar machen könnte, so ist die Frage, ob bei Erhöhung des Aktienkapitals arglistige Täuschung des auf das Aktienerhöhungskapital Zeichnenden durch den Vorstand oder ein Vorstandsmitglied Schadensansprüche gegen die AG. begründe, mit dem RG. zu verneinen; denn der Schadensersatzanspruch ist weiter nichts als ein Surrogat der Anfechtung und darum ebenso wie diese ausgeschlossen. Die bisherigen Darlegungen beziehen sich nur auf den Fall, daß der Aktionär wirklich hat zeichnen wollen. Entspricht aber die auf den Aktienerwerb gerichtete Erklärung nicht dem Willen des Erwerbers, entspricht insbesondere der Zeichnungsschein nicht dem Willen des Zeichnenden, infolge Unkenntnis seines Inhalts, Fälschung oder Zwanges, so hat er zwar äußerlich das Gepräge einer Beteiligungsverpflichtung, ist aber tatsächlich eine solche nicht, ist also unwirksam. Die AG. kommt also von vornherein nur mit einem um den Betrag dieser nichtigen Zeichnung gekürzten Kapitale zur Entstehung. Der Erwerb des Aktienrechts auf Grund Zeichnung oder Übernahme ist originär. Daneben steht der abgeleitete Aktienerwerb durch Kauf oder sonstige Veräußerungsgeschäfte. Ursprünglich hat man zwischen beiden Erwerbsarten einen Unterschied hinsichtlich des Einflusses von Willensmängeln nicht gemacht. Dagegen hat das **RG. 68** 309 (für einen eine GmbH. betreffenden Fall) und **71** 97 (Fall einer AG.) die Anfechtbarkeit und den Schadensersatzanspruch im Falle abgeleiteten Erwerbes für zulässig erklärt, da der Gesetzgeber keine Vorsorge dagegen treffen könne, daß die einmal ins Leben getretene AG. bei ihrer Betätigung im Verkehrsleben keine Einbuße an ihrem Grundkapital erleide. Das Urteil **RG. 72** 291, das den in **71** 97 aufgestellten Grundsatz zwar aufrechterhält, aber in einem Falle, wo jemand noch nicht voll eingezahlte Aktien erwarb, den Einwand der arglistigen Täuschung zurückwies, ist nicht haltbar.

2. *Simon, LeipzZ. **13** 11. Die Ablehnung der Anwendung der Grundsätze über die Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung oder -übernahme auf die Beteiligung durch rechtsgeschäftlichen Erwerb von Aktien (Kauf) nach vollzogener Gründung oder Kapitalserhöhung in **RG. 71** 97 ist unhaltbar, aus wirtschaftlichen wie aus rechtlichen Gründen. Wirtschaftlich: es würde nie übersehbar sein, welche Gläubigerrechte außer den aus den Büchern ersichtlichen von seiten der Aktionäre gegen die AG. erhoben werden könnten. Daher würden Sanierungen zusammengebrochener Gesellschaften unmöglich sein, sind auch bereits deswegen gescheitert. Bei schwächeren

Gesellschaften, bei denen nur einmal infolge ihrer schlechten Lage eine nicht richtige Bilanz aufgestellt worden sei, könnte durch solche Ansprüche die sonst mögliche Fortexistenz unmöglich gemacht werden. Auf die juristische Konstruktion — Erwerb durch Zeichnung oder Erwerb durch Kauf — kommt es nicht an; im wirtschaftlichen Leben weiß man, daß man nicht deswegen Gläubiger sein kann, weil man Aktionär geworden ist. — Rechtlich: Fälle, in denen die Einlage direkt zurückgewährt wird, sind selten; § 213 ist daher gerade für Transaktionen bestimmt, die materiell zu einer Zurückzahlung der Einlage führen, ohne es formell zu sein. Bei der Auslegung des RG. würden die Aktionäre mit den Gläubigern im Konkursfalle konkurrieren, während sie ihnen nach der ganzen Struktur des Aktienwesens gerade nachstehen sollen. Bei der Anfechtung des Aktienerwerbes auf Grund der Ausübung von Bezugsrechten würde sich ergeben: die Ausübung eines direkten Bezugsrechts würde unanfechtbar sein, auch kann die Gesellschaft nicht auf Schadensersatz deswegen in Anspruch genommen werden. Die Ausübung eines indirekten Bezugsrechts (wenn eine Bank die jungen Aktien mit der Verpflichtung übernommen hat, sie den Inhabern der alten zum Bezug anzubieten) würde dagegen dazu führen können, daß die Gesellschaft den gezahlten Preis in der Form des Schadensersatzes zurückgewähren muß. Das wäre ein zwar für Anhänger formaler Konstruktionsjurisprudenz denkbares, vom gesetzgeberischen Standpunkt aus aber undenkbares Ergebnis. Gemäß § 43 BörsG. müßten, wenn die jetzige Ansicht des RG. richtig wäre, AG., deren Aktien auf Grund eines unrichtigen Prospekts an der Börse eingeführt werden, zwar nicht den ursprünglichen Zeichnern, wohl aber deren Abnehmern an der Börse das Geld zurückgeben; auch das kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben. Das Gesetz kann zwar die AG. nicht gegen schlechte Geschäftsführung durch den Vorstand schützen; hier handelt es sich aber um die Verletzung zwingenden Rechtes durch den Vorstand. Auch bei der hier vertretenen Auslegung enthält § 213 kein Privileg der AG. im Verkehrsleben, sondern nur die Anwendung des Grundsatzes: *das Risiko, das die Aktionäre durch Übernahme der Aktien eingegangen sind, können sie auf jeden anderen überwälzen, nur nicht auf die AG.* Wird der Unterschied zwischen Aktionär und Gläubiger verwischt, so fällt damit eine Grundlage unseres ganzen Aktienwesens.

3. Im Gegensatze zu *Simon* erklärt sich *Breit*, LeipzZ. **13** 337, für die vom **RG. 71** 97 vertretene *Prospekthaftung* der AG. Er führt aus: unbestreitbar ist freilich, daß die allgemeinen Sätze, die den Entscheidungen **RG. 54** 128 und **62** 29 über die Anfechtbarkeit der Aktienzeichnung zugrunde liegen, mit der Anerkennung der Prospekthaftung nicht recht zu vereinigen sind. (*Breit* ist der Ansicht, daß, wenn man die Frage der *Anfechtbarkeit der Aktienzeichnung* ohne Abwägung der Interessen der in Frage stehenden Personenkreise lediglich auf Grund der Gesetzesparagraphen beantworten wolle, man notwendig zur Anwendung der §§ 119 ff. BGB. auf die Aktienzeichnung kommen müsse.) Weiter ist richtig, daß der Standpunkt des RG. die Sanierung der AG. erschweren kann, und daß das Konkurrieren der Aktionäre als Gläubiger eine Verkürzung der übrigen Gesellschaftsgläubiger herbeiführt. Aber so sehr bei der Rechtsfindung wirtschaftliche Interessen mitsprechen müssen, so darf das doch nicht dazu führen, im Wortlaute des Gesetzes begründete und zudem der Billigkeit entsprechende Ansprüche deshalb nicht anzuerkennen, weil der Schuldner dadurch in finanzielle Schwierigkeiten geraten würde und die Gefahr besteht, daß seine gefährdete Lage weitere Kreise in Mitleidenschaft zieht. Das Gesetz, und zwar sowohl § 45 BörsG. wie § 213 HGB., schließen die Prospekthaftung der AG. nicht aus. Was das BörsG. anlangt, so ist zweifellos, daß der Prospekt auch von der Gesellschaft selbst „erlassen“ werden kann. Wer mit *Simon* die Haftung einer AG. aus unrichtigem Prospekte dann ablehnt, wenn eigene Aktien im Prospekt angeboten werden, muß entweder, da dieses Verfahren der Prospek-

tierung eigener Aktien allgemein üblich, in zahlreichen Fällen jede Haftung aus Prospekten ablehnen, womit er der Unsolidität Tür und Tor öffnen würde, oder er muß (so Werner, LeipzZ. **08** 592) verlangen, daß die Zulassungsstellen nur solche Prospekte zulassen dürfen, die außer von der AG. noch von einer zweiten Firma als Prospektgaranten unterzeichnet sind. Daß dieses zweite Bankhaus häufig (z. B. bei Prospektierung eigener Aktien durch große Banken) nur Strohmann sein würde, ist klar. Nach dem Wortlaute des § 45 BGB. haftet die AG. zweifellos aus der unrichtigen Prospektierung ihrer eigenen Aktien. Die Behauptung Simons, daß das gegen den Grundgedanken des BörsG. verstoße, da der Emittent, an den das BörsG. gedacht habe, begrifflich ein anderer sei als die Gesellschaft, deren Wertpapiere auf den Markt gebracht werden, findet in der Entstehungsgeschichte des BörsG. keine Unterstützung, sondern eine direkte Widerlegung. Auch der § 213 HGB., der nach seinem klaren Wortlaute nur die Rückforderung schon gemachter Einlagen ausschließt, schränkt die Leistungen über Prospekthaftung in keiner Weise ein. Übrigens ist es unzutreffend, daß **RG. 71** 97 eine neue Auffassung des RG. bedeutet; schon **RG. 46** 82 vertrat den gleichen Standpunkt, und das Gleiche tut **RG.** JW. **11** 771. Haftet aber die AG. aus unrichtigem Prospekte dem geschädigten Aktionär auf vollen Schadensersatz, so muß man die gleiche Haftung eintreten lassen, wenn die AG. durch sonstige, widerrechtliche Handlungen, z. B. arglistige Täuschung durch den Vorstand, Dritte zum Erwerb ihrer minderwertigen Aktien veranlaßt. JW. **11** 771 läßt erkennen, daß die Rechtsprechung diesen Weg gehen wird.

4. BauersZ. **20** 265. Anfechtung eines Aktienkaufs durch den Bewerber um das Vorstandsamt wegen Betrugs. Die Gutgläubigkeit des Vertreters des Verkäufers hindert die Anfechtung nicht.

III. Konkurs des Zeichners. a) **RG. 79** 174. Der Anspruch der AG. aus der Aktienzeichnung oder Aktienübernahme ist kein Anspruch aus einem zweiseitigen Vertrag im Sinne von § 17 KO. Die gegenteilige Ansicht von **ROHG. 19** 233, **RG. 2** 264 ist nicht stichhaltig. b) **RG. 79** 174. Wenn der Aktionär in Konkurs gerät, ist die AG. nicht beschränkt auf das Kaduzierungsverfahren nach § 219 und Geltendmachung eines etwaigen Ausfalls gegen die Masse, sondern sie kann auch ohne Kaduzierung die rückständige Einlage zur Konkursmasse anmelden. Vgl. JDR. **11** § 219 Ziff. 1.

§ 195. Anmeldung des Gesellschaftsvertrags. 1. Prüfungspflicht des Registerrichters, insbesondere bei Einbringung von Sacheinlagen, die sich im Auslande befinden. BauersZ. **20** 250 (KG.). Inhalt und Umfang des richterlichen Prüfungsrechts sind verschieden zu bemessen, je nachdem die Registereintragung, auf die die Anmeldung abzielt, eine Eintragung von rechterzeugender oder von nur kundmachender Bedeutung ist. Handelt es sich um die Erhöhung des Grundkapitals, also um eine Statutenänderung im Sinne der §§ 274 ff., die nach § 277 Abs. 3 erst durch die Eintragung rechtliche Wirkung erhält, so darf der Registerrichter nicht zur Eintragung einer solchen Statutenänderung mitwirken, die mangels einer gesetzlichen Voraussetzung wirkungslos bleiben würde. In solchen Fällen hat also der Richter das Recht und die Pflicht, die Wahrheit der von den Anmeldenden angegebenen Tatsachen und die Rechtswirksamkeit der vorgelegten Urkunden zu prüfen. Ergeben sich für ihn erhebliche Bedenken, so muß er deren Aufklärung versuchen; dagegen ist er nicht befugt, eine Anmeldung ohne besondere Veranlassung auf eine bloße Vermutung hin zu beanstanden; vielmehr wird er dann die Anmeldung regelmäßig ohne weiteres als wahrheitgemäß und rechtswirksam anzunehmen haben. Allerdings ist die Ansicht des Beschwerdeführers, daß der Registerrichter die nach § 284 Abs. 2 Ziff. 2 HGB. der Anmeldung der Kapitalserhöhung beizufügenden Verträge

in materiell-rechtlicher Hinsicht überhaupt nicht zu prüfen habe, nicht zutreffend; sonst hätte ja die Anordnung der Vorlegung dieser Urkunden keinen Zweck. Die Vorinstanzen leiten nun Bedenken gegen die Rechtswirksamkeit des eingereichten Einbringungsvertrags aus dem Umstande her, daß er nach russischem Rechte abgeschlossen und dieses Recht dem Gerichte nicht bekannt sei. Diese Bedenken sind unbegründet. Es fehlt an jedem Anhalte dafür, daß sich die Vertragschließenden dem russischen Rechte hätten unterwerfen wollen. Noch viel weniger aber ist es Sache des Registerrichters, zu prüfen, ob der Einbringungsvertrag bereits erfüllt oder ob seine Erfüllung durchführbar ist (vgl. JDR. **11** § 195 Ziff. 2 a).

2. Abs. 2. Bareinzahlung der Viertelsdeckung. **RG.** ZAktWes. **13** 121. Daß der Anmeldende am Tage der Anmeldung ein Guthaben bei einer Bank in Höhe der Viertelsdeckung gehabt hat, genügt zu der im Gesetz erlangten „Bareinzahlung und Besitz" nicht.

§ 201. Zweigniederlassung. Hypotheneintrag für eine Zweigniederlassung vgl. § 210.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 210. Juristische Selbständigkeit der AG. BauersZ. **20** 201. Eintragung einer Hypothek für eine AG. mit Zweigniederlassung. Von dem Falle einer besonderen Firma der Zweigniederlassung abgesehen, ist bei der Eintragung eines Rechtes für eine AG. neben deren Firma ihr im Gesellschaftsvertrage bestimmter Sitz anzugeben. Jedoch kann in entsprechender Anwendung des § 4 Abs. 2 AVf. vom 20. November 1899 auf den Antrag des Berechtigten oder den mit der Bewilligung verbundenen Antrag des Betroffenen bei der Eintragung eines Rechtes für eine AG. die Zugehörigkeit des Rechtes zu dem unter der Verwaltung einer Zweigniederlassung stehenden Vermögen durch einen der Firma mit dem Sitze der Gesellschaft in Klammern beizufügenden Zusatz bezeichnet werden.

§ 211. 1. Verpflichtung des Aktionärs zur Kapitalseinlage (vgl. § 288). *Dalberg, JW. **13** 519 ff. Für die Beurteilung der Frage, ob bei der Sanierung auf eine AG. ein unstatthafter Zwang zur Zuzahlung ausgeübt wird, indem diejenigen alten Aktien, auf welche die Zuzahlung nicht geleistet wird, in stärkerem Verhältnisse zusammengelegt werden als diejenigen, auf welche zugezahlt wird, oder indem an die Zuzahlung unverhältnismäßige Vorteile geknüpft werden, ist nicht der Nennwert der alten Aktien, sondern deren wahrer Wert (event. Kurswert) maßgeblich. Der wahre Wert der alten Aktien ist zu dem Werte, den die Neueinzahlung darstellt, in Vergleich zu setzen und danach zu entscheiden, wie weit die Zusammenlegung der Aktien ohne Zuzahlung und derjenigen mit Zuzahlung gehen darf bzw. welche Vorteile an die Zuzahlung geknüpft werden dürfen. In einer erheblicheren Verletzung dieses Verhältnisses zuungunsten der Aktien, auf welche die Zuzahlung nicht geleistet wird, liegt ein Zwang zur Zuzahlung, welche dem § 211 HGB. zuwiderläuft.

2. Über Sonderrechte der Aktionäre Fischer, JheringsJ. **63** 196 ff., vgl. § 250 Ziff. 3.

§ 212. Nebenleistungsaktiengesellschaft. 1. Vor 1900 vereinbarte Rübenlieferungspflicht. **RG.** JW. **13** 646, BauersZ. **20** 250, R. **13** Nr. 1368. Vor 1900 vereinbarte und nach dem alten Rechte ungültige Satzungsbestimmungen über die Rübenlieferungspflicht der Aktionäre sind durch das Inkrafttreten des § 212 nicht ohne weiteres gültig geworden, vielmehr ist die Gültigkeit nur dann eingetreten, wenn die Aufrechterhaltung der Rübenlieferungspflicht von der Generalversammlung beschlossen worden ist und sämtliche von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre zugestimmt haben (**RG.** **48** 102, **68** 263).

Wenn aber in einer Generalversammlung, deren erkennbarer Zweck es war, die Satzungen mit dem neuen HGB. in Übereinstimmung zu bringen, ein ausdrücklicher Beschluß auf Beibehaltung der Rübenlieferungspflicht nicht gefaßt wurde, aber auch eine Änderung der die Rübenlieferungspflicht betreffenden Satzungsvorschrift nicht beschlossen wurde, so kann darin der wirkliche Wille der Beteiligten auf Beibehaltung der Pflicht gefunden werden. Haben die von der Lieferungspflicht betroffenen in der Generalversammlung anwesenden Aktionäre durch einstimmige Annahme der darin gemachten die Satzungsänderung betreffenden Vorschläge ihre Zustimmung erteilt und haben die nicht erschienenen beteiligten Aktionäre widerspruchslos die Rüben weiter geliefert, und zwar in Kenntnis des Generalversammlungsbeschlusses, so liegt darin eine stillschweigende, aber wie schon **RG. 68** 263 ausführt, rechtsgültige Zustimmung zu dem Beschlusse.

2. Umfang der Rübenlieferungspflicht. **RG.** R. **13** Nr. 1366 Ist den Aktionären einer Zuckerfabrik eine Rübenlieferungspflicht auferlegt, so ist es nicht unzulässig, zu bestimmen, daß ein abgehender Pächter verpflichtet sein soll, seinem Nachfolger im Pachtverhältnisse die Erfüllung der Rübenlieferungspflicht aufzuerlegen. Ebensowenig ist es unzulässig, daß eine zeitliche Grenze für die Dauer der Verpflichtung nicht gesetzt ist.

3. Marcus, KGBl. **13** 31. Bei satzungsmäßigen Strafauflagen der AG. gegenüber dem Lieferungspflichtigen kommt ein richterliches Ermäßigungsrecht, wie nach § 343 BGB., § 341 HGB., nicht in Frage.

4. **RG. 82** 72, R. **13** Nr. 1367. Ist die Verpflichtung und der Umfang der nicht in Geld bestehenden Leistung aus den Aktien oder Interimsscheinen nicht zu ersehen, so folgt daraus nicht die Ungültigkeit dieser Verpflichtung oder sogar der Aktie überhaupt. Denn das Anteilsrecht des Aktionärs ist von der Aktienurkunde unabhängig. Allerdings darf sich ein gutgläubiger Erwerber auf die Richtigkeit des Inhalts der Aktie verlassen; ist jene Verpflichtung in der Aktie nicht angegeben, so braucht er sie daher nicht gegen sich gelten zu lassen.

5. Fischer, JheringsJ. **63** 196 s. zu § 250 Ziff. 3.

§ 213. Vermögensrechtliche Ansprüche der Aktionäre. 1. Rechtliche Natur des Rechtes auf Dividende; Anfechtungsklage wegen Unterlassung der Dividendenverteilung vgl. § 271 Ziff. 1 c.

2. Gewinnvertrag und Gewinnzurückbehaltung s. § 262 und § 250 (Fischer, JheringsJ. **63** 195).

3. Dividendenscheine. a) Nachbezugsrecht (vgl. unten § 282). Ritter, ABürgR. **38** 389. Bestimmt das Statut einer AG., die Vorzugs- und Stammaktien ausgegeben hat, daß die Vorzugsaktien vor den Stammaktien z. B. 5 pCt. vorweg erhalten und diese 5 pCt. für dividendenlose Jahre nachbeziehen sollen, und veräußert der Besitzer einer Vorzugsaktie seine Aktie unter Zurückbehaltung der auf die dividendenlosen Jahre ausgestellten Dividendenscheine, so erhebt sich, im Falle die Gesellschaft nach der Veräußerung die Auszahlung einer Dividende beschließt, die Frage, ob der Veräußerer der Vorzugsaktie auf diese Dividende Anspruch erheben kann. Unter Besprechung der beiden, von den OLG. Hamm (am 9. September 1912 in Sachen Baroper Walzwerke) und Hamburg (am 11. Oktober 1912 in Sachen Deutsche Levante-Linie) erlassenen Urteile und unter teilweiser Abweichung von der von Staub (9) 716 vertretenen Ansicht erklärt Ritter, daß natürlich das Nachbezugsrecht in den Dividendenscheinen der Ausfallsjahre verkörpert sein könne; wenn in den sämtlichen Dividendenscheinen erklärt sei, daß das Nachbezugsrecht an den Dividendenscheinen der Ausfallsjahre hafte, so könne sich kein Erwerber der Aktie und der späteren Dividendenscheine

darüber beschweren, daß ältere Dividendenscheine den Gewinn aufzehren; sei aber nichts anderes bestimmt, so sei das Nachbezugsrecht in dem laufenden Dividendenscheine verkörpert; wer im Jahre 1915 eine Vorzugsaktie mit dem laufenden Divischein erwerbe, werde es schwerlich für möglich halten, daß ihm im Jahre 1916 der auf seine Aktie entfallende Gewinn von dem Inhaber eines Dividendenscheins für 1905 streitig gemacht werden könne. **b)** **RG. 82** 138, BauersZ. **20** 225, BankA. **12** 266, JW. **13** 688, LeipzZ. **13** 540, DJZ. **13** 866, R. **13** Nr. 1507. Eine Satzungsbestimmung, die bestimmt, daß einem Teil der Aktionäre — Vorzugsaktionäre — der Ausfall eines gewinnlosen Jahres aus dem Gewinne späterer Jahre nachvergütet werden soll, kann im allgemeinen unter Beobachtung der §§ 274 ff. HGB. durch Beschluß der Generalversammlung aufgehoben werden. Eine andere Beurteilung gebietet sich aber dann, wenn die Nachzahlung dem Inhaber des Dividendenscheins des Ausfallsjahrs versprochen ist. Durch eine solche Bestimmung wird das innere Band zwischen Aktie und Nachbezugsrecht gelöst und eine besondere Gattung von Rechten ins Leben gerufen, die man die der selbständigen Nachbezugsrechte nennen kann. Lassen sich selbständige Nachbezugsrechte auch für die Zukunft durch Statutenänderung beseitigen, so wird doch die Sachlage durch die Feststellung eines Ausfalls geändert. Nunmehr werden die Dividendenscheine von den Bogen getrennt und gehen vielfach in die Hände von Nichtaktionären über. Die Interessen dieser neuen Besitzer fallen mit denen der Aktionäre nicht zusammen, Beschlüsse der Generalversammlung können von ihnen nicht angefochten werden. Wollte man gleichwohl der Versammlung die Macht einräumen, solche Dividendenscheine durch Streichung des Nachbezugsrechts für die Vergangenheit inhaltlos zu machen, so würde damit ein Einbruch in fremde Rechtssphäre erfolgen. Ebenso **RG.** JW. **13** 689. **c)** **RG.** JW. **13** 689, BauersZ. **20** 248. Eine AG. hatte 1000 Stamm- und 1000 Vorzugsaktien à 1000 M. ausgegeben; die Vorzugsaktien sollten 6 pCt. vorweg erhalten, ein etwaiger Fehlbetrag war ihnen vor Berücksichtigung der Stammaktien aus dem Gewinne späterer Jahre nachzuzahlen. Zum Zwecke der Sanierung wurden die bisherigen Vorzugsrechte unter Beseitigung ihrer Vorrechte in 750 M., die Stammaktien in 250 M. zusammen gelegt, die Ausgabe von 500 neuen Vorzugsaktien beschlossen und bezüglich dieser neuen Vorzugsaktien bestimmt: „Sie erhalten eine Vorzugsdividende von 6 pCt. vor den übrigen Aktien, aber ohne spätere Nachzahlung für den Fall, daß ein Geschäftsjahr einen Reingewinn nicht ergibt; der dann verbleibende Reingewinn wird auf die nach der Zusammenlegung verbliebenen Aktien gleichmäßig bis zu 6 pCt. verteilt, alsdann noch weiter verbleibender Reingewinn ist unbeschadet des Nachbezugsrechts der alten Vorzugsaktien einem Fonds zuzuführen". Es wurden statt 500 nur 260 neue Vorzugsaktien ausgegeben, und der Kläger als Inhaber von den ausgefallenen Dividenscheinen der alten Vorzugsaktien verlangte Nachzahlung, nachdem ein Reingewinn von mehr als 15 600 (= 6 pCt. Dividende der Vorzugsaktien) sich ergeben hatte. Der Einwand der beklagten AG., daß Kläger sich nicht nur 260, sondern 500 Stück Vorzugsaktien und die 6 pCt. (also 30 000 M.) sich vorgehen lassen müsse, wird vom RG. als unrichtig verworfen. Entscheidend sei nur die Zahl der tatsächlich ausgegebenen neuen Vorzugsaktien. **d)** JDR. **11** § 213 Ziff. 2 a s. BauersZ. **20** 106. **e)** **RG. 82** 144, LeipzZ. **13** 540, R. **13** Nr. 1648. Selbständige Nachbezugsrechte (s. oben b) bedürfen keiner besonderen Anweisung durch die späteren Generalversammlungen mehr. **f)** **RG. 82** 144, ZAktWes. **13** 96, R. **13** Nr. 1649. Ist das Nachbezugsrecht auf Dividende nach dem Vordruck des Dividendenkupons und der Satzung der AG. an die Aktien oder die Kupons des Gewinnjahrs geknüpft, so liegt nur ein unselbständiges Nachbezugsrecht vor. Beschließt die Generalversammlung, für ein bestimmtes Jahr keinen Gewinn zu verteilen, so ist damit der Kupon endgültig wertlos.

⸢4. Zinsbezugsrecht des Nießbrauchers einer Aktie. **RG.** JW. **13** 193, ZAktWes. **13** 28. Zwar ist es richtig, daß beim Verkaufe von Aktien mit Gewinnanteilscheinen die 4 pCt. Stückzinsen, die der Käufer neben dem Kurswerte der Aktien zu zahlen hat, eine Vergütung für die Mitlieferung der Gewinnanteilscheine bilden. Aber sie bilden nicht die einzige Vergütung. Ein Teil der Vergütung steckt vielmehr schon in dem Kurswerte. Wenn also zu einem Vermögen gehörige Aktien vor Festsetzung der Dividende verkauft werden, so hat der zum Zinsgenuß an dem Vermögen Berechtigte nicht nur die Stückzinsen, sondern weiter den Teil des erzielten Kurswerts zu beanspruchen, der neben den Stückzinsen die Vergütung für die Mitlieferung des Gewinnanteilscheins bildet.

5. Fischer, IheringsJ. **63** 196 vgl. § 250 Ziff. 3.

§ 219. Kaduzierung. 1. Kaduzierung im Konkurse des Aktionärs. **RG. 79** 174 f. schon JDR. **11** § 219 Ziff. 1. Vgl. oben § 189 Ziff. IIIb.

2. Übertragung des Aktienrechts bei zu Unrecht erfolgter Kaduzierung vgl. § 179 Ziff. 1.

§ 222. **a)** Abs. 4. Verkauf und Übertragung von Namensaktien. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1030, ZAktWes. **13** 150, LeipzZ. **13** 765, BauersZ. **20** 271, BankA. **12** 356. Die Vorschrift des Abs. 4 ist nur für die „Übertragung" der Aktien gegeben, nicht für den Vertrag, wodurch sich der Aktionär zur Übertragung verpflichtet. Beide Geschäfte, die Verfügung und der Verpflichtungsvertrag, sind scharf zu unterscheiden. Hätte der Verkauf von Kleinaktien an dieselbe Bedingung geknüpft werden sollen wie die Abtretung, so würde dies ebenso bestimmt worden sein, wie es im § 15 Abs. 3, 4 GmbH. geschehen ist. — Die Frage, ob der Vertrag, durch den sich jemand zur Übertragung von sog. vinkulierten Namensaktien verpflichtet, zu seiner Gültigkeit der Form des § 222 Abs. 4 bedarf, ist auch Gegenstand der Entscheidung des OLG. Cöln gewesen (RheinA. **111** 280); der 4. Senat hat die Frage bejaht, der 8. dagegen verneint und zwar aus denselben Gründen wie das obige Urteil des RG. **b)** Übertragung von Namensaktien vgl. § 179 Ziff. 1.

§ 223. Aktienbuch. Abs. 3. **RG. 79** 162 f. JDR. **11** § 223 Ziff. 1. Die AG. kann nach dem Verkauf einer auf Namen lautenden Aktie gegen den neuen Aktionär Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis im Klagewege geltend machen, bevor der Übergang der Aktie in das Aktienbuch eingetragen ist.

§ 226. Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft. *Herrmann, HoldheimsMSchr. **12** 212 ff. Die AG. kann nicht ihr eigener Aktionär sein. Der Besitz eigener Aktien durch die AG. hat nur negative Bedeutung. Er ist eine Bescheinigung dafür, daß einzelne Mitgliederstellen nicht besetzt sind, mithin Aktionäre fehlen, durch deren Konkurrenz die Rechte der übrigen Aktionäre geschmälert würden. — Die gegenteilige Ansicht würde zu der Konsequenz führen, daß auch ein Verein des bürgerlichen Rechtes sein eigenes Mitglied sein kann. Ganz unhaltbar ist auch Runkel-Langsdorfs Theorie von den Rechten gegen sich selbst.

§ 227. Amortisation. Abs. 2. Aktieneinziehung aus dem jährlichen Reingewinn und Herabsetzung des Grundkapitals. 1. Neuburger, LeipzZ. **13** 262. Ausgehend von dem Grundsatze, daß das Grundkapital gleich der Summe der Nennbeträge der Aktien sei, daß infolgedessen eingezogene, also vernichtete Aktien notwendig die Summe des Grundkapitals vermindern müßten, erklären Goldmann, Lehmann, Staub in ihren Kommentaren zum HGB. und ebenso Simon, Bilanzen, Leist, Sanierung, und Rehm, Bilanzen, daß mit jeder Einziehung, gleichviel ob sie aus dem nach der jährlichen Bilanz sich ergebenden Gewinn erfolgt oder nicht, eine

Herabsetzung des Grundkapitals verbunden sei. Dem kann nicht beigetreten werden, weil der Fundamentalsatz, von dem sie ausgehen, nicht richtig ist. Wenn Aktien, d. h. Grundkapitalsteile nach § 227 Abs. 2, also aus dem verfügbaren Gewinn eingezogen werden, so liegt das Wichtigste für die hier zu behandelnde Frage darin, daß nicht zugleich damit die den Grundkapitalsteilen entsprechenden Kapitalien, die Grundkapitalsteilbeträge, in Wegfall kommen; die Kapitalien werden vielmehr dem Gewinn entnommen. Es bleiben somit sämtliche bisherigen Grundkapitalsteilbeträge bestehen, infolgedessen auch die Summe, der Grundkapitalsbetrag. Dagegen entfallen Grundkapitalsteile, und mit ihnen verschwinden die ihnen entsprechenden Mitgliedschaften und die diese verbriefenden Aktienurkunden. Die Zahl der Aktionäre vermindert sich. Die Einziehung von Aktien aus dem nach der Jahresbilanz verfügbaren Gewinne kann also an sich mit einer Verminderung des Grundkapitals nicht verbunden sein; letzteres bleibt in seiner bisherigen Höhe bestehen. Deshalb finden auch bei dieser Art der Einziehung die Vorschriften über Kapitalsherabsetzung keine Anwendung. Dagegen sind diese Vorschriften über Kapitalsherabsetzung bei jeder anderen Art der Aktieneinziehung zu beachten. Der Hauptton der Vorschrift des § 227 Abs. 2 ruht also auf dem Gebote der Befolgung dieser Schutzvorschriften. Dieses Erfordernis hat der Gesetzgeber in ganz unglücklicher Weise in den Nebensatz „sofern sie nicht . . . stattfindet" gebracht und damit der im Hauptsatze folgenden Einziehung aus dem Gewinn eine ihr nicht zukommende Wichtigkeit verliehen.

2. *Neuburger, LeipzZ. **13** 440—442. Die Bedeutung des § 227 Abs. 2 wird durch folgende Umkehrung des Satzverhältnisses des Abs. 2 klar: jede Art der Einziehung darf nur nach den für die Herabsetzung des Grundkapitals maßgebenden Vorschriften stattfinden, sofern sie nicht aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn erfolgt.

3. Leist, HoldheimsMSchr. **14** 30. Für eine Kapitalsherabsetzung ist weder durch die statutarische Anordnung der Einziehung eigener Aktien, noch durch den Generalversammlungsbeschluß, der die Verwendung von Reingewinn für diesen Zweck bestimmt, die zureichende Voraussetzung gegeben. Ebensowenig zieht die durchgeführte Einziehung (Amortisation) von Aktien an und für sich, weder wirtschaftlich noch rechtlich, eine Minderung des Grundkapitals nach sich. Wirtschaftlich nicht, weil in dem Besitz eigener Aktien nur das verfügbare Aktivenplus umgewandelt werden, nötigenfalls nur dieser Überschußbetrag aus der gesellschaftlichen Vermögenssphäre ausscheiden darf, weil also das Grundvermögen, ausgewiesen durch die Aktien- und Zwangsreserve-Kapitalziffer, unangetastet bleibt. Rechtlich ist die Voraussetzung für eine Kapitalsherabsetzung nicht gegeben, weil diese als eine einschneidende Änderung der kapitalistischen Grundlage der Gesellschaft zum Schutze der Gläubiger- und Aktionärinteressen an einen Formalakt gebunden ist, dessen Einzelheiten durch die §§ 288 f., also in dem Abschnitte des HGB. geregelt sind, der von der Änderung der Gesellschaftsgrundlagen handelt. Das Wesen der Herabsetzungsamortisation besteht in dem Untergange der Mitgliedschaft, und dieser vollzieht sich mit dem an ein rechtsförmliches Verfahren gebundenen Wegfalle der Einlage. Der bloße Wille, der den Erwerb zur rechtsaufhebenden confusio stempelt, ist für eine solche rechtliche Tragweite, was die Einziehung von Aktien anlangt, an sich bedeutungslos; es muß das rechtsförmliche Verfahren (Gläubigeraufruf, Sperrjahr) hinzukommen, um der Amortisationsabsicht die Rechtswirkung des Unterganges der Aktienrechte und so auch der Grundkapitalsminderung zu verleihen. Die Herabsetzung ist ebenso sehr ein rechtspolizeilicher Akt, wie die Bildung und Erhöhung der kapitalistischen Grundlage. Nur in Verbindung mit dem rechtsförmlichen Herabsetzungsverfahren darf die Einziehung zum Anlaß einer Abbuchung vom Grundkapitale genommen werden.

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

§ 231. Stellung des Vorstandes. I. Bestellung des Vorstandes. 1. Bestellung durch den Aufsichtsrat s. § 246 Ziff. 2.

2. Wahl des Vorstandes; Stellung der Generalversammlung. Markuse, LeipzZ. **13** 114. Wenn die Generalversammlung auf Grund des ihr durch das Statut eingeräumten Rechtes den Vorstand wählt, so handelt die Generalversammlung — abweichend von ihrer gewöhnlichen Stellung, wonach sie nur beschließendes Organ ist, — als Vertreterin der Gesellschaft. Die Annahme, daß der Generalversammlung nur die Abstimmung selbst, die weiteren Erfordernisse aber dem Aufsichtsrate nach § 247 übertragen seien — in welchem Falle eine Vertretung der Gesellschaft durch die Generalversammlung nicht vorläge —, liegt zwar ziemlich nahe. Eine Regelung, wonach die Generalversammlung den Vorstand dem Aufsichtsrate gewissermaßen designiert und diesem die weitere Regelung, also die Bestellung, überläßt, ist durchaus denkbar, aber durch das Gesetz nicht geboten.

II. Entlassung des Vorstandes. 1. Entlassung durch den Aufsichtsrat s. § 246 Ziff. 2.

2. Unberechtigter Urlaubsantritt des Direktors als Grund zur fristlosen Kündigung. **RG.** LeipzZ. **13** 299, BauersZ. **20** 170 f. JDR. **11** § 231 Ziff. 6 f.

3. Zeugnisausstellung. Eckstein, SeuffBl. **13** 420. Die von Marcus, KGBl. **11** 116, vertretene Ansicht, daß für die Erteilung des Zeugnisses an ein ausscheidendes Mitglied des Vorstandes der Aufsichtsrat zuständig sei, ist nicht richtig; vielmehr sind ausschließlich die verbleibenden Mitglieder des Vorstandes zur Zeugniserteilung berechtigt und verpflichtet. Vgl. JDR. **12** § 231 Ziff. 6 g.

III. Vertretungsmacht des Vorstandes. 1. BauersZ. **20** 74. Recht des Vorstandes zur Kritik von Aufsichtsratsbeschlüssen.

2. BauersZ. **20** 74 (KG.). Bestrafung von Vorstandsmitgliedern wegen unrichtiger Steuererklärung, auch wenn sich aus den eingereichten Geschäftsberichten das Einkommen der AG. vollkommen und richtig ergibt.

3. KGJ. **42** 377, BauersZ. **20** 76. Die Vorstandsmitglieder einer AG. werden wegen Nichtanmeldung des Gewerbes der letzteren aus § 70, nicht aus § 71 GewStG. bestraft.

4. BauersZ. **20** 246 (OVG.). Bei den Wahlen für die Stadtverordnetenversammlung vertritt der Vorstand ohne weiteres die AG.

5. BauersZ. **21** 26. Von zwei Vorstandsmitgliedern kann nicht das eine als Vertreter der Gesellschaft, das andere als Vertreter des Gegenkontrahenten auftreten.

6. BauersZ. **21** 49. Der ausgeschiedene Vorstand hat weder das Recht noch die Pflicht, an der Herstellung des Inventars, der Bilanz nebst Gewinn und Verlustrechnung mitzuwirken. Er kann auch die Verweigerung seiner Entlastung nicht mit dem Einwand anfechten, daß er verhindert war, sich an der Inventur und Bilanzziehung zu beteiligen.

IV. Dienstverhältnisse des Vorstandes. 1. Urlaub. **RG.** R. **13** Nr. 1924. Die Bestimmung des Aufsichtsrats über den Urlaub des Direktors ist schon bei Unbilligkeit (§ 315 BGB.), nicht bloß bei „offenbarer" Unbilligkeit (§ 319 aaO.) gerichtlich nachprüfbar.

2. Zeugnisverweigerungsrecht. BauersZ. **20** 169. Vorstand und Aurfsichtsrat können in gesellschaftlichen Angelegenheiten nach § 384 Ziff. 3 ZPO. zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sein.

3. BauersZ. **21** 25. Über die Rechte des allein zur Vertretung der AG. nicht

berechtigten Vorstandsmitglieds, zur Wahrung seiner Autorität gegenüber dem Personal unter Umständen allein vorzugehen.

4. Vorschuß- und Darlehnsentnahme. BauerZ. 21 49. Ein Vorstandsmitglied, das sich selbst auf seine späteren Bezüge einen Vorschuß oder ein Darlehen aus der Gesellschaftskasse entnimmt, ist nicht ohne weiteres strafbar, insbesondere dann nicht, wenn es sich um Darlehen handelt, die der Entnehmer, sei es aus eigenem Vermögen, sei es mit Hilfe des ihm zur Verfügung stehenden Kredits jederzeit zurückerstatten kann. Strafbar ist er nur, wenn er absichtlich zum Nachteile der Gesellschaft handelt oder wenn er mit dem Bewußtsein des schädigenden Erfolges vorgegangen ist.

5. Vorstand und Aufsichtsrat im Konkurse der Gesellschaft; Vertragskündigung; Anspruch auf Vergütung für die Zeit vor und während des Konkurses. a) Jaeger, LeipzZ. 13 355 (vgl. § 243 Ziff. 4). Der den Ämtern des Vorstandes und Aufsichtsrats zugrunde liegende Vertrag ist kein Vertrag im Sinne des § 23 KO. Deshalb hat die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses auch nicht etwa kraft Gesetzes das Erlöschen des Dienstverhältnisses zur Folge, und zwar auch dann nicht, wenn die Dienste unentgeltlich geleistet werden (aM. für den letzten Fall Bett, Konkurs der AG., der dann ein unter § 23 fallendes Auftragsverhältnis annimmt). Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht auch § 104 GenG. Dagegen unterliegt das Dienstverhältnis dem § 22 KO. und kann daher von beiden Seiten vorzeitig gekündigt werden. Die Anwendung des § 22 KO. hat auch das **RG.** LeipzZ. **09** 689 angenommen, soweit der Vorstand in Frage kommt. Dagegen hat das **RG.** 81 332 (vgl. § 243 Ziff. 4 b) für den Aufsichtsrat erkannt, daß nicht nur ein Erlöschen nach § 23, sondern auch eine Kündigung nach § 22 KO. ausgeschlossen sei und daß das Dienstverhältnis, allerdings als unentgeltliches fortbestehe. Dieser Satz eines fortbestehenden Dienstverhältnisses als unentgeltliches findet im Gesetze keine Stütze und läßt sich insbesondere nicht mit dem RG. damit begründen, daß der Dienstverpflichtete während des Konkurses nur unerhebliche oder gar keine Dienste für die Masse leiste; man kann auch nicht ein unentgeltliches Mitwirken im Konkursfall als stillschweigenden Willen der Vertragsparteien unterstellen. Es ist deshalb, entgegen dem RG., die Anwendung des § 22 auch auf den Aufsichtsrat nicht zu umgehen. Die Kündigung des Dienstverhältnisses seitens des Verwalters kann nicht die gleiche Tragweite haben wie die Kündigung gegenüber Angestellten einer Firma. Mit dem Dienstverhältnisse würde das Amt erlöschen. Nun ist es aber einerseits unentbehrlich, anderseits kann der Verwalter keinen neuen Vorstand oder Aufsichtsrat bestellen. Folglich kann die Kündigung das Dienstverhältnis nicht zum Erlöschen bringen; sie löst nur die Beziehungen zur Masse, nicht die zur Gesellschaft. Mit dem Ausschlusse fernerer Massenbelastung (§ 59 Ziff. 2 KO.) hat die Kündigung ihren Zweck erreicht. Kommt es zur Kündigung, so hat der Gegner zwar Schadensanspruch nach § 22 als Konkursgläubiger (diese Ansprüche stellen sich dar als aufschiebend bedingte Konkursforderung nach §§ 67, 154, 156, 168 KO., abhängig davon, daß er nicht durch Erlangen einer anderen Stelle einen Ersatz findet; eine Abschätzung nach § 69 aaO. unterliegt schweren Bedenken), aber Masseschuldansprüche kann er wegen seiner Tätigkeit seit Konkursbeginn nur bis zu dem Zeitpunkt erheben, an dem die Kündigung wirksam wird. Für die Zukunft ist er auf Forderungen gegen das konkursfreie Vermögen der Gemeinschuldnerin angewiesen, vielleicht kann er das Verhältnis nach § 626 BGB. mit Rücksicht auf die Unsicherheit dieser Ansprüche alsbald lösen. Die verfassungsmäßige Möglichkeit einer Abberufung der Organe durch die Gesellschaft selbst besteht auch während des Konkurses fort; ebenso eine Neuberufung an Stelle der abberufenen. Auf den Konkursverwalter gehen

diese Befugnisse nicht über. Die Befugnisse des Verwalters und die der Generalversammlung bestehen nebeneinander fort. Falsch ist das Urteil des KG. (OLG. **6** 500), das behauptet, die Generalversammlung könne Vorstandsmitglieder, denen der Verwalter nach § 22 KO. gekündigt habe, nicht beibehalten. Wegen der für das Vorjahr des Konkurses rückständigen Dienstbezüge steht weder dem Vorstande noch dem Aufsichtsrate das Vorrecht aus § 61 Ziff. 1 KO. zu; falsch die herrschende Meinung, die dem Vorstand ein solches Vorrecht einräumt, dem Aufsichtsrat aber abspricht. **b)** BauersZ. **21** 60 vertritt die Ansicht, daß mit der Eröffnung des Konkurses das Dienstverhältnis erlösche.

V. Sonstige Vertreter der AG. **RG.** BauersZ. **20** 176. §§ 30, 31 BGB. sind zwar auf die AG. anwendbar. Sieht aber das Statut weder die Errichtung von Zweigniederlassungen im allgemeinen, noch für diese die Stellung von Filialleitern oder sonstigen Angestellten vor, dann kann weder der Geschäftsführer noch der sog. Rayonchef der Zweigniederlassung als verfassungsmäßiger Vertreter angesehen werden; sie sind vielmehr nur Angestellte.

§ 232. Kollektive Vertretung. **a)** RJA. **12** 225, DNotV. **13** 672, ZBlFG. **14** 401, R. **13** Nr. 1369 (KG.). Die Bestimmung des Statuts, daß ein Vorstandsmitglied, das die Gesellschaft in Gemeinschaft mit einem anderen Vorstandsmitglied zu vertreten hat, die Gesellschaft in allen vor dem Grundbuchamte zu erledigenden Angelegenheiten allein vertreten soll, ist unzulässig. **b) RG.** BauersZ. **20** 217. Ein gleichzeitiges Handeln der kollektiv zeichnenden Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer ist nicht erforderlich. Ein Gesamtvertreter kann den anderen bevollmächtigen; es genügt, wenn einer dem Dritten gegenüber auftritt. Der früher vertretene Grundsatz, daß die Zustimmung eines Gesamtvertreters nicht innere Angelegenheit der Vertreter bleiben dürfe, sondern dem Dritten gegenüber erklärt werden müsse, kann nicht aufrechterhalten werden. Vgl. hierzu auch § 42 GenG. **c)** *Herrmann, HoldheimsMSchr. **12** 205 ff. Der Vorstand ist nicht Vertreter, sondern Organ, mithin ein Teil der AG. Daraus folgt, daß das einzelne Vorstandsmitglied, als ein Teil des Vorstandes, selbst ein (kleinerer) Teil der AG. ist. Als Konsequenz hiervon ergibt sich einmal die Bestimmung des § 232 Abs. 2 Satz 3 HGB., sodann die Lehre, daß Kenntnis einer Tatsache seitens eines Vorstandsmitglieds genügt, um den Vorstand schlechtgläubig zu machen.

§ 235. Abs. 2. Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes. **RG. 81** 17, BauersZ. **20** 268, R. **13** Nr. 243. Die Beschränkung der Vollmacht des Vorstandes steht der Wirksamkeit eines zwischen dem Vorstand und einem Aktionär als Dritten geschlossenen Vertrags, vorausgesetzt, daß nicht Kollusion vorliegt, nicht entgegen. Die AG. wird also Schuldnerin, wenn der Vorstand unter Überschreitung seiner Befugnisse von den Aktionären Darlehen aufnimmt.

§ 237. Tantiemen des Vorstandes und Aufsichtsrats. 1. Weill, HoldheimsMSchr. **13** 26. Bedeutung der Worte „Anteil am Jahresgewinn", „Reingewinn", Abschreibungen, Rücklagen. Es ist bestritten, welche Gewinnart der Gesetzgeber als „Jahresgewinn" hat bezeichnen wollen. Ausgehend von dem Satze, daß die Tantieme ihrem Wesen nach sich als Anteil am Reingewinne darstellt, ziehen Riesenfeld, Einfluß des neuen Aktienrechts 90, und Preische, Tantiemeberechnung 10, den Schluß, daß die §§ 237, 245 nur dort einer Tantiemenberechnung zugrunde gelegt werden könnten, wo dem Vorstand und Aufsichtsrat ein „Anteil am Reingewinn" gewährt werde; jede andere Gewinnbeteiligung sei keine Tantieme und werde durch die §§ 237, 245 nicht berührt. Demgegenüber ist mit Staub anzunehmen, daß unter „Anteil am Jahresgewinn" eine Beteiligung am Gewinne jedweder Art zu verstehen ist.

Die §§ 237, 245 umfassen danach alle die Fälle, in denen überhaupt ein Anteil am Gewinn vereinbart ist, gleichgültig, ob der Anteil vom Reingewinn oder Bruttogewinn oder Betriebsjahresgewinn berechnet werden soll. — Unter den im § 237 genannten „Abschreibungen" sind sämtliche Wertsherabsetzungen von aktiven Vermögensgegenständen, wirtschaftliche, statutarische, gesetzliche, auch die übermäßigen zu verstehen. Nicht richten sich die Abschreibungen nach dem Reingewinn, sondern umgekehrt dieser nach den Abschreibungen. — Umstritten ist auch der Begriff der Rücklagen. Gegen die herrschende Ansicht, die Rücklagen schlechthin mit Reservefonds identifiziert, spricht allein schon der Umstand, daß das Gesetz beide Ausdrücke gebraucht. Unter Rücklage ist vielmehr zu verstehen ein verteilungsfähiger Betrag, der aber nicht verteilt, sondern in das Gesellschaftsvermögen für später wieder zurückgelegt wird, also eine Gewinnansammlung, die sich aber vom Reservefonds durch ihr vorübergehendes Dasein dadurch unterscheidet, daß ihr kein besonderes Kapitalkonto eingeräumt wird. Zweifellos ist auch jeder Reservefonds eine Rücklage; aber er erschöpft den Begriff der Rücklage nicht. Weit über den bisherigen Begriff „Reservefonds" hinaus, der die durch Gesetz und Statut vorgesehenen Rücklagen begreift, kann die Generalversammlung Rücklagen anordnen, d. h. Gewinnbestände für die Zukunft eigenwillig reservieren. Es fallen also auch der „Fonds zur Amortisation von Aktien und der Gewinnvortrag" unter die tantiemefreien Rücklagen. — Dagegen findet nach § 245 bei den Tantiemen des Aufsichtsrats ein Vorabzug von mindestens 4 pCt. des eingezahlten Grundkapitals statt. Die Berechnung dieses Abzugs kann zweifelhaft sein in den Fällen, wo Prioritätsaktien vorhanden sind. Müssen in einem solchen Falle neben den höheren Dividenden der Vorzugsaktionäre auch die übrigen Aktionäre mindestens 4 pCt erhalten oder genügt es, wenn im Durchschnitt eine Dividende von 4 pCt. des gesamten Grundkapitals verteilt wird, so daß also die gewöhnlichen Aktionäre sich auch mit einer Dividende unter 4 pCt. begnügen müssen, wenn sie durch eine höhere Dividende der Prioritäten ausgeglichen wird? Die letztere Ansicht ist die richtige. — Die Tantieme des Aufsichtsrats ist von demselben Reingewinne zu berechnen, wie die des Vorstandes. AM. Leist, BankA. **13** 397. (Vgl. § 245 Ziff. 4.) Die Ansicht, daß der Berechnung der Tantieme des Aufsichtsrats nur der um die Tantieme des Vorstandes bereits gekürzte Teilgewinn zugrunde zu legen sei, ist falsch, vielmehr ist beiden Tantiemen derselbe Reingewinn zugrunde zu legen. Wenn allerdings durch diese Berechnung ein den verfügbaren Reingewinn übersteigender Gesamtbetrag herauskommen würde, dann haben die Aufsichtsräte einen Anspruch auf den nach Abzug der Vorstandstantieme und der 4 pCt. Vordividende verbleibenden Rest.

2. BauersZ. **20** 122 (Dresden). Der Reservestellung von jeder Art, welches auch ihr Name, ihr Rechtsgrund oder ihre Bestimmung ist, also auch freiwillige Reserven sind, sowohl für die Mitglieder des Vorstandes als des Aufsichtsrats tantiemefrei. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß die Rücklagen für die Aktionäre, z. B. zur Aufbesserung der Dividenden in Jahren mit schlechten Erträgen dienen sollen.

3. **RG.** BauersZ. **21** 51, ZAktWes. **13** 104. Wenn dem Angestellten Anteil am Gewinne zugesichert ist, so ist darunter nur der durch den eigentlichen Betrieb erzielte Geschäftsgewinn, nicht der bilanzmäßige Vermögensgewinn zu verstehen.

4. Rehm, GoldschmidtsZ. **75** 68. Die Berechnung der Vorstands- und Aufsichtsrats-Tantiemen. Der neue Gewinnvortrag ist keine Rücklage im Sinne der §§ 237, 245 HGB. (vgl. hierüber § 262 Ziff. 1) und deshalb tantiemepflichtig. Anders Staub § 237 Anm. 11—15. Dagegen ist natürlich der aus dem Vorjahr übertragene Teil des Gewinnsaldos tantiemefrei, da er ja bereits im Vorjahre zur Tantieme herangezogen wurde.

Was vom Gewinn zurückgelegt wird, unterliegt nicht der Tantiemepflicht, darf ihr sogar nicht unterstellt, muß vorher abgezogen werden, somit auch die Rücklage zum Zwangsreservefonds. Allein die Frage tritt auf: wie weit reicht diese Abzugspflicht? Aus derselben Erwägung, aus der folgt, daß nur der neue Gewinn tantiemepflichtig ist, ergibt sich auch, daß die Zwangsrücklage lediglich vom neuen Gewinn berechnet wird. Rücklagepflichtig ist nur der in den Büchern neu erscheinende, nicht der aus den alten Büchern übertragene Gewinn. Abweichend Staub § 262 Ziff. 9. Wenn das Gesetz §§ 237, 245 sagt „die Tantieme ist von dem nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinne zu berechnen", so heißt das nicht: von keinem anderen, sondern nur von keinem höheren. Das Gesetz will hohe, nicht niedrige Tantiemen verhindern; lediglich ein Mindestmaß von Tantiemefreiheit schreibt es vor.

5. Vgl. auch Leist, BankA. **12** 307.

6. Rehm, GoldschmidtsZ. **75** 68 (81). Vgl. JDR. **11** § 245 Ziff. 3. Verhältnis der Vorstands- und Aufsichtsratstantieme zueinander bei der Berechnung. Die Frage der Abzugspflicht ist für beide Tantiemen getrennt, wenn auch nach denselben Grundsätzen geordnet. Daraus folgt, daß bei der Berechnung der Aufsichtsratstantiemen nicht mehr vorweg abgezogen werden muß als bei der Vorstandstantieme, daher nur sämtliche Rücklagen und Abschreibungen, nicht auch die Vorstandstantieme. Die Aufsichtsratstantieme darf also schon zu demselben Reingewinn berechnet werden wie die Vorstandstantieme. Doch kann die Gesellschaft durch Statut, Dienstvertrag das Verhältnis anders ordnen, z. B. bei der Berechnung der Aufsichtsratstantieme die Vorstandstantiemen für abzugsfähig erklären oder auch umgekehrt. Ob bei Berechnung der Aufsichtsratstantieme die gesetzliche Regel gilt oder nicht, ist nicht immer leicht zu erkennen. Das kommt daher, daß die Tantiemen erst vom Reingewinn zu berechnen, aber nicht auf Reingewinnkonto zu verrechnen sind. Bei ihrer rechtlichen Natur als Geschäftsunkosten dürfen sie auf Geschäftsunkostenkonto verrechnet werden.

7. Beigel, ZAktWes. **13** 193. Wem gehört die Tantieme, die der Direktor einer AG. als Aufsichtsrat bei einer anderen Gesellschaft bezieht? Die Frage ist verschieden zu beantworten, je nachdem der Direktor auf Betreiben seiner Gesellschaft in den Aufsichtsrat der anderen gewählt ist und dort mit Ausübung seines Mandats als Aufsichtsrat eine Obliegenheit seiner eigenen Gesellschaft erfüllt oder ob er ohne Zutun seiner Gesellschaft, gewählt als Mitglied des Kontrollorgans, lediglich die Obliegenheiten dieser Gesellschaft wahrzunehmen hat. Im ersten Falle gehört die Tantieme der AG., bei der er Direktor ist, im letzteren ihm selbst. Vgl. JDR. **11** § 245 Ziff. 5.

8. *Leist, BankA. **13** 397. Die Begriffsbestimmung des bilanzmäßigen Gewinns als Jahresgewinns, die auf alle kaufmännischen Bilanzen zutrifft, steht durchaus im Einklange mit Sinn und Wortlaut des § 261 Ziff. 6. Der Grundsatz von der „Stabilisierung der statutarischen Grundkapitalziffer" nach §§ 213 Satz 2, 215, dessen buchmäßige Durchführung die Bilanzgestaltungsregel des § 261 Ziff. 5 sichern soll, bezieht sich nur auf das Gewinnausteilungsrecht und gibt durch dessen Begrenzung der Gewinnverteilung bei AG. die eigenartige Bedeutung, die zu der abweichenden Begriffsbildung des verteilungsfähigen Reingewinns geführt hat. Der bilanzmäßige Jahresgewinn bildet den Ausgangspunkt bei der Herstellung der Grundlage um die Gewinnanteile nach den §§ 237 und 245 HGB.

§ 238. Prokuristen. 1. BauersZ. **21** 42. Der Vorstand kann unter Zustimmung des Aufsichtsrats dem Prokuristen im Anstellungsvertrage neben dem festen Gehalt eine Tantieme zusichern. Die Generalversammlung ist nicht berechtigt, diese Tantieme zu beanstanden oder gar zu verweigern.

2. Anmeldung einer Prokura; Prüfungsrecht des Re-

gisterrichters. Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 300, vertritt, (vgl. JDR. **11** § 238) die Ansicht, daß der Registerrichter nicht zu prüfen habe, ob die Prokurabestellung innerhalb statutarischer Schranken erfolgt sei, insbesondere nicht etwa, ob der Aufsichtsrat im Falle statutarisch vorgeschriebener Anordnung der Bestellung zugestimmt habe.

§ 240. Konkursantragspflicht bei schwebenden Sanierungsverhandlungen. **RG.** LeipzZ. **13** 547, BauersZ. **20** 242. Wie das RG. schon früher **RG.** (Strafs.) **37** 42 ausführte, ist der Vorstand, wenn er sich der schon vorliegenden Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung bewußt ist, nicht deshalb berechtigt, den Antrag auf Konkurseröffnung zu verzögern, weil er hofft, den Konkurs noch durch Verschaffung fremder Hilfe oder durch außergerichtlichen Vergleich abwenden zu können.

§ 241. Haftung der Vorstandsmitglieder. Einfluß einer Anweisung des Aufsichtsrats. BauersZ. **20** 193. Hat der Vorstand nach dem Gesellschaftsvertrage den Weisungen des Aufsichtsrats nachzukommen und handelt er in Übereinstimmung mit den von dieser Seite ausgehenden Anordnungen, so entstehen für ihn in der Regel keinerlei nachteilige Rechtsfolgen. Natürlich hat aber die Gehorsamspflicht des Vorstandes auch ihre Grenzen. Der Aufsichtsrat kann dem Vorstand unerlaubte oder gegen die guten Sitten verstoßende oder ein Zwangsgesetz verletzende Handlungen nicht auftragen. Die Ausführung derartiger Weisungen wird die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstandes begründen. In Frage kommt hier z. B. die Vornahme ungesetzlicher Zahlungen aus dem Vermögen der AG. an die Aktionäre oder das absichtliche Handeln zum Nachteile der AG.

§ 242. Rechtsstellung eines „stellvertretenden Mitglieds des Vorstandes". Krause, HoldheimsMSchr. **13** 59. Für eine AG. war in das Handelsregister eine Person als Vorstand und eine zweite als stellvertretendes Mitglied eingetragen. Im Statute war bestimmt, daß alle Erklärungen des Vorstandes für die Gesellschaft verbindlich sind, wenn sie mit der Firma und a) falls der Vorstand aus einem Mitgliede besteht von diesem, b) falls der Vorstand aus mehreren Personen besteht, von zwei Vorstandsmitgliedern unterzeichnet sind. Das KG. (OLG. 22 34) hat die Eintragung einer vom Vorstand allein angemeldeten Satzungsänderung als unzulässig erklärt, indem es ausführte: das stellvertretende Vorstandsmitglied H. sei schlechthin und ohne zeitliche Beschränkung bestellt worden, und zwar durch Aufsichtsratsbeschluß. Dadurch sei ein mehrköpfiger Vorstand gebildet worden, und H. sei nicht Stellvertreter eines Vorstandsmitglieds, sondern ein zweites Vorstandsmitglied mit dauernder und nicht nur zeitweiser Vertretungsmacht. Gegen die Richtigkeit dieses Urteils wendet sich der Aufsatz von Krause.

§ 243. Aufsichtsrat. 1. Wahl des Aufsichtsrats; Stellung der Generalversammlung. a) Markuse, LeipzZ. **13** 111. Die Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats erfolgt nach § 243 HGB. durch die Generalversammlung. Insoweit ist also die Generalversammlung nicht, wie das sonst die Regel ist, nur beschließendes Organ; denn § 243 bedeutet zweifellos etwas anderes, als daß die Generalversammlung beschließen solle, A., B. und C. sollen Mitglieder des Aufsichtsrats sein, und es dem Vorstande zu überlassen habe, hieraus die Konsequenzen durch Ernennung der Genannten zu ziehen. Vielmehr tritt hier die Generalversammlung selbst handelnd auf, ist also Vertreterin, und zwar handelt sie nicht im eigenen Namen, sondern für die Gesellschaft. Wenn auch der Abstimmung der Generalversammlung noch eine Mitteilung an den Gewählten folgen muß, so ist doch unrichtig, hieraus zu folgern, daß diese Mitteilung die eigentliche Vertretungshandlung und der, der sie macht, der Vertreter der Gesellschaft sei. Andere (z. B.

Puchelt-Förtsch) geben zu, daß die Generalversammlung selbst wähle und auch dem Gewählten das Amt übertrage, leugnen aber, daß hierin schon eine Vertretungshandlung liege; eine Vertretung der Gesellschaft soll vielmehr erst bei Abschluß des Dienst- oder Auftragsvertrags in Frage kommen, wobei die Gesellschaft durch den hierzu Beauftragten vertreten werde. Dies kann schon deshalb nicht zugegeben werden, weil der Abschluß eines förmlichen Anstellungsvertrags überhaupt nicht notwendig ist, da bereits Wahl und Annahme, insbesondere mit Rücksicht auf die im Statut enthaltenen Bestimmungen, die vertraglichen Beziehungen endgültig konstituieren können. Endlich ist auch die Ansicht abzulehnen, daß die Wahl keine Vertretungshandlung, sondern nur eine „gesellschaftliche Betätigung" der Generalversammlung sei, bei der sie als höchstes Gesellschaftsorgan die übrigen Organe berechtigen und verpflichten könne. Diese Ansicht ist schon deshalb falsch, weil im Augenblicke der Wahl der zu Wählende noch nicht Organ der Gesellschaft ist. **b)** BauersZ. **20** 219. § 243 Abs. 1 schreibt in unabänderlicher Weise vor, daß die Aufsichtsratsmitglieder durch die Generalversammlung zu wählen sind. Damit ist jede andere Art der Bestellung (z. B. durch Kooptation) ausgeschlossen; auch der Gesellschaftsvertrag kann so etwas nicht anordnen. Vor der Wahl hat der Kandidat keine Rechte. Es ist auch ausgeschlossen, jemand mit rückwirkender Kraft zum Aufsichtsrate zu bestellen. Dagegen ist es zulässig, einen als Kandidaten in Aussicht Genommenen schon vor der Wahl als Zuhörer oder mitberatende Stimme an den Sitzungen des Aufsichtsrats teilnehmen zu lassen.

2. Stellung des Aufsichtsrats im Konkurse; Vertragskündigung, Ansprüche auf Vergütung für die Zeit vor und während des Konkurses. Jaeger, LeipzZ. **13** 355, (vgl. oben § 231 Ziff. 5a und unten § 245 Ziff. 5c).

3. **RG.** LeipzZ. **13** 754. Wenn nur zwei Aufsichtsratsmitglieder vorhanden sind und, wie der Gesellschaftsvertrag besagt, beim Widerspruch eines Mitglieds ein Beschluß nicht zustande kommen kann, so muß es dem Sinne dieser Vorschrift genügen, wenn ein Mitglied der Beratung nicht mehr folgen kann und einer Beschlußfassung bereits widerspricht, ehe es zur Abstimmung kommt.

4. Erlöschen der Aufsichtsratsstellung. a) **RG. 81** 153, JW. **13** 381, LeipzZ. **13** 289, R. **13** Nr. 742. Im Falle einer Fusion ohne Liquidation erlöschen das Dienstverhältnis und der Vergütungsbezug des Aufsichtsrats der erlöschenden AG. ohne weiteres, und ohne daß es eines Widerrufs bedürfte. Vgl. § 245 a. **b) RG. 81** 332. Die in der Literatur gelegentlich vertretene Ansicht, daß der Konkurs der AG. das Amt des Aufsichtsrats beende, daß insbesondere § 23 Abs. 2 KO. Anwendung finde, ist nicht richtig. Der Hauptzweck des § 23 ist der, die ordnungsmäßige Verwaltung und Verwertung der Masse durch den Konkursverwalter sicher zu stellen. Der Konkursverwalter soll in der Erfüllung seiner Aufgabe nicht durch die Tätigkeit eines Dritten behindert sein, den der Gemeinschuldner hinsichtlich des zur Masse gehörigen Gegenstandes mit einer Geschäftsbesorgung betraut hat. Dieser Grund des Gesetzes paßt für das Verhältnis zwischen Aufsichtsrat und Konkursverwalter in keiner Weise. Auch besteht kein Recht des Konkursverwalters, dem Aufsichtsrat ohne Zustimmung der Generalversammlung zu kündigen. Wollte man an sich auch das Dienstverhältnis des Aufsichtsrats, wie dies das RG. bezüglich des Vorstandes getan hat (LeipzZ. **09** 689), dem § 22 KO. unterstellen, so wäre es nach der Stellung und dem Arbeitsfelde des Aufsichtsrats doch unmöglich, dem Konkursverwalter ein von der Zustimmung der Generalversammlung unabhängiges Kündigungsrecht zu geben (vgl. § 245 Ziff. 5b u. § 231 Ziff. 5a).

§ 244. Änderung des Aufsichtsrats. Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung des Ausscheidens eines

Aufsichtsratsmitglieds. JDR. **11**; s. a. BauersZ. **20** 101, RJA. **12** 40. ZBlFG. **13** 492, R. **13** Nr. 244 (vgl. § 319 Ziff. 3).

§ 245. Tantieme des Aufsichtsrats. 1. Über die Berechnung der Tantieme des Aufsichtsrats vgl. § 237 Ziff. 4.

2. Tantieme der stellvertretenden Aufsichtsratsmitglieder. BauersZ. **20** 270. Heißt es im Statut, daß die Tantieme dem Aufsichtsrate „für geleistete Mühewaltung" zufällt, dann scheidet der Anspruch der Stellvertreter, die nicht in Tätigkeit treten, aus. Schweigt sich aber der Gesellschaftsvertrag darüber aus, wofür dem Aufsichtsrate Tantieme gewährt werde, dann erweist sich die Ansicht, die auch die Stellvertreter zu einem gewissen Grade an der Tantieme teil nehmen läßt, nicht als unzutreffend. Bei der Verteilung fällt natürlich in das Gewicht, daß sie wenig oder nichts geleistet haben.

3. Verbuchung der festen Aufsichtsratsvergütung. BauersZ. **20** 77. Die Frage, ob und wann die festen Bezüge des Aufsichtsrats aus dem Reingewinn und wann aus dem Betriebsvermögen der Gesellschaft zu zahlen sind, ist aus dem Gesellschaftsvertrage zu beantworten. Bestimmt dieser direkt oder indirekt, daß die feste Vergütung ebenfalls aus dem Reingewinne zu zahlen ist, so geht es natürlich nicht an, das Unkostenkonto damit zu belasten. Bei der Tantieme versteht es sich von selbst, daß sie nur aus dem Reingewinne bestritten werden kann. Entspricht es dem Willen des Statuts, die feste Vergütung zu Lasten des Gewinns zu bestreiten und hat die Gesellschaft entweder keinen oder keinen so hohen Überschuß, so ist die feste Vergütung des Kontrollorgans über Gewinn- und Verlustkonto zu buchen. Das gleiche gilt, sofern aus dem Gesellschaftsvertrage nicht hervorgeht, daß die Gehälter des Aufsichtsrats aus dem Gewinne zu entnehmen sind.

4. *Leist, BankA. **13** 397 (im Gegensatze zur herrschenden Auffassung). Für die Berechnung der Gewinnanteile des Aufsichtsrats ist auch die Vorstandstantieme zu den gesetzlichen Abzügen zu rechnen. Die Vorstandstantieme bildet ebenso wie die Gehälter oder die Absatzprovision einen Teil der Verwaltungskosten und erscheint nach der Bilanzpraxis tonangebender AG. als Sollposten im Gewinn- und Verlustkonto.

5. Erlöschen der Vergütungsansprüche des Aufsichtsrats. a) **RG. 81** 153, JW. **13** 281, LeipzZ. **13** 286, BankA. **12** 285, BauersZ. **20** 174, ZAktWes. **13** 122, R. **13** Nr. 742. Mit der Übernahme einer AG. durch eine andere erlöschen die Ansprüche der Mitglieder des Aufsichtsrats der übernommenen AG. auf Vergütung. b) **RG. 81** 332, JW. **13** 496, ZAktWes. **13** 32, 142, BauersZ. **20** 220, DJZ. **13** 643, R. **13** Nr. 997. Da die Satzung den Entgelt für die Tätigkeit des Aufsichtsrats naturgemäß nach dem Maße von Verantwortung bestimmt, das seinen Mitgliedern, insbesondere nach § 249 HGB. zufällt, da aber die dort dem Aufsichtsrate zugewiesenen Aufgaben mit der Konkurseröffnung fast ausnahmslos fortfallen und nur noch sehr wenige und mit nennenswerter Verantwortlichkeit kaum verknüpfte Aufgaben für den Aufsichtsrat verbleiben, so muß der Grundsatz aufgestellt werden, daß den Mitgliedern des Aufsichtsrats vom Augenblicke der Konkurseröffnung an nicht nur die im Gesellschaftsvertrage festgesetzte Vergütung nicht mehr zusteht, sondern auch der Gedanke abzuweisen ist, es stände ihnen noch ein Teil davon als angemessene Vergütung zu. c) Jaeger, LeipzZ. **13** 355, Stellung des Vorstandes und Aufsichtsrats im Konkurse, wendet sich gegen das unter b mitgeteilte Urteil des RG. (vgl. § 231 Ziff. 5a). d) BauersZ. **20** 124. Mit Eintritt der Liquidation erlischt der Anspruch des Aufsichtsrats auf die Tantieme, und zwar auch dann, wenn er nachweist, daß seine Tätigkeit infolge der Liquidation eine größere ist als zur Zeit vor der Auflösung. Durch die Auflösung hat die produktive Seite der Gesellschaft ihr Ende erreicht. Die Vorschriften des Gesellschaftsvertrags über die

Entschädigung der Aufsichtsratsbemühungen sind jedoch ausschließlich für die Zeit vorgesehen, während der sich die Gesellschaft in Wehr und Kraft befindet. Über die Vergütung des Aufsichtsrats im Liquidationsstadium muß die Generalversammlung Beschluß fassen. Eine Tantieme vom Reingewinne gibt es während der Liquidation überhaupt nicht, da Gewinnverteilung und Liquidation einander ausschließen.

§ 246. Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats. 1. Beschlußfassung des Aufsichtsrats. a) Hinsberg, Holdheims MSchr. **13** 45. Bezüglich des Zustandekommens von Aufsichtsratsbeschlüssen herrscht Einigkeit über folgende Punkte. Zu einer Sitzung des Aufsichtsrats, in der Beschluß gefaßt werden soll, müssen sämtliche Mitglieder eingeladen sein, und zur Beschlußfassung ist die Anwesenheit von drei Mitgliedern erforderlich, aber auch genügend. Zur Mitteilung der gefaßten Beschlüsse ist der Vorsitzende legitimiert. Streitig ist dagegen, ob die Gültigkeit eines sonst ordnungsgemäß zustande gekommenen Beschlusses davon abhängig ist, daß der Gegenstand des Beschlusses bei der Einladung zur Versammlung mitgeteilt ist. Für Bejahung der Frage hat sich das KG. (OLG. **24** 173) entschieden unter Anwendung der §§ 28, 32, 34 BGB. Zustimmend Staub. Dagegen hat das OLG. Cöln in zwei Urteilen (LeipzZ. **5** 232) die Frage verneint. Die letztere Ansicht erscheint als die richtige. Eine Anwendung des BGB., insbesondere des § 32, auf die an sich geschlossene Materie des Aktienrechts erscheint an sich bedenklich. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Inhalts, daß bei Personenvereinen zu dauernden Zwecken die Angabe des zu verhandelnden Gegenstandes bei der Berufung der Generalversammlung Voraussetzung für die Gültigkeit der zu fassenden Beschlüsse sei, läßt sich nicht begründen; sonst wären auch die ausdrücklichen Vorschriften des § 236 Abs. 2 HGB., § 32 GenG. nicht notwendig gewesen. Wenn § 28 BGB. bestimmt, daß die Beschlußfassung des Vorstandes nach den für die Beschlüsse der Mitgliederversammlung geltenden Vorschriften des § 32 erfolge, so ist zu bemerken, daß Vorstand und Aufsichtsrat etwas verschiedenes sind. Auch eine Anwendung der für Beschlüsse der Generalversammlung der AG. maßgebenden Vorschriften der §§ 256, 271 auf Aufsichtsratsbeschlüsse erscheint unzulässig. b) LeipzZ. **13** 789, BauersZ. **20** 26 (Düsseldorf). Der Aufsichtsrat kann gültig Beschluß fassen, auch wenn der Gegenstand der Beschlußfassung bei der Berufung nicht ausdrücklich bezeichnet worden ist. c) BauersZ. **20** 246. Aufsichtsratsbeschlüsse können auch durch zustimmendes Verhalten der Mitglieder zustandekommen. d) Mitwirken eines nach § 248 ausgeschlossenen Mitglieds. BauersZ. **20** 101. Vgl. § 248.

2. Bestellung und Entlassung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat. **RG. 82** 346, R. **13** Nr. 2166, 2167. Der Aufsichtsrat ist seiner wesentlichen Bestimmung nach nicht Vollzugsorgan der AG., sondern dazu berufen, die Geschäftsführung zu überwachen. Die Verwaltungs- und Vertretungstätigkeit, die ihm das Gesetz in einzelnen Fällen zuweist, ändert nichts an dieser grundsätzlichen Stellung. Deshalb ist auch die Bestellung und Entlassung von Vorstandsmitgliedern keine Angelegenheit, die schon nach dem Gesetz in den Geschäftskreis des Aufsichtsrats fällt. Nur durch den Gesellschaftsvertrag kann sie ihm nach § 246 Abs. 3 übertragen werden. Ist das geschehen, so kann seine Befugnis gleichzeitig wieder eingeschränkt werden, z. B. dahin, daß eine Kündigung, die die Gesellschaft nicht zur Zahlung der im Anstellungsvertrage bedungenen Entschädigung verpflichten soll, der Generalversammlung vorbehalten werde. Dem steht § 247 nicht entgegen. Ist in dem gedachten Falle die Kündigung vom Aufsichtsrat ausgegangen, so mag zwar die Kündigung formell zu Recht bestehen; das betroffene Vorstandsmitglied kann aber die ihm vertragsmäßig zugesicherte Entschädigung verlangen.

3. RJA. **12** 35, ZBlFG. **13** 488 (KG.). Kein Ordnungsstrafver-

fahren gegen den Aufsichtsrat zwecks Herbeiführung der Berufung der Generalversammlung. Vgl. § 319 Ziff. 2 und JDR. **11** § 249 Ziff. II.

§ 248. Abgrenzung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand. Mitwirken eines Aufsichtsratsmitglieds, das zu leich Vorstandsmitglied ist, bei Beschlüssen des Aufsichtsrats. BauersZ. **20** 101. § 248 gehört dem öffentlichen Rechte an. Aus diesem Grunde ist die Wahl eines noch nicht entlasteten Vorstehers in den Aufsichtsrat null und nichtig von Anfang an und wird auch nicht durch die spätere Entlastung wirksam. Das hat zur notwendigen Folge, daß bei allen Beschlüssen die Stimme dessen nicht mitgezählt werden darf, der nicht mitzustimmen berechtigt war. Mindestens von diesem Standpunkt aus hat der Vorstand die gefaßten Aufsichtsratsbeschlüsse zu prüfen. Aber das ist nicht genug. Denn die Einflußnahme eines Aufsichtsratsmitglieds äußert sich nicht bloß in der Abstimmung, sondern auch in Rede und Gegenrede; seine Ausführungen können andere bestimmt haben. Daraus ließe sich die Ungültigkeit aller solcher Beschlüsse ableiten.

Literatur: Horrwitz, Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien.

§ 250. Generalversammlung. 1. Stellung der Generalversammlung, Vertretung der Gesellschaft. Markuse, LeipzZ. **13** 111. Die Generalversammlung, die in der Regel nur beschließendes und nicht ausführendes Organ ist, kann ausnahmsweise auch Vertreterin der Gesellschaft sein. So bei Wahl des Aufsichtsrats (s. das Nähere § 243), bei Wahl des Vorstandes (vgl. § 231), bei Bestellung von Revisoren nach § 266 und von Prozeßvertretern für Regreßprozesse nach § 268 (vgl. diese §§). Schließlich taucht die Frage auf, ob allgemein eine Vertretung der Gesellschaft durch die Generalversammlung in allen den Fällen stattfindet, in denen die übrigen Organe rechtlich oder tatsächlich verhindert sind. Diese Frage ist aber zu verneinen. Eine analoge Bestimmung, wie § 247, die dem Aufsichtsrat generell die Vertretung für den verhinderten Vorstand überträgt, ist für die Generalversammlung nicht vorgesehen; vielmehr sind die der Generalversammlung gewahrten Vertretungsbefugnisse einzeln aufgezählt; eine Ausdehnung ist abzulehnen.

2. Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung. (Vgl. JDR. **11** § 250 Ziff. 1). a) **RG. 82** 182, JW. **13** 742, BankA. **12** 392, BauersZ. **20** 266, DJZ. **13** 922, R. **13** Nr. 1797. § 260 Abs. 2 HGB. schreibt vor, daß den Aktionären zur Vorbereitung der Beschlußfassung über die Bilanz bestimmte vom Vorstand auszuarbeitende Schriftstücke vorzulegen sind. Daß dies nicht die einzigen Hilfsmittel sind, daß vielmehr Vorstand und Aufsichtsrat unter Umständen auch mündliche Erklärungen zu geben haben, ergibt sich aus dem Gesetz (vgl. § 264 Abs. 2, § 314 Ziff. 1). Die Aufklärungspflicht, die hiernach der Verwaltung obliegt, ist im weiten Sinne zu verstehen und ohne engherzige Geheimniskrämereien auszuüben. Läßt der Vorstand die Frage eines Aktionärs, auf die er Auskunft geben müßte, unbeantwortet, so hat sich der Aktionär an die Generalversammlung zu wenden und zu beantragen, daß sie die Stellung der Frage beschließt. Wird diesem Antrag entsprochen, so hat die Verwaltung nunmehr die Rechtspflicht der Beantwortung. Daß der Vorstand sich weiter grundlos weigern würde, ist nicht zu befürchten, weil die Generalversammlung es dann in der Hand hat, seine Bestellung zu widerrufen. Wird beschlossen, die beantragte Frage nicht zu stellen, so hat sich der Aktionär in der Regel damit zu bescheiden. Doch kann ein solcher Beschluß eine Rechtsverletzung enthalten, wenn nämlich die Auskunftspflicht schon ohne Rücksicht auf den Wunsch der Generalversammlung als Rechtspflicht besteht. So **RG. 34** 57, wo die Liquidatoren nach Gesetz und Statut Rechnung zu legen hatten. In einem solchen Falle kann der Beschluß, der die Stellung der Frage verweigert,

nach § 271 HGB. angefochten werden. Es mag auch sein, daß eine Anfechtungsklage in besonderen Fällen damit begründet werden kann, daß die Verweigerung der Fragestellung einen Mißbrauch des Majoritätsrechts enthalte und gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.) verstoße. Im Gegensatze hierzu will das angefochtene Urteil, obwohl Kläger einen Beschluß über Zulassung seiner Frage nicht erwirkt hatte, schon die Tatsache, daß die Fragen des Klägers sachlich erheblich waren, für die Gesellschaft keine Gefahr in sich bargen und vom Vorstand unzureichend beantwortet wurden, für die Anfechtung des die Stellung der Frage nicht unmittelbar betreffenden Beschlusses genügen lassen. Das angefochtene Urteil geht dabei von der Ansicht aus, daß nicht sowohl die Generalversammlung als vielmehr der Aktionär Inhaber des Fragerechts sei; das Auskunftsrecht soll ein Sonderrecht sein. Ähnlich allerdings **RG. JW. 98** 15 für die GmbH. Für AG. muß aber der Gedanke an ein Sonderrecht auf Auskunftserteilung abgelehnt werden. (Das durch vorstehendes RG.-Urteil aufgehobene Urteil des OLG. Cöln ist abgedruckt im RheinA. **111** 301.) **b**) Dagegen will BauersZ. **20** 97 mit Rücksicht auf die Gleichartigkeit des organischen Aufbaus von AG. und GmbH. die in JW. **98** 15 vom RG. ausgesprochenen Grundsätze auch auf die AG. anwenden. Der Aufsatz stützt sich im wesentlichen auf das Urteil des OLG. Cöln, das vom RG. in dem unter a angeführten Urteil aufgehoben wurde. **c**) BauersZ. **20** 121. Die Verwaltungsorgane der AG. haben gemäß § 312 HGB. auch im Wege der Auskunftserteilung alles zu vermeiden, was geeignet erscheint, den Existenzkampf der Gesellschaft zu erschweren und ihre Gewinntätigkeit zu beeinträchtigen. Unter den Begriffe „Nachteil" im § 312 fällt nicht nur ein Vermögensschaden, sondern auch der entgehende Gewinn und ebenso eine moralische Schlechterstellung. Die Verwaltungsorgane müssen allenthalben darauf sehen, daß die Interessen der AG. durch die Offenlegung von diskreten Verhältnissen keine Benachteiligung erfahren, unbeschadet des § 314. Bei Ermittlung des Begriffs „diskret" ist der weiteste Maßstab anzulegen, weil die Möglichkeit besteht, daß eine heute noch unverfängliche Auskunft morgen schon zu einer bedeutsamen Sache wird.

3. *Fischer, Zweck der AG. und Stellung des Aktionärs, JheringsJ. **63** 195 f. und 327 f. Die scharfe Betonung der formal-juristischen Verschiedenheit der Rechtssphären von Korporation und Mitglied in Verbindung mit der in der aktienrechtlichen Literatur und Judikatur üblichen Verwechselung von Zweck der Korporation und Gegenstand des Unternehmens haben, ausgehend von der AG., zu dem umstrittenen Probleme der mitgliedschaftlichen Sonderrechte geführt. Man glaubt, den einzelnen gegenüber der Gesamtheit schützen zu müssen. Ungleich wichtiger als die Hervorhebung der formalen Verschiedenheit der Rechtssphären von Korporation und Mitglied ist die Betonung des Zweckes der Korporation und der Einheit der Interessen der Mitglieder im Zwecke. Das Aktienrecht lehrt, daß die Gesamtheit vor der Herrschaft des einzelnen zu schützen ist. I. Soweit es die Verwirklichung des Zweckes verlangt, muß der Korporation die Herrschaft über das Mitglied zustehen. Sie muß die Befugnis besitzen, das Mitglied von der Verfolgung von Sonderinteressen und der Schädigung der Interessen der Gesamtheit abzuhalten; sie muß insofern einen Zwang zum Zwecke ausüben können. Die wichtigsten Folgerungen für die AG. mit dem Zwecke des Gewinnerzielens und -verteilens, die Dividendengesellschaft, sind: 1. Dem Aktionär darf kein dem Inhalte nach unabänderliches Gewinnbezugsrecht, das sonst leicht zum Verderben der Gesellschaft ausgeübt werden könnte, vielmehr muß der Gesellschaft das Recht zustehen, den Umfang der Dividende entsprechend der wirtschaftlichen Lage zu bestimmen (§ 213). 2. Gemäß dem Zwecke ist erst durch Gewohnheitsrecht und sodann durch

die Gesetzgebung (§§ 185, 262 Ziff. 3) der AG., damit sie ihre durch den Satz von der beschränkten Aktionärhaftung vielfach bedrohte Existenz sichern kann, die Befugnis übertragen worden, sich Mittel zum Fortbestande zu beschaffen, indem sie den Aktionären ihre Rechte teilweise entzieht und damit neue Aktien oder alte Aktien, auf die Zuzahlungen geleistet werden, ausstattet. Als Mittel der Rechtsentziehung und -übertragung dient nicht allein die Vorzugsaktie, sondern auch die sog. Verhältnisbewertung (scharfe Herabsetzung mit sich anschließender Wiedererhöhung des Grundkapitals, und der dadurch — äußerlich nicht sichtbar — bewirkten Verschiebung des Reinvermögens zugunsten der neuen bzw. der zugezahlten Aktien auf Kosten der alten, nicht zugezahlten Aktien). Infolgedessen wird ein scharfer, wenn auch nur unmittelbarer Zuzahlungszwang auf die Aktionäre ausgeübt; der § 211 besitzt heute bloß die Bedeutung des Verbots des unmittelbaren Zwanges der Zuzahlung. Sogar zur ungleichmäßigen Behandlung von zuzahlenden und nicht zuzahlenden Aktionären ist die Gesellschaft befugt: der § 35 BGB. soll den einzelnen gegen die Vergewaltigung der Mehrheit schützen. Nach Lage der Umstände würde jedoch der Aktionär bei uneingeschränkter Durchführung des zit. § 35 die Herrschaft über die Mehrheit erlangen und diese ohne Not empfindlich schädigen, er würde die Gesellschaft zerstören können. Daher bedeutet hier die Ausnahme von § 35 BGB. bloß eine zweckmäßige Unterordnung des einzelnen unter die Gesamtheit. II. Anderseits ist durch den Zweck der Korporation die Handlungsfähigkeit der Korporation gegenüber ihren Mitgliedern begrenzt. Die AG. kann als Dividendengesellschaft nicht verfügen, daß Gewinn überhaupt nicht, sondern nur, daß er einstweilen nicht verteilt wird. Es ist falsch, den § 213 dahin auszulegen, der AG. habe die unbeschränkte Verfügungsgewalt über das Gewinnbezugsrecht der Aktionäre eingeräumt werden sollen. Allein um ihren Fortbestand zu sichern, kann die AG., wie in §§ 185, 262 Ziff. 3 anerkannt ist, den Aktionären Teile ihres Gewinnbezugsrechts sowie der Mitgliedschaft zugunsten derjenigen, die neue Aktien übernehmen oder auf bestehende Aktien zuzahlen, entziehen. Nur eine Änderung des Erwerbszweigs, des Gegenstandes des Unternehmens, kann die Gesellschaft nach §§ 274 f. HGB. durch Mehrheitsbeschluß vornehmen, nicht auch des Zweckes. Zur Änderung des Zweckes, die gar nicht durch die zitierten Paragraphen des HGB., sondern auch für die AG. durch § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB. geregelt wird, ist die Zustimmung sämtlicher Aktionäre erforderlich; nur so kann der Dividenden- in einen Geselligkeits- oder gemeinnützigen Verein umgewandelt werden. Die AG. darf nicht Bestimmungen, deren unbedingte Abänderlichkeit für Erreichung des Zweckes der Dividendengesellschaft durch die Entwicklungsgeschichte erwiesen ist, z. B. Bestimmungen über die Handhabung der Gewinnverteilung, Kapitalserhöhung, Änderung des Gegenstandes des Unternehmens, von der Zustimmung sämtlicher am Beschlusse Beteiligten abhängig machen. III. Die AG. nach § 212 HGB. ist keine Dividendengesellschaft. Sie erzielt wirtschaftlich keinen Gewinn, sondern gewährt den Mitgliedern den Gebrauch ihrer Einrichtungen, so zwar, daß der Gebrauch der Einrichtungen durch das Mitglied als Lieferung des Mitglieds an die Korporation bezeichnet wird, um auf diese Weise eine Verpflichtung der Mitglieder zum Mindestgebrauche schaffen zu können. Überdies kann das Mitglied — die Aktien sind vinkuliert — nur mit Zustimmung der Korporation ausscheiden. Die Gesellschaft des § 212 ist eine Nutzungsgemeinschaft mit Zwangscharakter. 1. Bei der um des Zweckes willen bestehenden Verbandsperson

müssen sämtliche für den Zweck wesentlichen Bestimmungen im Statute geregelt werden. Werden essentielle Bestimmungen, wie bei der Gesellschaft des § 212 die Bestimmungen über die sog. Lieferungsverbindlichkeiten, in Nebenverträge verlegt, so hat das unheilbare Nichtigkeit der AG. zur Folge. 2. Wenn die Nutzgemeinschaft des § 212, gleichviel, ob mit oder ohne Schuld, ihren Mitgliedern die Erreichung des statutarischen Zweckes nicht gewährt (z. B. die Rübengesellschaft nimmt den Mitgliedern nicht die Rüben, das Verkaufssyndikat nicht die Waren ab), wird ein dem Zwecke widersprechender Zustand geschaffen. Ebenso wie nach allgemeinem Vereinsrecht auch ohne ausdrückliche Statutbestimmung die Korporation das Mitglied wegen eines mit Beziehung auf den Zweck erheblichen Grundes ausschließen kann, kann dann anderseits der Aktionär der Gesellschaft des § 212 seinen Austritt erklären, indem er der Gesellschaft seine Aktien zur Verfügung stellt. Ein solcher Austritt widerspricht auch nicht dem Aktienrechte, da die kapitalistische Grundlage der AG. davon nicht berührt wird. IV. Im Konkurse der AG., der Verbandsperson überhaupt, ist der § 7 KO. gegenstandslos. Er spricht für physische Personen eine Verfügungsbeschränkung des Kridars in Ansehung seines dem Konkursbeschlage unterworfenen Vermögens aus. Im Konkurse der Verbandsperson hingegen kommt, da sich ihr eigentlicher Zweck mit der Konkurseröffnung erledigt und sie nur noch um der durch den Konkursverwalter zu bewirkenden Auseinandersetzung zwischen Gläubigerschaft und Mitgliedern willen fortbesteht, eine Verfügung des Kridars über das dem Konkursbeschlag unterworfene Vermögen gar nicht in Betracht; eine solche Handlung ist, nicht wie bei der physischen Person nach dem zit. § 7 nur relativ, sondern ist nach den Grundsätzen des Korporationsrechts absolut unwirksam. Insbesondere kann die AG. nicht mehr nach Konkurseröffnung durch Beschluß der Generalversammlung auf ihre Ansprüche gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder aus der Verwaltung verzichten; ein solcher Beschluß ist für die Rechtsordnung überhaupt nicht vorhanden, er braucht nicht erst durch Anfechtung nach § 271 HGB. beseitigt zu werden.

§ 252. Stimmrecht. 1. BauersZ. **20** 253. Die im Besitze der AG. befindlichen Aktien entbehren der Stimmberechtigung; sie stellen ruhende Gläubigerrechte dar und verkörpern, solange sie sich nicht im Umlaufe befinden, keine Forderung gegen die Gesellschaft. Die Stimmlosigkeit solcher Aktien bleibt auch bestehen, wenn sie von der AG. verpfändet wurden.

2. Übertragung des Stimmrechts. a) **RG.** LeipzZ. **13** 541, 778, PosMSchr. **13** 67, BankA. **12** 301, R. **13** Nr. 1796. Eine Legitimationsübertragung ist zulässig, auch wenn dem Übernehmer der Aktien keine Beschränkungen hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts auferlegt werden, es ihm vielmehr überlassen wird, das Stimmrecht ganz nach seinem Belieben zu seinem eigenen Vorteil auszuüben. Wenn bei Staub § 223 Anm. 17 davon die Rede ist, daß der Legitimationserwerber das Stimmrecht für Rechnung des Übertragenden ausübe, so ist das eine Bemerkung, die in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle zutrifft. Keineswegs aber kann es als allgemeiner Grundsatz aufgestellt werden, daß der Legitimationserwerber das Stimmrecht immer nur für Rechnung des Übertragenden ausüben könne. **b**) Schreiber, ZAktWes. **13** 93, vertritt die Ansicht, daß das Stimmrecht bei verpfändeten Aktien während der Pfandzeit ruhe. **c**) Schreiber, ZAktWes. **13** 93. Ist an einer Aktie ein Nießbrauch bestellt, so steht das Stimmrecht dem Nießbraucher nur dann zu, wenn ihm die Aktie übergeben ist. Bleibt aber das Papier in den Händen des Aktionärs, so ist der Nutznießer ausgeschlossen, und das Stimmrecht verbleibt beim Aktionär.

3. Abs. 3. Stimmenthaltung. **RG. 81** 37, JW. **13** 210, BauersZ. **20** 148, R. **13** Nr. 245. Der Begriff des „Rechtsgeschäfts“ in Abs. 3 muß auf den Verkehr der Gesellschaft nach außen eingeschränkt werden; wo es sich um die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft, um Akte des gesellschaftlichen Lebens handelt, trifft Abs. 3 nicht zu. Der Aktionär ist also bei einer Beschlußfassung, die den Widerruf seiner Bestellung zum Aufsichtsrat betrifft, stimmberechtigt. Die in **RG. 75** 234 über diese Frage geäußerten Zweifel sind nicht stichhaltig. Hachenburg, LeipzZ. **07** 460, hat versucht, eine ergänzende Regelung durch Heranziehung der allgemeinen Vorschriften des BGB. zu gewinnen; er hat zu diesem Zwecke auf § 157 Bezug genommen in dem Sinne, daß ein Gebrauch des Stimmrechts wider Treu und Glauben nicht geduldet werden dürfe. Das Mitstimmen soll besonders da ausgeschlossen sein, wo der Gesellschafter seine Stimme mißbrauche, um Rechte der Gesellschaft lahm zu legen oder sich auf ihre Kosten Vorteile zu verschaffen. Diese Ausführungen unterliegen erheblichen Bedenken. Nicht die Auslegung des Stimmrechts, sondern seine Ausübung steht in Frage. Die Ausübung eines Rechtes wird aber nach § 226 erst dann unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, Schaden zuzufügen. Vor allem aber müßte ein so dehnbarer Satz, wie Hachenburg ihn verteidigt, in das gesellschaftliche Leben die größte Unsicherheit bringen.

§ 254. Außerordentliche Generalversammlung. Kosten. BauersZ. **20** 77. Die AG. kann der Aktionärminderheit gegenüber die verlangte Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig machen.

§ 255. Berufung der Generalversammlung. 1. Nichteinberufung. ZBlFG. **13** 102, BauersZ. **20** 99, 245. Die Berufung der Generalversammlung zur Beschlußfassung über die Genehmigung der Jahresbilanz und die Gewinnverteilung sowie über die Entlastung des Vorstandes und Aufsichtsrats kann nicht aus besonderen Gründen verzögert werden. Die Entschuldigung, daß der Vorstand im Einverständnisse mit dem Aufsichtsrate die Einberufung zwecks Förderung der Sanierungsbestrebungen unterlassen habe, vermag die Unterlassung der Einberufung nicht zu rechtfertigen.

2. RJA. **12** 35 (KG.) Kein Ordnungsstrafverfahren gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats zwecks Herbeiführung der Berufung vgl. § 319 Ziff. 2.

§ 259. Protokoll über die Generalversammlung. **RG. 81** 332, R. **13** Nr. 998. Da sogar der Nachweis der ordnungsmäßigen Berufung der Generalversammlung außerhalb des Protokolls geführt werden kann, so stellt es erst recht keinen Grund für die Ungültigkeit eines Beschlusses dar, daß er, ohne daß der Vertagungsbeschluß beurkundet worden, in einer Versammlung gefaßt wurde, in der die Versammlung vom Tage vorher nur deshalb fortgesetzt wurde, weil in derselben zur Zeit des Ablaufs des Arbeitstags die Tagesordnung noch nicht erschöpft war.

§ 260. Gegenstände der ordentlichen Generalversammlung. 1. Recht der Aktionäre auf Auskunftserteilung s. § 250 Ziff. 2.

2. Entlastung des Vorstandes. **a)** Einwendung des ausgeschiedenen Vorstandes gegen die Verweigerung der Entlastung. (BauersZ. **21** 49) vgl. oben § 231 Ziff. II 6. **b)** BauersZ. **21** 50. Die erfolgte Entlastung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder mit einfacher Stimmenmehrheit bindet auch die widersprechende Aktionärminderheit mit dem zehnten Teile des Grundkapitals. Diese Minderheit könnte mit ihrem Regreßanspruche nur dann durchdringen, wenn und soweit noch keine Entlastung stattgefunden hat. Außerdem läßt sich dem Antrag

auf Entlastung ein Verlangen der Minderheit, die Verwaltungspersonen wegen schädigender Geschäftsführung zu belangen, nur dann mit Erfolg entgegenstellen, wenn dieses ebenfalls auf der Tagesordnung steht. Die Wertung einer einwandfreien mit einfacher Majorität ausgesprochenen Entlastung versagt nicht gegenüber einer Minderheit, die in der Debatte eine Klage aus § 268 in Aussicht gestellt und dann gegen die Entlastung gestimmt hat. Nur wenn die Zehntelminderheit mit einem Regreßbeschlusse der Entlastung zugestimmt oder wenigstens einen dahingehenden Beratungsgegenstand auf die nämliche Tagesordnung gebracht hat, wäre es unmöglich, eine gültige Entlastung mit einfacher Stimmenmehrheit durchzusetzen.

3. Bilanzvorlage. ElsLothJZ. **13** 99, LeipzZ. **13** 566, BauersZ. **20** 174, R. **13** Nr. 743 (Colmar). Der dem Vorstand auferlegten Pflicht zur Aufstellung und Einreichung der Bilanz für das verflossene Geschäftsjahr entledigt er sich nicht dadurch, daß er diese Bilanz verbunden mit der für ein früheres Geschäftsjahr aufzustellen gewesenen dem Registergericht einreicht. Die Pflicht zu deren Einreichung gesondert für jedes Geschäftsjahr beruht auf dem öffentlichen Interesse und ist zwingender Natur; sie kann auch dann nicht erlassen werden, wenn die Aufstellung mit Schwierigkeiten verknüpft ist. Die Pflicht zur Einreichung trifft die Vorstandsmitglieder, die zu der Zeit im Amte sind, zu der sie vom Registergerichte zur Einreichung angehalten werden. Daß die Vorstandsmitglieder ausgeschieden sind, die in dem Geschäftsjahr im Amte waren, als die Bilanz hätte eingereicht werden sollen, entbindet die jetzigen Vorstände nicht von der Einreichung. Eine Entschuldigung für die Verabsäumung der Vorlage ist auch darin nicht zu finden, daß in dem betreffenden Geschäftsjahr eine Bilanz überhaupt nicht aufgestellt worden ist und daß während desselben die AG. den Betrieb vollständig eingestellt hatte.

4. Geschäftsbericht. BauersZ. **20** 194. Der Vorstand einer Terraingesellschaft auf Aktien braucht die Aktivierung der Hypothekzinsen und der Gemeindegrundsteuern im Geschäftsberichte nicht zu erwähnen.

5. Abs. 2. *Goldschmidt, Die Ausbietungsgarantie in der Bilanz der Terraingesellschaft, HoldheimsMSchr. **13** 98—101. Die aus den Hauptbüchern nicht ersichtliche Ausbietungsgarantie der Terraingesellschaft ist bei Feststellung der Bilanz zu berücksichtigen. Denn die Erfüllung einer Ausbietungsverpflichtung ist regelmäßig verlustbringend (98). Tritt aber ein aus der Erfüllung einer Verbindlichkeit drohender Verlust in der Bilanz nicht in Erscheinung, so kann diese Buchführung nicht als ordnungsmäßig bezeichnet werden. Der aus den Ausbietungsgarantien zu erwartende Verlust findet in der Bilanz nur dann eine ausreichende Berücksichtigung, wenn eine gesonderte Rückstellung vorgenommen wird, die als ein schätzungsweise bestimmter Betrag auf der Passivseite erscheint. — Über die Höhe und die Art der übernommenen Ausbietungsgarantien, insbesondere darüber, ob sie sich auf erste oder zweite Hypotheken beziehen, hat sich der Geschäftsbericht auszusprechen, der den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft entwickeln soll.

§ 261. Bilanz. 1. **RG. 81** 17, BauersZ. **20** 149, 268, DJZ. **13** 289, R. **13** Nr. 246. Schulden, deren Bezahlung nur für den Fall der Erzielung eines, sei es gegenwärtigen, sei es zukünftigen Reingewinns, und nur aus diesem zu erfolgen hat, müssen bei der Ermittlung, ob ein Gewinn erzielt worden ist, naturgemäß außer Betracht bleiben. In die zur Ermittlung des Gewinns oder Verlusts bestimmten Jahresbilanz sind vielmehr bloß die eigentlichen Vermögensschulden aufzunehmen.

2. Herstellung der richtigen Bilanz bei Anfechtungsklage durch den Richter vgl. § 273.

3. Mitwirkung des ausgeschiedenen Vorstandes bei Bilanzziehung s. oben § 231 Ziff. III 6 (BauersZ. **21** 49).

4. **RG.** ZAktWes. **13** 190. Die Bilanz einer AG. muß nicht nur hinsichtlich des Endresultats, sondern auch hinsichtlich der einzelnen Posten wahr sein.

5. Zu Ziff. 2. a) Was ist unter Herstellungspreis zu verstehen? Hachenburg, LeipzZ. **13** 1. Zwei Ansichten stehen sich gegenüber. Simon (Bilanz der AG.) und mit ihm Staub, Lehmann, Makower erklären, daß der Herstellungspreis sich nur aus den Aufwendungen für Rohmaterialien und Arbeitslöhne zusammensetzt, während Esser, Cosack, Holdheim, Keyssner auch die Generalunkosten heranziehen. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Alle Verwaltungskosten, also auch Gehalt des Vorstandes, Kosten der Buchführung und Ähnliches auf die Waren zu verteilen, ist sicher unstatthaft; denn das ist kein Aufwand für die Herstellung. Aber anderseits gehört zum Herstellungspreise wirtschaftlich und kaufmännisch mehr als nur Löhne und Material. Daher muß dies auch dem Gesetz entsprechen; es kann beim Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift nicht angenommen werden, daß das Gesetz der AG. vorschreiben wollte, den Herstellungspreis anders als unter Einsetzung aller Aufwendungen hierfür zu berechnen. Der Herstellungspreis umfaßt daher rechtlich wie kaufmännisch alle Aufwendungen, die erfolgten, um die Ware herzustellen; er schließt alle Aufwendungen aus, die die allgemeine Leitung und Verwaltung des Geschäfts und die Behandlung der Ware nach der Herstellung erfordert. Zu welcher Kategorie die Kosten gehören, ist jeweils im Einzelfalle zu prüfen. Ein absolut sicherer Grenzstrich läßt sich nicht geben, ähnlich wie bei der Frage des Kausalzusammenhanges. Im einzelnen erscheint es zulässig, die regulären Abschreibungen der Maschinen zu den Herstellungskosten zu rechnen, nicht aber eine außerordentliche Abschreibung, die durch eine besondere Beschädigung oder durch Feststellung einer früheren Überwertung nötig wird. Den Maschinen stehen die gleich, die die Kraft zum Betriebe jener liefern, ebenso die Hilfsmittel für die Maschine, wie Kohlen, Öl. Auch der Aufwand für Beleuchtung gehört hierher, nicht aber die Abschreibungen auf Immobilienkonto oder die Miete für Fabrikräume. Der Aufwand für Fuhrwerk und die Abschreibungen hierfür können hierher gehören, z. B. wenn die Rohwaren aus dem Lager nach der Fabrik gefahren werden oder während der Fabrikation von einem Raume zum anderen; dagegen gehört der Transport der Fertigware zu den Verkaufsspesen. Modelle oder Zeichnungen fallen unter die Herstellungskosten. Von den Arbeitsvergütungen gehören die Gehälter für Aufsichtsbeamte, Werkmeister, die Löhne der Arbeiter an Kraft- und Beleuchtungsmaschinen hierher, nicht aber das Gehalt des Direktors, auch wenn er zugleich die technische Leitung besorgt, nicht die Gehälter der Beamten des technischen Bureaus, die der Vorbereitung der Fabrikation dienen oder die Erfindungen ausproben und verbessern. b) Anschaffungspreis. BauersZ. **20** 169. Anschaffungspreis ist nicht gleichbedeutend mit dem bloßen Kaufgelde, sondern es darf auch das berücksichtigt werden, was die Parteien sonst noch damit abgegolten wissen wollten, und nicht minder eine unentgeltliche Zuwendung.

6. Ziff. 3. a) BauersZ. **20** 195. Wertpapiere, in denen der Reservefonds angelegt wird, die also nicht zur Weiterveräußerung bestimmt sind, können trotz der Vorschrift der Ziff. 1 mit dem Anschaffungspreis ohne Rücksicht auf einen niedrigen Kurs in die Bilanz eingestellt werden. b) BauersZ. **21** 53. Bilanzbehandlung von Zeichnerlöhnen.

§ 262. Reservefonds. 1. Ziff. 1. Über die Berechnung der Rücklage zum gesetzlichen Reservefonds und ihren Einfluß auf die Tantiemenhöhe s. Rehm, GoldschmidtsZ. **75** 79 (vgl. oben § 237 Ziff. 4).

2. Ziff. 2. *Dalberg, LeipzZ. 13 881, bespricht das Emissions-Agio und seine Verwendung. Es werden untersucht I. der Charakter des Agios (es ist Einlage, nicht Gewinn, also falsch die frühere Praxis des Verwaltungsgerichts, das Agio als Gewinn zu versteuern). II. Die Zuführung des Agios zum Reservefonds, und zwar a) Höhe des Agios, b) Zweck der Vorschrift des § 262 Ziff. 2, c) Reservefonds und Grundkapital. III. Das Agio bei Kapitalserhöhung: a) Bedeutung für die alten Aktionäre, b) Bezugsrecht, c) Verhältnis von Agio und Bezugsrecht, d) das Agio bei ausgeschlossenem Bezugsrechte der Aktionäre. IV. Die versteckte Überpari-Emission: a) die Gefahr der Agiotage, b) rechtliche Zulässigkeit der versteckten Überpari-Emission. V. Sonderfälle der Agio-Verwertung: a) mittelbares Agio, b) Dispositionsfonds, c) Leistungen aus dem Agio an Dritte α. zwecks Schenkung, Wohltätigkeit, β. zwecks Lösung einer Gesellschaftsverpflichtung, γ. zwecks Tilgung von Genußscheinen, δ. zwecks Zuführung von Untergesellschaften. — Wenn eine AG. ihr Kapital erhöht, um Sachwerte, welche im Besitze von Nichtaktionären sind, gegen Hingabe der jungen Aktien zu erwerben, so kann, sofern überhaupt eine Überpari-Emission statutenmäßig statthaft ist, die Emission der jungen Aktien über Pari erfolgen (arg. §§ 184 Abs. 2, 186 HGB.). In diesen Fällen fließt das erzielte Agio in den Reservefonds (§ 262 Ziff. 2 HGB.). Es kann aber auch die Ausgabe zu Pari erfolgen und dabei doch für die jungen Aktien Sachwerte eingetauscht werden, welche den Pariwert derselben übersteigen. Dieser Fall der sog. versteckten Überpari-Emission ist insofern als Scheingeschäft anzusehen und nichtig, als der Sache nach in Wahrheit ein Agio erzielt worden ist. Es müßten danach die auf eine Überpari-Emission bezüglichen Rechtsregeln Anwendung finden (§ 117 Abs. 2 BGB.) und insbesondere das zwar nicht formell aber doch sachlich erzielte Agio zum Reservefonds gemäß § 262 Ziff. 2 HGB. abgeführt werden. Dem steht jedoch ein in langjähriger Finanzierungspraxis entstandenes Gewohnheitsrecht entgegen. Diesem zufolge können die jungen Aktien zu Pari ausgegeben und dementsprechend in der Bilanz auf der Aktivenseite die neu erworbenen Sachwerte zu dem niedrigeren Werte eingesetzt werden, der dem Parikurse der Aktien entspricht (Bildung stiller Reserven).

3. Ziff. 2. BauersZ. 20 222. Über die Anwendung der Vorschrift, daß das bei Ausgabe junger Aktien erzielte Agio in den Reservefonds gehört.

4. Gewinnvortrag. Seine rechtliche Natur. a) Rehm, GoldschmidtsZ. 75 68. Gewinnvortrag ist keine Rücklage im Sinne der §§ 237, 245 HGB. Zum Begriffe der Rücklage gehört, daß sie aufhört als Vermögensvermehrung, als Neuvermögen zu gelten; sie muß Stammvermögen werden, Vermögen, das zu erhalten, nicht zu verteilen ist. Der Gewinnvortrag ist aber nur für das Jahr unverteilbar, in dem er entstand, in das neue Jahr geht er als Gewinn über. Weil er Gewinn ist, wird der Gewinnvortrag ohne weiteres durch bilanzmäßige Verluste des neuen Jahres herabgemindert oder aufgezehrt; eine Reserve dagegen nur durch Verwendungs- und Auflösungsbeschluß. Bei der Gewinnrücklage bedarf es eines Beschlusses, um sie verteilbar, beim Gewinnvortrag eines Beschlusses — in dem Beschlusse der Generalversammlung über die nächste Gewinnverteilung enthalten —, um sie unverteilbar zu machen. Daß im Sinne der Einkommensteuergesetze der Gewinnvortrag Reserve und also steuerpflichtig ist, ändert nichts, da das, was im Sinne des Steuergesetzes Reserve ist, es noch nicht im Sinne des HGB. ist; denn das Steuergesetz will etwas ganz anderes als das HGB. Auch die buchtechnische Behandlung des Gewinnvortrags, seine Verbuchung auf Gewinn- und Verlustkonto, beweist klar seine rechtliche Natur. Würde der Gewinnvortrag im Jahre seiner Entstehung für eine Reserve erklärt, so würde er in diesem Jahre tantiemefrei sein, aber im nächsten Jahre tantiemepflichtig. So Staub § 237

Note 11 u. 15. Also in dem Jahre, wo er verdient wird, tantiemefrei, in dem Jahre, in dem er nicht verdient wird, tantiemepflichtig. Eine praktische Unmöglichkeit. b) Vgl. auch Fischer, JheringsJ. **63** 195 (s. oben § 250 Ziff. 3).

§ 263. Bilanzeinsicht vor Generalversammlung. BauersZ. **20** 145. Nach § 263 Abs. 2 hat der Aktionär das Recht, vor dem Tage der Generalversammlung eine Abschrift der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung usw. zu verlangen. Nach erfolgter Genehmigung der Bilanz kann dagegen der Anspruch aus Abs. 2 nicht mehr geltend gemacht werden.

§ 265. Vgl. § 260 Abs. 2.

§ 266. Bestellung von Revisoren durch die Generalversammlung. Markuse, LeipzZ. **13** 116. Wenn auch § 266 von einem Beschlusse der Generalversammlung auf Bestellung von Revisoren spricht, so soll damit doch nicht ausgedrückt sein, daß die Generalversammlung — entsprechend ihrer regelmäßigen Stellung als bloß beschließendes und nicht ausführendes Organ — nur die Einsetzung einer Revision zu beschließen und die Ausführung dieses Beschlusses, insbesondere die Auswahl der Revisoren, dem Vorstand und Aufsichtsrate zu überlassen habe. Das Gesetz kann unmöglich die Auswahl der Revisoren, die die Geschäftsführung von Vorstand und Aufsichtsrat zu prüfen haben, dem Vorstande haben übertragen wollen. Die Generalversammlung handelt bei der Wahl als Vertreterin der Gesellschaft. Der Gewählte hat gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf Entschädigung, und der Vorstand ist verpflichtet, die Entschädigung aus Gesellschaftsmitteln zu zahlen, auch wenn er sich der Bestellung widersetzt hat. Das gleiche gilt für die Wahl von Prozeßvertretern für den Regreßprozeß gegen Gründer, Vorstand und Aufsichtsrat (§ 268).

§ 268. Regreßklage gegen die Gesellschaftsorgane. 1. Wahl der Prozeßvertreter durch die Generalversammlung. Markuse, LeipzZ. **13** 116. Vgl. § 266.

2. BauersZ. **21** 50. Anfechtung der Entlastung des Vorstandes durch die Minderheit. Vgl. oben § 260 Ziff. 2b.

§§ 271, 272. Literatur: Flechtheim, Das Urteil auf Ungültigkeitserklärung eines Generalversammlungsbeschlusses; abgedruckt in der Festschrift für Zitelmann.

Anfechtungsklage gegen Generalversammlungsbeschlüsse. I. Nichtige Beschlüsse. 1. **RG.** BauersZ. **20** 146, Holdheims MSchr. **13** 248, R. **13** Nr. 745. Als unheilbar nichtig dürfen nur die Beschlüsse behandelt werden, deren Inhalt einer Zwangsvorschrift zuwiderläuft, nicht solche, die das Gesetz nur durch die Art ihres Zustandekommens verletzen. Auch bei der Behauptung, die nicht zum Konsortium gehörigen Aktionäre seien durch Beteiligung am Emissionsgewinne der Entlastung geneigt gemacht, steht absolute Nichtigkeit trotz § 317 nicht in Frage.

2. KGJ. **43** 105, RJA. **12** 134, ZBlFG. **13** 134, BauersZ. **20** 224, DNotV. **13** 674, R. **13** Nr. 2168. Unheilbar nichtig ist der Beschluß der Generalversammlung über eine Satzungsänderung, wenn der Satzung zuwider bei der Beschlußfassung nicht zwei Dritteile des Grundkapitals vertreten waren. Das Statut erkennt in allen solchen Fällen die Versammlungen als Generalversammlungen in gesetzlichem Sinne nur an, wenn sie in ganz bestimmter Weise zusammengesetzt sind; Versammlungen, die diesen statutarischen Erfordernissen nicht entsprechen, können und dürfen keine Beschlüsse fassen. Jeder Aktionär hat ein unentziehbares Recht darauf, daß solche Beschlüsse nicht gefaßt werden.

3. Über die Nichtigkeit der von der AG. entgegen ihrem Zwecke vorgenommenen Akte s. Fischer, JheringsJ. **63** 231. Vgl. oben § 250 Ziff. 3.

II. Anfechtungsgründe. 1. **RG.** BankA. **12** 178, BauersZ. **20** 146. Wenn auch die Verwaltung einer AG. eigennützig gehandelt haben sollte, kann doch ein Generalversammlungsbeschluß nicht deshalb als sittenwidrig angefochten werden, weil er den Mitgliedern der Verwaltung Entlastung erteilt. Aus der Ungesetzlichkeit einer Verwaltungsmaßregel folgt noch keineswegs die Ungesetzlichkeit des Entlastungsbeschlusses, wodurch die Generalversammlung in Kenntnis des Sachverhaltes auf den Schadensersatzanspruch verzichtet. Kann es doch auch bei Liquidität des Ersatzanspruchs und bei Zahlungsfähigkeit der Schuldner im Interesse der Gesellschaft, um eine Erschütterung ihres Kredits zu vermeiden, geboten sein, von einer Absetzung der Verwaltungsmitglieder und Erhebung eines Anspruchs gegen sie abzusehen.

2. **RG. 82** 182, JW. **13** 743. Anfechtung wegen Verletzung des Fragerechts der Aktionäre. Vgl. § 250 Ziff. 2a.

3. Unterlassung der Dividendeverteilung. SeuffA. **68** 151, SeuffBl. **13** 45, BauersZ. **20** 195, R. **13** Nr. 562 (München). „Rücklage" ist auch der Gewinnvortrag des Bilanzjahres, wenn er nach Beschluß der Generalversammlung nicht als Dividende ausgeschüttet, sondern auf neue Rechnung vorgetragen werden soll (vgl. **RG.** JW. **05** 345, wo die gegenteilige Meinung von Rehm, Bilanzen 552, widerlegt ist). Zur Anfechtung dieses Beschlusses ist der 20. Teil des Grundkapitals erforderlich, auch wenn die Anfechtung lediglich gegen die Unterlassung der Gewinnverteilung gerichtet wird. Das Recht auf Dividende ist auch kein Sonderrecht des Aktionärs. (Wie hier hat auch Dresden entschieden. Vgl. JDR. **11** § 271 Ziff. 1 f.)

4. **RG.** LeipzZ. **13** 392, BauersZ. **20** 247, WarnE. **6** 195. Auch auf eine Verletzung des § 138 BGB. kann die Anfechtungsklage gestützt werden.

III. Klagefrist. **RG.** SeuffA. **68** 329, HoldheimsMSchr. **13** 248, BankA. **12** 178, ZAktWes. **13** 9, BauersZ. **20** 146, **21** 30, DJZ. **13** 465, R. 13 Nr. 744. Binnen der Monatsfrist des § 271 Abs. 2 muß nicht nur die Klage erhoben, sondern auch die Gesetzes- oder Satzungsverletzung, auf die sie sich stützen soll, geltend gemacht werden. Abgesehen von den an keine Frist gebundenen absoluten Nichtigkeitsgründen, können neue Verletzungen nach Ablauf des Monats nicht noch gebracht werden (so schon **RG.** JW. **03** 390).

IV. Prozessuales. 1. Anwaltschaftliche Vertretung von Vorstand und Aufsichtsrat bei Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. LeipzZ. **13** 870 (Bamberg). Daß die Vertretung der verklagten AG. durch Vorstand und Aufsichtsrat nach § 272 Gesamtvertretung ist, daher beide gemeinsam Prozeßvollmacht zu erteilen haben, ist die jetzt herrschende Ansicht. Es ist aber nicht anzuerkennen, daß die Aufstellung zweier Prozeßbevollmächtigter von vornherein zur Erreichung des Zweckes der Vorschrift der Doppelvertretung erforderlich sei.

2. Zustellung der Anfechtungsklage; Prozeßvertretung der AG. a) **RG.** JW. **13** 210, BauersZ. **20** 148, R. **13** Nr. 247. Wenn § 272 Abs. 1 zur Vermeidung von Kollusionen vorschreibt, daß die AG. gegenüber einer Anfechtungsklage außer durch den Vorstand auch durch den Aufsichtsrat vertreten werde, so ist doch daneben § 171 ZPO. anzuwenden, wonach die Zustellung nur an die Vorsteher, bei mehreren gesetzlichen Vertretern nur an einen von ihnen zu erfolgen braucht. Immerhin müssen alle Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtrats im Prozesse vertreten sein. Dies wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, daß in der Klage nur ein Mitglied des Vorstandes genannt ist. Denn gleichwohl können auch die übrigen Mitglieder die Zustimmung zur Prozeßführung gegeben haben. Ist das aber der Fall, so ist darin, daß die Klage nicht alle Vertreter mit Namen aufführt, nur ein Verstoß gegen eine Ordnungsvorschrift zu finden (vgl. **RG.**

LeipzZ. **13** 392). **b)** HansGZ. **13** Hptbl. 169 (Hamburg). Bei der nach § 272 HGB. an ein Mitglied des Aufsichtsrats zu bewirkenden Zustellung der Anfechtungsklage findet § 184 ZPO. keine Anwendung. **c)** LeipzZ. **13** 790 (Düsseldorf). Die Anfechtungsklage muß innerhalb der Monatsfrist dem Vorstande und Aufsichtsrate formell ordnungsmäßig zugestellt sein. Mängel der Zustellung sind nur nach § 187 ZPO. heilbar. — Das **RG.** (BauersZ. **20** 247) hat das Urteil des OLG. Düsseldorf aufgehoben.

V. Anfechtungsklage im Falle des Konkurses der AG.; Legitimation des Konkursverwalters. Wulff, LeipzZ. **13** 177. Während das **RG. 76** 244 die Passivlegitimation des Konkursverwalters überall da, wo die Verteidigung des Beschlusses nicht eine gesetzliche Obliegenheit des Konkursverwalters bildet, verneint, wird sie von Fürst, LeipzZ. **12** 513, (vgl. JDR. **11** § 272), mit der Maßgabe bejaht, daß, wie in allen anderen Fällen von finanzieller Tragweite, so auch hier das Vertretungsrecht, das außerhalb des Konkurses dem Vorstande zustehe, hier dem Konkursverwalter zukomme, so daß in analoger Anwendung des § 272 Abs. 1 der Konkursverwalter seine eigene Anfechtungsklage gegen die AG., diese vertreten durch den Aufsichtsrat, zu richten habe, während der anfechtende Aktionär den Prozeß gegen den Konkursverwalter und den Aufsichtsrat zu führen habe. Dieser Ansicht Fürsts ist im allgemeinen beizutreten. Nicht jeder Generalversammlungsbeschluß braucht die Konkursmasse zu berühren. Für die Frage der Sachlegitimation hinsichtlich der Anfechtung ist somit der Inhalt des Beschlusses entscheidend. Je nachdem er das zur Konkursmasse gehörige Vermögen betrifft oder nicht, sind der Konkursverwalter oder der Vorstand, letzterer allein oder mit dem Aufsichtsrat, aktiv und passiv legitimiert. Entschließt sich der Verwalter nicht zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses, so darf er, wenn ein Aktionär ihm die Anfechtungsklage hat zustellen lassen, den Klaganspruch anerkennen, ohne an die Zustimmung des Aufsichtsrats gebunden zu sein. Dieser ist, wenn und soweit der Verwalter die AG. zu vertreten hat, gänzlich ausgeschlossen, und es findet nicht etwa nur kumulative Vertretung durch beide statt. In dieser Beziehung ist dem RG. beizupflichten, die entgegenstehende Ansicht Fürsts scheitert an den Vorschriften der KO., die ein Mitwirken des Aufsichtsrats der Gemeinschuldnerin bei der Verwaltung der Masse nicht kennt. Wie gestaltet sich aber das Verfahren, wenn der Verwalter selbst einen Generalversammlungsbeschluß anfechten will, und bedarf es hierfür einer Klage seinerseits? Die Frage ist praktisch in den Fällen, wo eine Anfechtung nach § 32 KO. nicht gegeben ist. Das RG. hat lediglich bemerkt, daß der Verwalter, da von der Ausübung des aktienrechtlichen Anfechtungsrechts die Erhaltung eines Bestandteils der Masse abhängt, berufen sei, einem klagenden Aktionär als Nebenintervenient beizutreten. Wenn aber kein Aktionär klagte, muß dem Verwalter das Recht zugesprochen werden, die Klage gegen seine Gemeinschuldnerin, die AG., zu richten. Ein solcher Prozeß zwischen Konkursverwalter und Gemeinschuldner ist durchaus möglich; eine unzulässige Identität der Prozeßparteien liegt nicht vor. Der Konkursverwalter der AG. kann daher Klage gegen die Gesellschaft nach § 272 erheben, wenn durch den anzufechtenden Beschluß die Masse berührt wird. In diesem Prozesse wird die AG. durch ihre ordentlichen Organe (Vorstand und Aufsichtsrat) vertreten. Hatte der Vorstand zur Zeit der Konkurseröffnung schon die Anfechtungsklage erhoben, so tritt der Verwalter nicht als Nebenintervenient bei, sondern er verdrängt, indem er den Prozeß aufnimmt, den Vorstand. Hat ein Aktionär die Anfechtungsklage vor Konkurseröffnung erhoben, so kann der Verwalter nach seiner Wahl als Nebenintervenient die Klage unterstützen oder selbständig Klage erheben. Die Anfechtung von Beschlüssen, die die Masse nicht berühren, erfolgt ohne jede Teilnahme des Konkursverwalters, eine Unterbrechung eines solchen Prozesses durch die Konkurseröffnung (§ 240 ZPO.) tritt nicht ein. Es wird auch nicht etwa dadurch, daß die Verpflichtung der Gesell-

schaft zur Tragung der Prozeßkosten in Frage steht, die Angelegenheit zu einer der Konkursmasse, und zwar gleichgültig, ob die Klage bei Konkurseröffnung schon anhängig ist. Die Prüfung, ob ein Beschluß die Masse berührt, ist zumeist nicht schwierig. Nicht nur rechtliche, auch rein wirtschaftliche Beziehungen kommen hierbei in Betracht. Es sind hier die gleichen Grundsätze maßgebend, die für die Frage der Unterbrechung eines die Konkursmasse betreffenden Prozesses nach § 240 ZPO. entscheidend sind (vgl. **RG. 45** 374).

§ 273. Folgen der Anfechtungsklage. Herstellung der richtigen Bilanz durch den Richter (vgl. GmbH. § 42). Pinner, LeipzZ. **13** 44, wendet sich gegen die Rechtsprechung des RG. (**RG. 64** 261; **76** 244 und JW. **13** 143) mit folgenden Ausführungen: der Fall, den das RG. in dem letzten Urteil entschied, liegt an sich tatsächlich einfach. In dem einen Posten der Aktivseite — Warenbestand — ist der Wert nach der Ansicht des Gerichts unrichtig festgestellt, und zwar zu niedrig. Es erscheint nun auf den ersten Blick allerdings, als wenn nichts einfacher wäre, als an Stelle dieses einen Postens den — wenn man den Grundsätzen des Gerichts folgt — der Höhe nach unbestrittenen anderen Posten einzusetzen und den dadurch erzielten Mehrbetrag des Gewinns als Dividende zu verteilen. Dieses zahlenmäßige Rechnen widerspricht aber den Grundsätzen des HGB. über die Festsetzung einer Bilanz. Die Bilanz unterliegt in gewisser Weise dem Ermessen der Majorität, die insbesondere, soweit sie nicht böswillig oder willkürlich verfährt, zur Stärkung des Unternehmens Abschreibungen und Rücklagen über das gesetzliche Maß hinaus vornehmen kann, eine Maßregel, die nach § 271 Abs. 3 Satz 2 nur unter gewissen Voraussetzungen (Besitz des 20. Teiles des Grundkapitals) anfechtbar ist. Gegen dieses Recht der Majorität verstößt das RG.; denn der Richter kann nicht wissen, ob nicht, wenn, wie im Falle JW. **13** 143, einige 100000 M. mehr verdient waren, die Generalversammlung nicht beschlossen hätte, einen Teil dieses Gewinns einem Reservefonds zuzuführen.

Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 274. 1. Beschluß auf Abänderung ohne die statutarische Mehrheit s. §§ 271, 272 Ziff. I 2.

2. Fischer, JheringsJ. **63** 195. Änderung des Gegenstandes, des Zweckes des Unternehmens vgl. oben § 250 Ziff. 3.

3. Statutarvorschrift, daß das Statut nur mit Genehmigung sämtlicher Mitglieder abgeändert werden dürfe, s. Fischer, JheringsJ. **63** 232. Vgl. oben § 250 Ziff. 3.

§ 275. Abstimmungsmodalitäten. Abs. 3 Aktien mit und ohne Rübenlieferungspflicht als Aktien mit verschiedener Berechtigung. **RG. 80** 95 u., BauersZ. **20** 105 f. JDR. **11** § 275.

§ 278. Kapitalserhöhung. 1. Anfechtung der Zeichnung s. Kraft, JW. **13** 177. Vgl. oben § 189 zu I.

2. Agio bei Kapitalserhöhung s. Dalberg, Leipz.Z **13** 881. Vgl. § 262 Ziff. 2.

3. Grundkapitalserhöhung durch Zuzahlung. Simon, HoldheimsMSchr. **13** 157. Neben der Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien ist zweifellos auch eine solche durch Zuzahlung zulässig. Ebenso Staub, § 278 Anm. 1. Das folgt aus § 262 Ziff. 3, der von Zuzahlungen spricht, die ohne Erhöhung des Grundkapitals geleistet werden, also Zuzahlungen zwecks Grundkapitalserhöhung implicite für zulässig erklärt. Die Erhöhung wird hier regelmäßig nicht auf einen bestimmten Betrag, sondern in der allgemeinen als zulässig anerkannten Art der Erhöhung bis zum Höchstbetrage beschlossen werden müssen, da nicht vorauszusehen ist, ob alle Aktionäre aufzahlen. Da immer damit gerechnet

werden muß, daß Aktionäre nicht aufzahlen, wird der Erhöhungsbeschluß anordnen, daß in Höhe der nicht aufgezahlten Beträge neue Aktien ausgegeben werden. Aber auch durch diesen Eventualbeschluß wird das Erfordernis, daß der Beschluß ein Höchstbetragserhöhungsbeschluß sein muß, nicht überflüssig. Es ist ja möglich, daß auf eine so geringe Zahl von Aktien nicht aufgezahlt wird, daß in Höhe der nicht aufgezahlten Beträge eine Aktie, die ja auf mindestens 1000 M. lauten muß, nicht ausgegeben werden kann. Der Erhöhungsbeschluß muß ferner enthalten den Betrag der Zuzahlung, der auf jede Aktie zu leisten ist, den Nennbetrag, auf den die alten Aktien durch die Zuzahlung erhöht werden sollen, und den Nennbetrag der Aktien, die in Höhe der nicht aufgezahlten Beträge neu ausgegeben werden sollen; zulässig ist dabei die Bestimmung, daß ein infolge unvollständiger Aufzahlung bei Bildung der neuen Aktien verbleibender Rest der letzten jungen Aktie zuzuschlagen ist, die also dann auf einen höheren, im Erhöhungsbeschlusse noch nicht anzugebenden Betrag lautet. Die endgültige Festsetzung des Nennbetrags der einen Aktie kann ebenso wie die Festsetzung der Grundkapitalsziffer dem Aufsichtsrat von der Generalversammlung nach § 274 Abs. 1 überlassen werden. Bei der Ungewißheit, ob und wieviel Aktien zuzahlen, läßt sich ein gleichmäßiges Bezugsrecht auf die eventuell auszugebenden jungen Aktien nicht gewähren. Deshalb wird die Generalversammlung das den Aktionären nach § 282 zustehende Bezugsrecht auszuschließen haben. Über das Schicksal des bei Umwandlung von Gulden- in Mark-Aktien bleibenden Pfennigbruchteils s. S. 158. — Der Registerrichter wird die Anmeldung nur dann abzuweisen haben, wenn der Beschluß das Gesetz verletzt. Wenn der Beschluß in seiner Ausführung nur möglicherweise das Gesetz verletzt, wenn er z. B. nicht bestimmt, daß Aktien unter 1000 M. nicht ausgegeben werden dürfen, oder wenn er unter Umständen nicht durchgeführt werden kann, so darf der Richter die Anmeldung nicht zurückweisen. — Für den Nachweis der erfolgten Erhöhung sind die §§ 284 ff., 281 HGB. entsprechend anzuwenden; denn es besteht kein Grund, warum für Schaffung erhöhter Mitgliedschaftsrechte andere Erfordernisse bestehen sollten als für die Schaffung neuer Mitgliedschaftsrechte.

4. Fischer, JheringsJ. **13** 195. Schaffung neuer Aktien mit Vorzugsrecht. Vgl. oben § 250 Ziff. 3.

5. Abs. 2: Gesonderte Abstimmung der Inhaber von Vorzugsaktien. **a)** **RG. 79** 112 f., JDR. **11** § 278 Abs. 2. Kein Recht des Zeichnens, nachdem der Erhöhungsbeschluß eingetragen und durchgeführt ist, seine Aktionäreigenschaft deswegen zu bestreiten, weil die verschiedenen Gattungen der Aktien nicht getrennt abgestimmt haben. **b)** HansGZ. Hptbl. **13** 169. Wenn die Stammaktien den bisherigen Vorzugsaktien gleichgestellt werden, diese bisherigen Vorzugsaktien aber ein Recht auf Dividendennachbezug behalten, das den früheren Stammaktien nicht gewährt wird, dann sind zwei verschiedene Gattungen von Vorzugsaktien vorhanden.

§ 282. Aktienbezugsrecht bei Kapitalserhöhung. (Vgl. § 213.) 1. Winckler, LeipzZ. **13** 48. Der Fruchtbegriff erfordert eine regelmäßige Wiederkehr des Ertrags. Daran fehlt es beim Bezugsrecht. Ist sonach das Bezugsrecht nicht als eine Nutzung der Aktien anzusehen, so steht auch sein Vorteil nicht dem Nießbraucher, sondern dem Aktionär zu. (➡ Ebenso JDR. **11** § 282 Ziff. 1 b. Red. ⬅) Nun haben neuerdings einige AG., und zwar in der Absicht, dadurch die allzu hohen Dividenden auf einen niedrigen Betrag zurückzuführen, ihren Aktionären ein Bezugsrecht auf von ihnen herauszugebende Gratisaktien eingeräumt. Das Verfahren hierbei ist in der Regel so, daß die Gesellschaft selbst aus ihrem Gewinne die für die Vollzahlung dieser neuen Aktien erforderlichen Beträge bereitstellt und zugunsten der Aktionäre verwendet, denen, falls sie die neuen Aktien nicht beziehen wollen, das Recht eingeräumt wird, statt dessen für

jede alte Aktie den entsprechenden Teilbetrag der Einzahlung bar zu verlangen. Durch die Ausgabe solcher Gratisaktien wird der Nießbraucher doppelt geschädigt. Sie werden zu seinen Lasten verteilt, indem die AG. zurückgehaltene Gewinne zur Einzahlung des neuen Aktienkapitals benutzt, und ihre Ausgabe bringt es weiter mit sich, daß die ihm zustehenden künftigen Nutzungen sich mindern. Deshalb muß sein Nießbrauch sich auf die Gratisaktien mit erstrecken, die auf die seinem Nießbrauch unterstehenden Aktien entfallen. Die Gratisaktien sind aber dabei als Kapitalzuwachs zu behandeln, nicht etwa als eine dem Nießbraucher völlig zufallende Nutzung. Entscheidet sich allerdings der Aktionär für den Empfang des Barbetrags, so fällt dieser dem Nießbraucher zu, da es sich dann nur um eine Gewinnverteilung und um kein Bezugsrecht handelt.

2. Winckler, LeipzZ. **13** 456. Was die rechtliche Natur der unter a erwähnten Gratisaktien anlangt, so sind sie nicht etwa ein Geschenk der AG. an ihre Aktionäre; denn die Aktionäre erhalten die Aktien nicht umsonst, sondern unter Verzicht auf einen Teil ihres Anspruchs auf Gewinnverteilung; vielmehr ist die Gratisaktie aufzufassen als ein den Aktionären eingeräumtes Bezugsrecht auf von der AG. in Aktien umgewandelte Reserven.

3. Dalberg, LeipzZ. **13** 881. Verhältnis von Agio und Bezugsrecht. Vgl. § 262 Ziff. 2.

4. Nießbrauch und Aktienbezugsrecht. Treier, LeipzZ. **13** 913. Das Bezugsrecht entsteht nicht aus der Aktie selbst, zu seiner Entstehung haben neue Momente (Erhöhung des Grundkapitals, Beschluß der Generalversammlung) mitzuwirken. Es bildet also ein neu erworbenes, selbständiges Vermögensrecht, das das Stammrecht des Eigentümers der Aktien vermehren soll, ist also weder als Frucht noch als Nutzung der Aktien anzusehen. Es gebührt daher dem Eigentümer. Ebenso OLG. **24** 139 (KG.).

§ 284. Anmeldung der Kapitalserhöhung und Nachprüfungsrecht des Registerrichters (vgl. § 195 Ziff 1).

§§ 288—290. Herabsetzung des Grundkapitals (vgl. § 211). 1. Unzulässige Benachteiligung einzelner Aktionäre bei Zusammenlegungsbeschlüssen. a) **RG. 80** Hptbl. 81, HansGZ. **13** 37, BauersZ. **20** 78, BankA. **12** 285, DNotV. **13** 675, DJZ. **12** 1410. **RG. 52** 287 erörtert die sog. kombinierten Sanierungsbeschlüsse, insbesondere den Fall, wenn ohne gleichzeitige Erhöhung des Grundkapitals die Herabsetzung durch Verminderung der Zahl oder Kürzung des Nennbetrags der Aktien mit der Einforderung von Zuzahlungen verbunden werden soll, als Entschädigung der Zuzahlenden aber nicht eine Gewährung von Vorzugsrechten in betreff der Gewinnverteilung oder der Verteilung des Gesellschaftsvermögens in Aussicht gestellt wird, sondern eine Begünstigung in bezug auf die Zusammenlegung selbst. Der Senat hat dabei es abgelehnt, im einseitigen Interesse der Sanierungsbestrebungen die Gleichberechtigung der Aktionäre schon dann als gewahrt anzusehen, weil das Wahlrecht jedem von ihnen eingeräumt wird. Er hat auch ausgeführt, daß aus § 262 Nr. 3 HGB., die es der Mehrheit der Generalversammlung gestattet, gegen freiwillige Zuzahlungen à fonds perdu Vorzugsaktien zu schaffen, keine Schlüsse auf die Erlaubtheit jeder anderen Zurücksetzung der nicht zuzahlenden Aktionäre gezogen werden dürfen. Im übrigen ist das Urteil vielfach mißverstanden worden. Es ist nicht richtig, daß der Senat es schlechthin für unzulässig erklärt hätte, Zuzahlungen bei Vermeidung der Zusammenlegung (oder der Schmälernng des Nennbetrags) der Aktien zu fordern. Wohl aber hat er einen unstatthaften Zwang dann angenommen, wenn angedroht wird, die Aktien der nicht zuzahlenden Aktionäre in stärkerem Maße zusammenzulegen, als es der Rücksicht auf den Betrag der unterbliebenen Zahlung rechnungsmäßig entspricht. Er erörtert

den Standpunkt, daß, soweit die Anteilsrechte in Betracht kommen, das Opfer der die Zahlung verweigernden Aktionäre nicht größer sein darf als das Opfer, das die anderen in Gestalt der Barzahlung bringen. Zugleich hat er darüber keinen Zweifel gelassen, daß bei Prüfung der Frage, ob im gegebenen Falle gleiche oder ungleiche Behandlung vorliegt, auf den Nennbetrag der Aktien geachtet werden muß. An dieser Auffassung wird auch gegenüber den abweichenden Meinungen der Literatur festgehalten. Gewiß kann es vorkommen, daß die zuzahlenden Aktionäre, obgleich sie nach dem prozentualen Verhältnisse der Zuzahlungen zum Nennbetrage der Aktien besser gestellt erscheinen als die Nichtzuzahlenden, tatsächlich schlechter als diese fahren, weil die Gesellschaftsorgane die wirtschaftlichen Aussichten falsch beurteilt haben. Allein die Regel wird dies nicht sein, und auf alle Fälle muß vorausgesetzt werden, daß die Ansicht über die zukünftige Entwickelung der Gesellschaft, die sich in den Ziffern des Generalversammlungsbeschlusses ausprägt, das Richtige trifft. Von dem Ergebnisse späterer, im Prozeß vorgenommenen Schätzungen des Wertes der Aktien läßt sich die Gültigkeit des Beschlusses nicht abhängig machen. **b**) Dalberg, JW. **13** 519. Das **RG.** (JW. **12** 1108 und ebenso **RG. 52** 287) hat ausgeführt, ein unstatthafter Zwang zur Zuzahlung oder eine Verletzung der Gleichberechtigung der Aktionäre liege dann vor, wenn angedroht wird, die Aktien der nicht zuzahlenden Aktionäre in stärkerem Maße zusammenzulegen, als es der Rücksicht auf den Betrag der unterbliebenen Zahlung rechnungsmäßig entspreche. Bei der Prüfung der Frage, ob gleiche oder ungleichmäßige Behandlung der Aktionäre vorliege, müsse lediglich auf den Nennbetrag der Aktien gesehen werden. Dieser Satz ist nicht richtig. Der Fehler des RG. liegt darin, daß es davon ausgeht, daß die Zusammenlegung immer so weit gehe, wie es der innere Wert der Aktien erfordere. Aber die Herabsetzung ist ein Akt freien Entschlusses der Gesellschaft, und wie sie zur Zusammenlegung überhaupt nicht gezwungen werden kann, kann auch erst recht nicht von ihr verlangt werden, daß die Zusammenlegung so weit zu gehen habe, wie sie erfolgen könnte. Man wird deshalb bei jeder Sanierung den Wert der einzelnen Aktie zu prüfen haben, um ihn mit dem Werte, den die Barzahlung darstellt, in Vergleich setzen zu können. Für diesen Wert wird zunächst maßgebend sein der nach sorgfältiger Bewertung aller Vermögensstücke sich ergebende Vermögenssaldo, dann vor allem der Kurs der Aktien. Ist der Kurs künstlich gehalten oder gedrückt, so ist der wahre Wert durch Sachverständige abzuschätzen. Es wird allerdings auch zu berücksichtigen sein, daß bares Geld immer wertvoller ist als investiertes Kapital, und daß auch die Technik der Sanierung allein schon erfordert, daß ein Anreiz zur Zuzahlung durch Bevorzugung vorhanden sein muß, weil ja sonst keine Zuzahlung geleistet würde. Es wird also ein unstatthafter Zwang nur dann anzunehmen sein, wenn vernünftige wirtschaftliche Erwägung dem Aktionär sagt, du mußt zuzahlen, wenn du dich nicht sicherer Benachteiligung aussetzen willst. Wenn dagegen z. B. eine Gesellschaft voraussichtlich auch mit der Zuzahlung nicht wieder rentabel wird, wird niemals ein unstatthafter Zwang vorliegen, mögen auch an die Zuzahlung noch so große Vorteile geknüpft werden. Wenn umgekehrt eine Gesellschaft mit gesicherter Rentabilität ihren Bedarf durch Zuzahlungen decken will, dürfen an die Zuzahlungen, da das Risiko nur gering ist, auch nur geringe Vorteile geknüpft werden.

2. BauersZ. **20** 79. Eine Zusammenlegung der Aktien, um den Buchgewinn daraus zu außerordentlichen Abschreibungen und Rücklagen zu verwenden, ist ungesetzlich.

3. **RG. 80** 81, BankA. **12** 285, HansGZ. **13** Hptbl. 37. Hat die Generalversammlung, die die Herabsetzung des Grundkapitals durch Zusammenlegung der Aktien beschlossen hat, einen Termin als Endpunkt der Frist zur Einreichung der Aktien bestimmt und zugleich angeordnet, daß nach Ablauf der Frist der Vorstand die Kraftloserklärung der nicht eingereichten Aktien herbeiführen solle, so kann der

Aktionär, dessen Aktien später für kraftlos erklärt sind, sich nichtdarauf berufen, daß der Vorstand in den öffentlichen Bekanntmachungen die Frist verlängert habe, wenn der Aktionär die Aktien auch in der verlängerten Frist nicht eingereicht hat.

4. Das JDR. **11** § 290 Ziff. 2 abgedruckte Urteil des OLG. Hamburg ist durch das **RG. 80** 81 aufgehoben worden (vgl. § 288 Ziff. 1a).

§ 291. *Leist, HoldheimsMSchr. **14** 35. Nach dem Grundsatze der Stabilisierung des Grundkapitals, der uns im § 261 Ziff. 5 entgegentritt, darf die neue Vermögensnorm in der abgeänderten statutenmäßigen Aktienkapitalsziffer auf der Passivseite erst zum Ausdrucke kommen, wenn der Hinderungsgrund (Sperrjahr) für die Kapitalsrückzahlung weggefallen ist; erst dann ist die handelsregisterliche Eintragung möglich, mit der die Kapitalsveränderung rechtlich wirksam wird.

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 292. 1. Verzicht auf das Auflösungsrecht. **RG.** LeipzZ. **13** 212, R. **13** Nr. 563, 564. Ist durch Statut die Auflösung einer AG. zufolge Kündigung eines Aktionärs vorgesehen, so kann auf dieses Auflösungsrecht auch nach erfolgter Kündigung stillschweigend verzichtet werden. Nur muß der Verzicht vor Eintritt der Auflösung erfolgen. Ein solcher stillschweigender Verzicht kann in der Mitabstimmung über das künftige Statut und in sonstiger Teilnahme an den Generalversammlungen nach Umfluß der angeblichen Auflösung erblickt werden.

2. Konkurs. BauersZ. **20** 221. Ist die AG. in Konkurs und hat der Vorstand sein Amt niedergelegt, so ist zur Ausstellung der Dienstzeugnisse für die Angestellten weder der Konkursverwalter noch der zurückgetretene Vorstand, noch der Aufsichtsrat zuständig. Vielmehr müssen die Angestellten, die ein Zeugnis wollen, sich wegen Einsetzung eines Vorstandes von Amts wegen (§ 29 BGB.) an das AG. wenden.

3. Ritter, ABürgR. **38** 398. Sitzverlegung ins Ausland Auflö ungsgrund (vgl. § 182 Ziff. 1).

§ 295. Liquidation. 1. [Ernennung der Liquidatoren. a) HoldheimsMSchr. **13** 107. Da die juristische Person voll handlungsfähig ist und das Gesetz einen Unterschied nicht macht, können auch juristische Personen als Liquidatoren aufgestellt werden. AM. Staub § 295 Anm. 3 und Flater, DJZ. **13** 318. **b)** Delegation der Ernennungsbefugnis. HoldheimsMSchr. **13** 107. Die Berufung der Liquidatoren erfolgt mangels Satzungsbestimmung durch die Generalversammlung. Sie hat aber das Recht, diese Befugnis auf den Aufsichtsrat zu übertragen. Die gegenteilige Ansicht Staubs § 295 Anm. 3 ist nicht zutreffend; denn die Generalversammlung kann alles beschließen, was statutarisch nicht ihrer Zuständigkeit entzogen ist.

2. Überwachung der Liquidatorentätigkeit durch das Gericht vgl. § 66 GmbH. Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 302.

§ 299. Umgehung der Liquidationsbilanz. BankA. **12** 195, BauersZ. 20 176, ZAktWes. **13** 49, R. **13** Nr. 1370 (KG.). Bei der Beschlußfassung über die Liquidation einer AG. kann nicht rechtswirksam bestimmt werden, daß die für das letzte Geschäftsjahr der Gesellschaft aufgestellte Bilanz gleichzeitig als Liquidationseröffnungsbilanz gelten solle. — Der Fall betraf die Vereinigung zweier Banken; die kleinere sollte in der größeren dadurch aufgehen, daß die größere Bank nach und nach alle Aktien der kleineren erwerben und, wenn sie alleinige Aktionärin geworden, die kleinere Bank in Liquidation treten lassen solle. Merckens, BankA. **12** 1195, bemerkt hierzu: ratio legis des § 299 paßt hier nicht. Sache des Liquidators ist es hier nicht, für eine möglichst günstige Verwertung des Liquidationsvermögens zu sorgen; er fand vielmehr bei seiner Ernennung eine fertige Abmachung vor, die nur der formellen Ausführung harrte. Zur Orientierung

des Liquidators und der Aktionäre bedurfte es nicht mehr der Eröffnungsbilanz für die Liquidation.

§ 302. Abs. 4. Erneuerung der Liquidation. Neues Vermögen. Antrags- und Beschwerderecht. BayObLG. **13** 681, RJA. **12** 218, LeipzZ. **13** 163, ZBlFG. **14** 396, BauersZ. **20** 197, DJZ. **13** 94, R. **13** Nr. 565, 566. Neues zu verteilendes Vermögen ist auch ein nachträglich zutage tretender Ersatzanspruch an den früheren Liquidator oder einen Beamten der Gesellschaft. Unstreitig ist weiter, daß ein der Verteilung unterliegendes Vermögen im Sinne des Gesetzes auch dann gegeben sein kann, wenn das nachträglich ermittelte Vermögen tatsächlich nicht zur Verteilung an die Aktionäre gelangt, weil es zur Deckung von Passiven verwendet werden muß; denn § 302 Abs. 4 soll auch den Gläubigern dienen. Das Vorliegen des Anspruchs ist schon im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu prüfen. Die Entscheidung über die Wiederaufnahme der Liquidation ist für den Prozeßrichter bindend. Schon hieraus folgt, daß die bloße Behauptung von Tatsachen, aus denen das Vorhandensein von verteilbarem Vermögen folgt, nicht hinreicht; vielmehr müssen die Tatsachen selbst feststehen. Sonst könnte unter den nichtigsten Vorwänden Wiederaufnahme der Liquidation verlangt werden; es brauchte nur irgendeine Pflichtwidrigkeit des Liquidators behauptet zu werden. Auch ist nicht nur, wenn die behauptete Ersatzforderung rechtlich unbegründet ist, sondern auch wenn die praktische Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung feststeht, verteilbares Vermögen nicht vorhanden. Ist über das neue Vermögen bereits ein Rechtsstreit anhängig, so kann die Erneuerung der Liquidation zur Durchführung dieses Rechtsstreits ohne weitere Nachprüfung angeordnet werden; denn für § 302 Abs. 4 war gerade die Erwägung maßgebend, daß sonst ein Gläubiger der AG. nach Beendigung der AG. nicht in der Lage wäre, seinen Anspruch gegen die AG. geltend zu machen. Hat also z. B. der Liquidator unter arglistiger Verschweigung des Hausschwamms das Anwesen der AG. an einen Dritten verkauft und erhebt der Dritte gegen die AG. Klage nach § 477 BGB., so steht der AG., die für die Handlungen ihres Liquidators nach § 298 HGB. einzustehen hat, nach § 241 gegen den Liquidator ein Ersatzanspruch zu, und dieser Anspruch genügt, um die Erneuerung der Liquidation zu rechtfertigen. Was das Antrags- und Beschwerderecht anlangt, so gilt folgendes. Ein Gläubiger einer aufgelösten AG., der bei der Ausschüttung der Masse für seine Ansprüche ganz oder teilweise befriedigt ist, braucht, auch wenn die Liquidation wieder aufgenommen wird, von dem, was er zur Befriedigung seines Anspruchs erhalten hat, nichts herauszugeben; er wird also durch die Erneuerung der Liquidation nicht beeinträchtigt. Das gleiche gilt für den Aktionär, da auch gegen ihn, wenn er seine Liquidationsrate den Vorschriften des Gesetzes entsprechend erhalten hat, kein Rückforderungsanspruch im Falle der Erneuerung der Liquidation besteht. Gläubiger und Aktionär der aufgelösten Aktiengesellschaft sind also zwar Beteiligte im Sinne des § 302 Abs. 4, und sie können die Erneuerung der Liquidation beantragen, haben deshalb auch gegen die Ablehnung der Erneuerung das Beschwerderecht. Dagegen fehlt ihnen ein Beschwerderecht gegen den die Erneuerung anordnenden Beschluß. Was den Liquidator anlangt, so ist er infolge der Annahme, daß die Liquidation beendet sei, als Liquidator entlassen, und sein Amt lebt bei Erneuerung der Liquidation nicht von selbst wieder auf; er muß vielmehr neu bestellt werden. Allein die Liquidation erweist sich im Falle des § 302 Abs. 4 als noch nicht beendigt; die AG. gilt noch als fortbestehend. Daraus folgt, daß wenigstens für die Frage, ob die Liquidation zu erneuern ist, der Liquidator als Organ der Gesellschaft angesehen werden muß; sonst würde es in diesem Stadium an einem Organe der AG. fehlen. Der Liquidator ist daher als Beteiligter im Sinne des § 302 Abs. 4 berechtigt, nicht nur gegen den die Er-

neuerung der Liquidation ablehnenden, sondern auch gegen den sie anordnenden Beschluß Beschwerde für die AG. einzulegen, da die AG. ein Interesse an dem Unterbleiben der Erneuerung der Liquidation haben kann.

§ 306. Fusion. 1. Auflassung. BadNotZ. **13** 40 (LG. Heidelberg). Geht eine AG. ohne Liquidation durch Fusion in einer anderen AG. auf, so geschieht die Eintragung der übernehmenden AG. im Grundbuche durch Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO.; eine Auflassung ist nicht erforderlich.

2. Abs. 4. R. **13** Nr. 1798 (Cöln). Durch § 306 Abs. 4 ist es dem Gläubiger der übernehmenden AG. während des Sperrjahrs zwar untersagt, den Weg der Zwangsvollstreckung in das übernommene Vermögen zu beschreiten, aber nicht verwehrt, Rechtsgeschäfte, die das übernommene Vermögen betreffen, mit der übernehmenden Gesellschaft einzugehen.

3. **RG.** JW. **13** 334, LeipzZ. **13** 302, BankA. **12** 287, BauersZ. **20** 177. Gemäß § 306 Abs. 1, § 304 Abs. 5 ist das Vermögen der übernommenen AG. mit der Durchführung der Fusion im allgemeinen Vermögen der Übernehmerin geworden; nach der klaren Vorschrift des § 306 Abs. 4 hat es aber im Verhältnisse der Gläubiger der übernommenen Gesellschaft zu der Übernehmerin noch als Vermögen der ersteren zu gelten. Daraus folgt, daß Gläubiger, deren Forderungen sich nicht gegen die übernommene AG. richten, nicht ohne weiteres Befriedigung aus diesem Sondervermögen suchen können, daß sie vielmehr hinter den Gläubigern des Sondervermögens zurückstehen müssen und nur Anspruch auf den Betrag haben, der sich nach der Durchführung des Verfahrens nach § 306 Abs. 5 ergibt. Ob im Falle eines Konkurses der ohne Beschränkung über das Vermögen der Übernehmerin eröffnete Konkurs von vornherein das Sondervermögen der übernommenen AG. nicht ergreift und dieses daher der Verwaltung des Konkursverwalters der Übernehmerin niemals unterstellt gewesen ist, kann dahingestellt bleiben. Wollte man auch das Gegenteil annehmen, so hätte doch jedenfalls der Konkursverwalter die Vorschriften des § 306 zu beachten und daher das Vermögen der übernommenen AG. gegenüber den Sondergläubigern der Übernehmerin als fremdes zu behandeln. Er dürfte somit keine zum Sondervermögen der übernommenen AG. gehörenden Forderungen zur Befriedigung eines Gläubigers der Übernehmerin verwenden, auch nicht im Wege des Aufrechnungsvertrags.

4. Hafner, HoldheimsMSchr. **22** 234. Im Falle der Fusion zweier AG. ohne Liquidation vollzieht sich der Vermögensübergang nicht kraft Gesetzes (insbesondere ist auch eine Analogie mit dem Erbfalle nicht zutreffend), sondern es handelt sich um einen Vermögensübergang durch Rechtsgeschäft. Deshalb findet auch § 892 BGB. Anwendung, und es ist möglich, daß die übernehmende Gesellschaft gutgläubig Grundstücke und Grundstücksrechte erwerben kann, die der untergehenden Gesellschaft nicht zustanden. Wenn auch die übernehmende Gesellschaft in die sämtlichen Passivbeziehungen der aufgelösten Gesellschaft eintritt, so folgt daraus noch nicht, daß sie den gegen die aufgelöste Gesellschaft begründeten Berichtigungsanspruch gegen sich gelten lassen muß.

§ 309. Nichtigkeit. Feuchtwanger, DJZ. **13** 919. Das **RG. 54** 418 hat ausgesprochen, daß, wenn der Gründungsvertrag der gesetzlichen Form entbehrt und deshalb nichtig ist, auch die Gesellschaft nichtig ist; denn die Heilung eines nichtigen Vertrags müßte gesetzlich ausdrücklich statuiert sein; das sei nicht der Fall, insbesondere sage das Gesetz nirgends, daß die Eintragung Gründungsmängel heile. In Widerspruch mit diesem Urteil setzt sich **RG.** (Strafs.) **43** 407, indem es eine solche nach Ansicht des alten Urteils gesetzlich nicht zugelassene Heilung für gesetzentsprechend erklärt. Allerdings wird das ausdrücklich nur für den Einzelfall des Scheinvertrags gesagt, der Sache nach muß der Satz aber dann für jeden Gründungsmangel gelten. Denn wenn die im neuen Urteil erwähnten heilenden

Momente („der rechtspolizeiliche Charakter" der Gründung) eine aus § 117 BGB. folgende Nichtigkeit heilen können, müssen sie auch eine solche aus § 125 heilen können. Es wäre also eine Plenarentscheidung notwendig gewesen. — Gegen Feuchtwanger wendet sich Seligsohn, DJZ. 13 1131.

Sechster Titel. Strafvorschriften.

§ 312 ff. BauersZ. **20** 147 (Hamm). Die Strafandrohungen der §§ 312 ff. finden auch auf Organe von AG. Anwendung, bei deren Gründung wesentliche Formvorschriften nicht beachtet sind; denn auch eine solche AG. erlangt durch die Eintragung formell Wirksamkeit nach außen.

§ 314. **RG.** R. **12** Nr. 101. Außenstände brauchen nicht deshalb allein schon in der Bilanz geringer bewertet zu werden, weil der selbstschuldnerische Bürge in zweifelhafte Vermögensverhältnisse geraten ist; es kommt zunächst auf die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners an.

§ 317. 1. Vgl. §§ 271, 272.

2. **RG.** BauersZ. **21** 54. § 317 setzt voraus, daß nach Einverständnis der Beteiligten, das auch stillschweigend erklärt werden kann, sich der Stimmenverkäufer im Hinblick und mit Rücksicht auf einen ihm zufließenden besonderen Vorteil der Freiheit seiner Abstimmung begeben hat.

§ 319. 1. Nichteinberufung der jährlichen Generalversammlung wegen Schwebens von Sanierungsmaßregeln vgl. § 255 Ziff. 1.

2. KGJ. **42** 167, RJA. **12** 35, ZBlFG. **13** 488, R. **13** Nr. 252. Ein Ordnungsstrafverfahren gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats zwecks Herbeiführung der Berufung der Generalversammlung ist gesetzlich nicht zulässig. Weil also ein solches Ordnungsstrafverfahren von vorneherein unzulässig ist, ist gegen die im Ordnungsstrafverfahren erfolgte Straffestsetzung die Beschwerde zulässig, auch wenn ein Einspruch nicht eingelegt war. Josef, LeipzZ. **13** 594, bekämpft diese Entscheidung. Er führt aus, daß zwar die Rechtmäßigkeit der Verfügungen des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch der Nachprüfung anderer Behörden, insbesondere des Prozeßgerichts unterliege. Eine solche Verfügung sei aber nur nichtig, wenn sie sich entweder darstelle als Ausübung einer vermeintlichen Befugnis, die der Staat sich selbst nicht beilegt, oder wenn für den Erlaß der Verfügung gesetzliche, so wesentliche Voraussetzungen vorgeschrieben seien, daß nach der erkennbaren Absicht des Gesetzes bei ihrem Fehlen der Verfügung die Rechtswirksamkeit versagt sein solle, oder wenn die Verfügung von einem sachlich unzuständigen Gericht erlassen sei. Josef gelangt deshalb dahin, daß das eingeleitete Ordnungsstrafverfahren bindend sei und die Unzulässigkeit nur durch Einspruch hätte geltend gemacht werden können. Gegen Josef wieder DNotV. **13** 673, wo die rechtlich bindende Wirkung des Ordnungsstrafverfahrens deshalb verneint wird, weil es sich gegen Personen richtet, gegen die nach dem Gesetz eine solche Verfügung nicht zulässig ist.

3. RJA. **12** 40, ZBlFG. **13** 492, DNotV. **13** 673, R. **13** Nr. 244 (KG.). Das Ordnungsstrafverfahren wegen unterlassener Einreichung der Bekanntmachung der Beendigung des Amtes eines Mitglieds des Aufsichtsrats darf nur eingeleitet werden, wenn das Registergericht ermittelt hat, daß das Amt rechtlich beendet ist. Die einseitige Niederlegung des Amtes seitens des Mitglieds beweist noch nicht die wirkliche Beendigung. Es ist vielmehr zu prüfen, ob die einseitige Kündigung berechtigt ist. Das Verhältnis des Aufsichtsrats zur AG. kann einen verschiedenartigen Charakter haben: regelmäßig wird ein Auftrags- oder Dienstverhältnis vorliegen. Das einseitige Kündigungsrecht ist aber je nach der Art des Verhältnisses verschieden gestaltet.

Anhang I: Stempelrecht.

A. Reichsstempelgesetz. 1. Zu Tarifst. 1a RStempG. a) **RG. 80** 115, HoldheimsMSchr. **13** 13, BankA. **12** 160, BauersZ. **20** 129. Die von dem ersten Aktienerwerber übernommenen Unkosten der Aktienausgabe, insbesondere für den zu verwendenden Stempel, werden im Stempelinteresse dem Übernahmepreis zugerechnet. Nach TarifNr. 1a wird die Stempelabgabe bei Aktien vom Nennwerte, bei Interimsscheinen vom Betrage der bescheinigten Einzahlungen „zuzüglich des Betrags berechnet", zu dem sie höher, als der Nennwert lautet, ausgegeben werden. Über die Höhe des Stempels entscheidet also der Ausgabepreis, d. h. der Betrag, den die Erwerber der Aktien und Interimsscheine als Gegenleistung für deren Empfang zu entrichten haben. Dabei ist es ohne Bedeutung, aus welchen Gründen dieser Preis so, wie es geschehen, bestimmt worden ist, und ob ein Teil des erzielten Erlöses zur Deckung der mit der Gründung und ersten Einrichtung der Gesellschaft und der damit verbundenen Aktienausgabe und grundsätzlich von der die Aktien oder Interimsscheine ausgebenden Gesellschaft zu tragenden Kosten dienen solle. Hätte die AG. die Aktien zu 110 vom Hundert ausgegeben mit dem Beifügen, daß 10 pCt. zur Deckung der Errichtungskosten bestimmt seien, so wäre unzweifelhaft der Stempelberechnung ein Ausgabepreis von 110 zugrunde zu legen. Im vorliegenden Falle bestimmt zwar der Vertrag, daß die Ausgabe der Aktien zum Nennbetrage erfolge; im unmittelbaren Anschlusse daran ist aber weiter bestimmt, daß zur Bestreitung der Errichtungskosten von den Gründern 10 pCt. des Nennbetrags à fonds perdu einzuzahlen seien. In Wirklichkeit ist also dadurch ein Ausgabepreis von 110 vereinbart. Vgl. **RG. 55** 43, **78** 169. — Der Zentralverband des deutschen Bank- und Bankiergewerbes hat angesichts der völligen Änderung, die der Rechtsstandpunkt des RG. in vorstehender Frage erfahren hat, in einer Eingabe an das Reichsschatzamt gebeten, daß von einer Nacherhebung für die Zeit vor dem Bekanntwerden der neuen RGEntsch. Abstand genommen werde. — b) **RG. 80** 118, LeipzZ. **13** 72, BauersZ. **20** 199, DNotV. **13** 430. Es ist in der Rechtsprechung üblich geworden, den Ausgabebetrag der Aktien im Gegensatze zu dem geringeren Nennwert als den wirklichen inneren Wert der Aktien zu bezeichnen. Dieser, aus Urteilen des RG. herrührende Ausdruck, der eben nur diesen Gegensatz bezeichnen sollte, kann aber mißverstanden werden und ist anscheinend auch im vorliegenden Falle vom LG. mißverstanden worden. Nicht auf den wirklichen inneren Wert, den die Aktien, für sich betrachtet, im maßgebenden Zeitpunkte gehabt haben, kommt es an, sondern auf den Betrag, zu dem sie von der ausgebenden Gesellschaft dem ersten Erwerber überlassen und von diesem übernommen worden sind. Dieser Betrag muß sich mit jenem Werte nicht notwendig decken. c) **RG.** LeipzZ. **13** 312, BauersZ. **20** 199, DNotV. **13** 434. In dem Urteile des RG. vom 24. September 1912 (abgedruckt oben unter a) ist ausgeführt, daß bei Berechnung des Stempels dem Werte des Gegenstandes der für die Gründungsbestimmung in Ansatz gebrachte Teil des Erwerbspreises hinzuzurechnen sei. Was dort von den bei Errichtung der AG. erwachsenen Kosten gesagt ist, gilt ebenso für die durch die Ausgabe neuer Aktien seitens einer bereits bestehenden Gesellschaft entstehenden Kosten. Rechtlich macht es keinen Unterschied, ob die Gesellschaft bei Feststellung des Entgelts für die Gewährung der Aktien diese Kosten besonders berechnet oder ob sie nur im Hinblick auf sie den Ausgabepreis erhöht. Es ist auch nicht von Belang, ob die Kosten schlechthin oder in Form von Zuschlagsprozenten oder in einer bestimmten Summe übernommen werden. d) **RG.** BauersZ. **21** 57. Bei Berechnung des inneren Wertes der Aktien kommt im Falle der Fusion auch das Interesse an der Beseitigung der Konkurrenz in Ansatz. e) Agiostempel auf immaterielle Werte. Oppens, HoldheimsMSchr. **13** 117. Das

RG. 76 139 hat entschieden, daß die Überlassung von immateriellen Werten an die AG. (Aufgabe eines Aktienvorbezugsrechts) als Aufgeld im Sinne des RStempG. anzusehen sei, daß die Gewährung von Bewegungsfreiheit für die Zukunft schon einen gegenwärtigen Vermögensvorteil bilde, dessen Aufgeld zu versteuern ist. Bei Berechnung des Wertes ist von folgendem Grundsatz auszugehen: besteht das von den Aktienzeichnern gegebene Aufgeld (Verzicht) in einer Leistung, deren Wert sich nur nach dem Werte der von der AG. gemachten Gegenleistung abschätzen läßt, und hat die Gegenleistung für die AG. einen geringeren Wert als für die Aktienzeichner, so ist der Stempel von dem Werte zu erheben, den die Gegenleistung für die Aktienzeichner hat.

2. Leist, LeipzZ. **13** 660. Wiederausgabe von Aktien als Umgehung der Ausgabesteuer? Voraussetzung der Stempelpflicht ist Schaffung einer neuen Mitgliedschaft. Bei Sanierungen, wo den Aktionären zur Wahl gestellt wird, ihre Aktien durch eine bestimmte Zuzahlung in Vorzugsaktien umzuwandeln oder den Aktienbetrag entsprechend herabsetzen zu lassen, ist es rechtlich und wirtschaftlich gleich, ob der bisherige Aktionär selbst die Zuzahlung leistet oder sie durch einen Dritten leisten läßt, dem er die Aktie etwa gegen eine kleine Vergütung abtritt. Diese Abtretung kann auch gegenüber der AG. selbst erfolgen, wenn der Aktionär die Aktien der Gesellschaft zur Weiterbegebung an den Dritten schenkt oder verkauft. Durch den Erwerb eigener Aktien an und für sich erlischt das Aktienrecht nicht; es ruht nur, die Aktie kann jederzeit gültig wieder veräußert werden. Von einer stempelpflichtigen Neuausgabe ist hier nicht die Rede. Dagegen wohnt der Einziehung der Aktie nach §§ 288, 290, 227 HGB. die rechtliche Bedeutung der Konfusion für die Aktie inne; das Aktienrecht erlischt. Wird eine solche alte Urkunde zur Ausführung einer Kapitalserhöhung wieder verwandt, so entsteht eine neue stempelpflichtige Urkunde.

3. Tarifst. 3 A (Talonsteuer). HoldheimsMSchr. **13** 61. Eine AG. P. hatte im Jahre 1911 für ihre Aktien neue Gewinnanteilscheinbogen auszugeben und dafür nach Tarifst. 3 A eine Steuer von 1 pCt. vom Aktienwerte zu entrichten. Schon vorher hatte die AG. mit einer anderen AG. G. einen Interessengemeinschaftsvertrag geschlossen, wonach die letztere Gesellschaft das Recht hatte, ab 1912 die endgültige Fusion beider AG. derart herbeizuführen, daß die Aktionäre von P. anstatt ihrer Aktien Aktien von G. erhielten. Ende 1911 beschloß die AG. G. die Herbeiführung der Fusion. Die AG. P. verlangte einen teilweisen Rückersatz der gezahlten Steuer, weil ihre Talons für eine kürzere Dauer als 10 Jahre erforderlich seien und weil zudem eine Doppelbesteuerung vorliege, da ja für die in Tausch gegebenen Aktien von G. auch die Talonsteuer bezahlt werden müsse. Sie berief sich dabei auf einen Beschluß des Bundesrats, der bei Zinsscheinbogen von Schuldverschreibungen, die infolge einer zu Ende gehenden Tilgung für einen kürzeren Zeitraum als 10 Jahre ausgegeben werden, die Reichsstempelabgabe ermäßigte. Der preußische Finanzminister und das Reichsschatzamt wiesen den Antrag zurück; eine analoge Anwendung des angeführten Bundesratsbeschlusses sei unzulässig. Dagegen hat der Bundesrat am 28. November 1912 aus Billigkeitsgründen die Rückerstattung angeordnet.

4. Zu Tarifst. 11 d RStempG. **RG. 80** 168, LeipzZ. **13** 72, BankA. **12** 161, BayersZ. **20** 130. Durch die Vorschriften unter a, b und c dieser Tarifstelle soll nicht das dingliche Erfüllungsgeschäft, sondern das auf den Grundstückskauf gerichtete Kausalgeschäft besteuert werden. Zu Verträgen über die Verschmelzung von AG., bei der im Falle des § 306 HGB. der Übergang des Vermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge stattfindet, ist daher von der zum Gesamtvermögen der übernommenen Gesellschaft gehörigen Grundstücken und den ihnen gleichstehenden Rechten die Abgabe nach Tarifst. 11 d zu entrichten. Ebenso **RG. 79** 43. Vgl. hierzu Seyffarth, HoldheimsMSchr. **13** 62.

B. Preußisches Stempelgesetz. 1. Übergangsrecht zur Novelle vom 30. Juni 1909. **RG. 79** 137, WarnE. **06** 191. Vor dem Inkrafttreten der Novelle im Auslande geschlossener Gesellschaftsvertrag bei Eintragung der inländischen Zweigniederlassung nach diesem Zeitpunkte stempelpflichtig nach Tarifst. 25 a Anm. Vgl. u. S. 502 Anhang II Ziff. 1.

2. Ausgabe von Aktien. **RG.** R. **13** 528. Der Berufungsrichter berechnet den Stempel für die von der O.-Gesellschaft ausgegebenen Aktien, um deren Versteuerung es sich handelt, nicht nach dem Werte der Gegenleistung, d. i. des auf jene Gesellschaft übergegangenen Vermögens der K.-Gesellschaft, sondern nach dem im Hinblick auf den Kursstand der alten O.-Aktien ermittelten Wert der Aktien selbst. Er geht davon aus, daß eine zuverlässige Abschätzung der sich nicht in den hingegebenen Sachen und abgetretenen Rechten erschöpfenden Gegenleistung nicht möglich sei und daß demgemäß nur eine mittelbare Bestimmung des Gesamtwerts der Gegenleistung in Betracht kommen könne. Diese Erwägungen entsprechen den im RG. **80** 118 dargelegten Grundsätzen.

3. Tarifst. 25 a Abs. 1 Nr. 1. Stempel bei Erhöhung des Grundkapitals. **RG. 80** 9 s. schon JDR. **11** 672 II 3 a.

4. **RG. 80** 244. Wenn eine ausländische AG. eine Zweigniederlassung errichtet, so ist für den Steuersatz nicht das Anlage- oder Betriebskapital der Zweigniederlassung, sondern das Grundkapital der AG. maßgebend.

5. Tarifst. 25 d Nr. 2. **RG.** DNotV. **13** 463. Ist bei einer Fusion die aufnehmende AG. an der aufzunehmenden als Aktionär beteiligt, so erfüllt der Vertrag an sich sowohl die Voraussetzungen der Tarifst. 25 e als die der Tarifst. 25 d. Es kommt deshalb die Ermäßigungsvorschrift 25 d Nr. 2 Abs. 2 zur Anwendung.

6. **RG.** BauersZ. **21** 40. § 25 c Abs. 2 StStG. Stempel für das Einbringen von Lizenzen.

Anhang II: Steuern.

1. Preuß. Gemeindeeinkommensteuer. a) BauersZ. **20** 117. Keine Heranziehung der Dividenden zur Besteuerung in den Betriebsgemeinden. b) VerwA. **34** 860 (OVG.). Heranziehung einer AG., die in mehreren Gemeinden Grundbesitz hat oder Gewerbe betreibt, zur Gemeindeeinkommensteuer.

2. Preuß. Staatseinkommensteuer. BauersZ. **20** 152 (PrOVG.). Bei einer Abschreibung auf Grund handelsrechtlicher Buchführung ist jede aus irgend welchem Grunde in dem betreffenden Geschäftsjahr eingetretene Entwertung eines bilanzfähigen Vermögensgegenstandes zu berücksichtigen. Für AG. besteht nur die Ausnahme, daß es ihnen nach § 261 Ziff. 3 HGB. gestattet ist, bei den Betriebsgegenständen, die nicht zur Veräußerung bestimmt sind, den höheren Anschaffungspreis in die Bilanz einzustellen und davon nur einen der Abnutzung gleichkommenden Betrag abzuziehen. Hat eine AG. aber von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht, sondern die Einstellung des wirklichen Wertes gewählt, so muß sie auch die durch außerordentliche Vorkommnisse bedingten Wertverminderungen bei Aufstellung ihrer Bilanz berücksichtigen und entsprechende Abschreibungen machen, die deshalb auch steuerrechtlich abzugsfähig sind. b) BauersZ. **20** 177. Einkommenbesteuerung einer AG., die in Preußen ihren Sitz und in anderen Bundesstaaten Zweigniederlassungen hat. (Vgl. Ziff. 3.) c) BauersZ. **21** 31. Durch die Tätigkeit eines Handlungsgehilfen für eine außerpreußische AG. wird in Preußen keine Einkommensteuerpflicht der AG. begründet, wohl aber durch das Halten eines Geschäftslokals. d) OVG. **14** 253, BauersZ. **20** 81. Wann erhöhen Neuanschaffungen den steuerpflichtigen Überschuß?

3. Sächs. Staatseinkommensteuer. SächsOVG. **19** 30. Heranziehung einer in mehreren Bundesstaaten tätigen AG. zur sächsi-

schen Staatseinkommensteuer. Wird als Maßstab für die Ermittelung des von den beteiligten Staaten zu besteuernden Dividendenbetrags das Verhältnis des im einzelnen Staate erzielten Ertragsteils zum Gesamtbetrage verwendet, so darf in den Gesamtertrag der aus dem Vorjahre stammende Gewinnvortrag nicht eingerechnet werden.

4. BauersZ. **20** 271. Der Wehrbeitrag der AG. und Kommanditgesellschaften auf Aktien.

5. Zu § 56 RErbschStG. **RG.** BauersZ. **21** 43. Unentgeltliche Zuwendungen, die eine AG. für ihre Wohlfahrtseinrichtungen macht, fallen nicht unter § 56 Ziff. 2, sondern sind steuerpflichtig.

Vierter Abschnitt. Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 332. Umwandlung in eine AG. Verurteilung des Komplementars zur Einwilligung. **RG. 82** 300, LeipzZ. **13** 754, DJZ. **13** 1201, R. **13** Nr. 2163. Das wirtschaftliche Bedürfnis, dem § 142 dient, besteht in gleicher Weise für eine Kommanditgesellschaft auf Aktien. Ist dem einzigen persönlich haftenden Gesellschafter die Geschäftsführung und Vertretung dauernd entzogen, so besteht ein in seiner Person liegender wichtiger Grund im Sinne des § 142, und es kann daher von ihm die Zustimmung in die Umwandlung der Gesellschaft in eine AG. verlangt werden.

Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.

§ 335. 1. **RG.** JW. **13** 431, R. **13** Nr. 2566. Eine stille Gesellschaft ist auch unter Nichtkaufleuten möglich.

2. **RG.** SächsRpflA. **13** 304, LeipzZ. **13** 290, R. **13** Nr. 746. Es verträgt sich durchaus mit dem Wesen der stillen Gesellschaft, daß der Geschäftsinhaber dem stillen Gesellschafter wegen seiner Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnisse Sicherheit bestellt und daß er sich für den Fall der Auflösung der Gesellschaft eine gewisse Frist zur Befriedigung jener Ansprüche ausbedingt. Ob die Frist „Kündigungsfrist" und das Guthaben des stillen Gesellschafters „Einlage" genannt wird, ist dabei unerheblich. Die Revision übersieht auch völlig, daß der Schlußsatz des § 6 des Vertrags noch ganz besonders auf die grundlegende Bedeutung der in diesem Paragraphen erfolgten Regelung des Zusammenwirkens der Parteien im Geschäftsbetriebe hinweist, eine Regelung, wie sie außerhalb eines Gesellschaftsverhältnisses wohl kaum vorkommen wird.

§ 340. **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 108, R. **13** Nr. 747. Der stille Gesellschafter, der sein Guthaben fordert, hat für dessen Höhe die Beweislast. Er muß darlegen, daß und in welcher Höhe ihm nach den Ergebnissen des Geschäftsbetriebs bei Auflösung der Gesellschaft ein Guthaben verblieben ist und, wenn er hierzu außerstande ist, zunächst auf Rechnungslegung klagen.

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 343. I. Literatur. *Rehm, GoldschmidtsZ. **74** 247 ff. Zum Begriffe Handelsgeschäft genügt, daß das Geschäft mit dem Betriebe irgendwie ursächlich zusammenhängt; es muß nicht dem Betriebe in erster Linie dienen. — „Zum Betriebe gehörig" und „im Betriebe geschlossen" sind identische Ausdrücke. § 343 Abs. 2 ist daher überflüssig. Auch ein Grundhandelsgeschäft ist dann, wenn es nicht zum Betriebe gehört, niemals Handelsgeschäft.

II. Rechtsprechung. **RG.** R. **13** Nr. 399. Die Bauverträge eines Eisenbahnbauunternehmens sind nicht ohne weiteres Handelsgeschäfte (s. auch oben zu § 25).

§ 344. 1. **RG.** JW. **13** 436 Nr. 13, LeipzZ. **13** 378 f. Die Vermutung gilt nur für die von einem Einzelkaufmann oder einer Handelsgesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte; auf die Geschäfte eines Gesellschafters einer oHG., der nur in seiner Stellung als solcher Kaufmann ist, findet sie keine Anwendung.

2. OLG. **27** 415 f. (Hamburg). § 377 findet bei Lieferung von Tischen usw. für einen Nebenbetrieb einer das Wirtsgewerbe betreibenden Handelsgesellschaft Anwendung. Es gilt zum mindesten für diese Anschaffungen die Rechtsvermutung des § 344 Abs. 1.

§ 346. A. Allgemeines. I. Literatur. 1. Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehre. 3. Bd. 1914.

2. Handelsgebräuche. Gutachten der Handelskammer in den Mitteilungen der Handelskammer zu Berlin **11**.

3. Handelsgebräuche. Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft, veröffentlicht in der Korrespondenz der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin (Korresp. der Ält. 36).

4. Zander & Fehrmann, Danziger Handelsgebräuche. Gutachten des Vorsteheramts der Kaufmannschaft zu Danzig über Gebräuche im Handelsverkehre. Leipzig 1912.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** GruchotsBeitr. 57 1028 ff., LeipzZ. **13** 550. Nach einem allgemeinen Grundsatze des Handelsrechts muß sich jeder so behandeln lassen, wie er in seinen Erklärungen und Handlungen im Handelsverkehr auftritt; — dies gilt auch von dem, der ein Geschäftsunternehmen im Ausland als eine Zweigniederlassung seines Geschäfts auftreten läßt und demgemäß aus den von jenem abgeschlossenen Verträgen haftbar wird.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 77 f. Über die Abwickelung von Kaufgeschäften zwischen Hamburger und überseeischen Kaufleuten durch Bankvermittlung. — Welche rechtliche Beziehungen bestehen zwischen der vermittelnden Bank und den Vertragskontrahenten?

3. OLG. **27** 401 (Hamburg). Daß die Kundenakzepte nur mit dem Einlösungstage, nicht aber mit ihrem Nenntage dem Beklagten in Rechnung zu setzen sind, entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Denn regelmäßig werden Wechsel zur Begleichung von Verbindlichkeiten nicht, wie der Beklagte meint „an Zahlungsstatt", sondern „zahlungshalber" hingegeben (**ROHG. 4** 365, 256).

4. SeuffA. **68** 31 f. (Hamburg). Die Beschreibung einer angebotenen Ware ist nach der Auffassung am Wohnsitze des Verkäufers auszulegen.

5. HansGZ. **13** Hptbl. 42 ff. (Hamburg). Der Käufer, der das Recht zur Wandlung erworben hatte, verliert dieses Recht nicht dadurch wieder, daß der Verkäufer ihm nachträglich vertragliche Ware andient.

6. LeipzZ. **13** 255 (LG. Hamburg). Wenn der Schuldner die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Fälligkeit nicht bewirkt und der Gläubiger nunmehr, entgegenkommend, dem Schuldner mitteilt, daß er den Betrag durch Wechselziehung einziehen werde, so ist dieser mangels unverzüglicher gegenteiliger Mitteilung zur Einlösung des Wechsels und zum Ersatze der durch die Nichteinlösung erwachsenden Kosten verpflichtet.

7. HansGZ. **13** Beibl. 48, BankA. **12** 250 (Hamburg). I. Mit der Angabe seines Bankkontos auf den dem Schuldner übersandten Rechnungen und Briefen bringt der Gläubiger sein Einverständnis damit zum Ausdrucke, daß seine Forderung statt in der vom Gesetze vorgeschriebenen Weise durch Bankabschreibung oder durch Einzahlung bei seiner Bank beglichen werde. II. Diese Begleichung der Forderung ist dann eingetreten, wenn die Bezahlung oder — im Falle der Abschreibung — die Überweisung bei der Bank des Gläubigers eingegangen ist, und zwar selbst dann,

wenn diese Bank dem Gläubiger keine Nachricht zugehen läßt oder selbst versehentlich die Buchung des Einganges auf seinem Konto versäumt.

B. Vertragsabschluß, Stillschweiger, Bestätigungsschreiben. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 462. Auch ein festabgeschlossener Vertrag kann allerdings dadurch, daß das Schweigen des einen Vertragsteils auf ein eine Änderung des Vertrags bezweckendes Schreiben des Gegners als Zustimmung gedeutet werden kann, abgeändert werden. Das Schreiben des Gegners mußte alsdann aber auf die Abweichung unzweideutig hinweisen.

2. SächsRpflA. **13** 251 f. (Dresden). Wenn der Käufer gegen die im Bestätigungsschreiben zusammengefaßten Vertragsbedingungen keinen Widerspruch erhebt, muß er sich so behandeln lassen, als habe er ihnen ausdrücklich zugestimmt.

3. BreslauAK. **13** 38 (Breslau). Hat der Vertragsgegner ein den gedruckten Randvermerk „Erfüllungsort Beuthen" enthaltendes Bestätigungsschreiben widerspruchslos entgegengenommen, so gilt Beuthen als Erfüllungsort vereinbart.

4. R. **13** Nr. 567 (Colmar). Der Bestellschein ist in der Regel nicht geeignet, den Abschluß eines Vertrags über die bestellte Ware zu beweisen.

C. Klauseln. I. Bezüglich der Leistungspflicht. 1. Des Lieferanten. a) Literatur. α. Zander, „Franko" und „Frachtfrei", JW. **13** 407—410. Der Ver erörtert den Begriff der beiden Klauseln und seine Bedeutung für die verschieden n Branchen. β. Ritter, Handelsrechtliche Rundschau, AWürgR. **38** 387 f., über die Bedeutung der Fobklausel. γ. Schaps, Freizeichnung von jedem versicherbaren Schaden, LeipzZ. **13** 515—522. Der Verf. erörtert die Bedeutung und die Wirkung jener Klausel, indem er zu folgendem Ergebnisse kommt: 1. Die Insurence-Klausel bezweckt die Entlastung des Verfrachters von der auf Frachtvertrag bzw. Konnossement beruhenden Haftung für Verluste und Beschädigungen der zur Beförderung übernommenen Gegenstände. Seine Verpflichtungen ex scriptura und auf Grund von großer Haverei bleiben unberührt. 2. Die Klausel ist wirkungslos, soweit das Gesetz eine Freizeichnung von der Haftung für diese Schäden ausschließt. 3. Die Klausel ist gegenstandslos, wenn die Versicherung der betreffenden Schäden aus tatsächlichen Gründen nicht möglich oder aus Rechtsgründen nicht statthaft ist. b) Rechtsprechung. α. HansGZ. **13** Hptbl. 67 f. (Hamburg) über die verschiedene Bedeutung der in das Konnossement als Klausel aufgenommenen „Freizeichnung von zerrissenen Säcken". β. HansGZ. **13** Hptbl. 121 ff. (Hamburg) über die Auslegung einer Konnossementsklausel, nach welcher der Reeder sich von damage which is capable of being covered by insurance frei gezeichnet hat. γ. **RG.** JW. **13** 87 Nr. 1, LeipzZ. **13** 684—687, R. **13** Nr. 4. Für die Wirkung eines Arbeiterausstandes als vertragsmäßigen Befreiungsgrund (Streikklausel) erscheint es nach Treu und Glauben und nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen notwendig, daß der Arbeiterausstand gerade den dem Vertrage zugrunde liegenden Geschäftszweig betroffen hat, sei es, daß eine derjenigen Arbeitergruppen, deren Tätigkeit zur Ausführung des Vertrags erforderlich ist, selbst in den Ausstand getreten ist, sei es, daß eine der beteiligten Arbeitergruppen, wenngleich selbst arbeitswillig, durch den Ausstand anderer Arbeitergruppen in der Entfaltung ihrer Tätigkeit beeinträchtigt wird. δ. HansGZ. **13** Hptbl. 267 f. (Hamburg). Der Kauf von Schmalz mit der Klausel „Lieferung in Verkäufers Wahl im Oktober im Freihafen in Hamburg" ist — nach der für Geschäfte dieser Art im Handelsverkehre bestehenden Auffassung — ein Fixgeschäft. ε. SeuffA. **68** 154 ff. (Hamburg). Die Klausel „fob Antwerpen" besagt nur, daß die Kosten bis an Bord des Steamers zu Lasten des Verkäufers gehen, nicht aber, daß der Käufer verpflichtet sei, die Partie an Bord transportieren zu lassen.

2. Des Abnehmers. a) HansGZ. **13** Hptbl. 154 f., LeipzZ. **13** 404 f. (Hamburg). Die Zahlungsklausel „Ziel drei Monate und Dreimonatsakzept" kann unter Umständen den Sinn haben, daß, wenn das Akzept nicht gegeben ist, nach drei Monaten die Zahlung zu erfolgen hat. Ohne weiteres ergibt sich diese Auslegung aber nicht. **b)** NaumburgAK. **13** 42 f. (LG. Naumburg). Die Klausel „zahlbar per Kasse" hat nicht notwendig den Sinn, daß die Leistung Zug um Zug erfolgen müsse. **c)** SeuffA. **68** 73 ff., HansGZ. **13** Hptbl. 265, LeipzZ. **13** 533 f. (Hamburg). Bei der Klausel „Kasse gegen Dokumente" kann der Käufer die Übergabe aller in mehreren Exemplaren ausgefertigten Konnossemente verlangen (Hamburger Brauch). **d)** LeipzZ. **13** 319 ff. (Hamburg). Ist mit der Klausel „Kassa gegen Dokumente" verkauft, so genügt die Andienung nur eines Konnossementsexemplars oder eines von der Kaiverwaltung abgestempelten Konnossementsanteilscheins nicht. **e)** OLG. **27** 399 f., HansGZ. **13** Hptbl. 273 f. (Hamburg). Die Bestimmung „Kassa gegen Verladungspapiere" verpflichtet den Käufer, vorzuleisten. Das Zertifikat soll ihn daher möglichst gegen die Gefahr, eine unvertragliche Ware zu bezahlen, sichern. Er muß demgemäß berechtigt erscheinen, die Aufnahme der Papiere zu weigern, falls sich der Inhalt des Zertifikats nicht mit den im Kaufvertrag über die Beschaffenheit der Ware gemachten Zusagen deckt. **f)** OLG. **27** 399 (Hamm). Die Klausel „netto Kassa gegen Dokumente" hat ihre Bedeutung, solange die verkaufte Ware sich noch auf dem Transporte befindet. Sie ermöglicht dem Verkäufer, den Kaufpreis für die noch rollende oder schwimmende Ware einzuziehen, und setzt zugleich den Käufer in den Stand, die gekaufte Ware schon vor ihrer Ankunft wieder zu verwerten. Der Käufer hat bei Vorlegung der Papiere die vereinbarte Zahlung zu leisten, wiewohl er die Ware noch nicht empfangen hat, also nicht in die Lage gebracht ist, sie auf ihre vertragliche oder gesetzliche Beschaffenheit zu untersuchen. — Ist aber die Ware am Ablieferungsort eingetroffen, ohne daß der Verkäufer die Verladungspapiere dem Käufer angeboten hätte, so verliert die Klausel ihren praktischen Wert.

II. Bezüglich der Rügepflicht. 1. Literatur. Lippmann, Bedeutet die Arbitrage-Klausel den Ausschluß der Wandelung? HansGZ. **13** Hptbl. 25 f. Der Verf. verneint die Frage.

2. Rechtsprechung. a) OLG. **27** 410 f. (Hamburg). Die rechtliche Bedeutung des Kaufes mit der Klausel „Hamburger Handelskammer Arbitrage" ist nicht unstreitig. **RG. 73** 259 sieht das Wesentliche darin, daß der Käufer auch eine mangelhafte Ware annehmen muß und wegen Mangelhaftigkeit nur Anspruch auf Preisminderung nach Maßgabe des von den Schätzern abzugebenden Gutachtens hat. Folgt man selbst dieser Auffassung, so kann sie doch nur zutreffen, wenn die vereinbarte Ware, obgleich mit Mängeln, geliefert worden ist, nicht aber wenn statt der vereinbarten Ware etwas anderes und überhaupt kein reguläres Handelsgut geliefert worden ist. **b)** HansGZ. **13** Hptbl. 83 f. (Hamburg). Beim Kaufe mit der Klausel „als Ort der Ablieferung und Untersuchung ist der überseeische Bestimmungsort anzusehen; die Ware braucht nicht vor vier Wochen nach Ankunft drüben untersucht zu werden; bei Qualitätsdifferenzen können am Bestimmungsorte zu ernennende Experten angerufen werden, deren Feststellungen dann für beide Teile bindend sind" — ist der Käufer berechtigt, auch nach Ablieferung der Ware an seine überseeischen Kunden innerhalb der bezeichneten Frist zu rügen und auf seinen einseitigen Antrag von dem deutschen Konsul Sachverständige zur Untersuchung der Ware mit der Wirkung bestellen zu lassen, daß sie ein beide Teile bindendes Gutachten über die Beschaffenheit der Ware abgeben können. **c)** HansGZ. **13** Hptbl. 272 (Hamburg). Bei einem Kaufgeschäfte nach Übersee mit der Klausel, daß bei Qualitätsdifferenzen usancemäßig am Bestimmungsorte zu ernennende Experten angerufen werden sollen, sind als solche Experten nur vom Konsul bestellte anzusehen. **d)** HessRspr. **13** 305 ff. (Darmstadt) über die Bedeutung des in einem

Bestellschein enthaltenen Vermerkes, daß Reklamationen nur innerhalb bestimmter Frist berücksichtigt werden. Diese Bestimmung ist zugunsten, nicht zum Schaden des Verkäufers aufgenommen. Es soll deshalb dadurch an der gesetzlichen Pflicht zur unverzüglichen Untersuchung und Rüge nichts geändert werden.

III. Sonstiges. Kößler, Über den Vinkulationskauf, ÖstZBl. **13** 541 bis 555. Der Verf. erörtert den Begriff des „echten" oder „indirekten" Vinkulationskaufs und den des „unechten" oder „direkten". Bei ersterem schickt der Geldgeber das Frachtbriefduplikat seinem Vertrauensmann am Bestimmungsorte der Ware mit dem Auftrage, es dem Käufer nur gegen Anschaffung der Vinkulationssumme auszufolgen. Bei letzterem schickt der Geldgeber das Frachtbriefduplikat direkt dem Käufer zu, mit dem Ersuchen, über die Ware nur gegen Anschaffung der Vinkulationssumme zu verfügen. Der Verf. erörtert sodann die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung des Vinkulationskaufs und behandelt insbesondere die bezügliche Rechtsprechung des RG. und des österreichischen obersten Gerichtshofs.

§ 347. BankA. **12** 403 f. (KG.). Eine Bank, welche einen gefälschten Scheck einlöst, obschon das Guthaben des Kontoinhabers hinter der Schecksumme zurückbleibt, handelt namentlich dann nicht schuldhaft, wenn auch seitens des Kunden selbst das Konto in früheren Fällen mitunter überzogen worden war. Der Kunde muß deshalb in solchem Falle den Schaden, welchen er durch ungenügende Verwahrung des Scheckbuchs verursacht hat, allein tragen.

§ 354. I. Literatur. *Hinsberg, Wie lange ist im Bankverkehre Provision zu zahlen? LeipzZ. **12** 744—746. Der Bankier kann — im normalen Geschäftsbetriebe — nicht Geld gegen bloße Verzinsung ausleihen. Neben den Zinsen bildet die Bankprovision ein Äquivalent für die Gewährung des Kredits. Dies wird in der Literatur anerkannt. Die Provision ist also so lange zu zahlen, bis der kreditierte Betrag voll zurückerstattet ist.

II. Rechtsprechung. 1. LeipzZ. **13** 403 f. (Colmar). Eine Verpflichtung der zum Besuchen einer Kleidermodellausstellung zugelassenen Damenschneiderin, bei dem Veranstalter Ware zu bestellen, kann nicht aus § 352 hergeleitet werden; denn diese Bestimmung setzt die Leistung besonderer Dienste voraus.

2. HessRspr. **13** 307 (Darmstadt). Der Kaufmann, der die beanstandete Ware auf Lager nimmt, kann dafür Lagergeld, und zwar nach den Vergütungssätzen des Lagerhauses, beanspruchen.

3. SeuffA. **68** 465 f., HansGZ. **13** Hptbl. 179 f. (Hamburg). Der Verkäufer hat gegen den mit Abnahme der Ware säumigen Käufer zwar keinen Anspruch auf eigentliches Lagergeld, wenn er nicht die konkrete spezialisierte Ware für ihn auf Lager hält, kann aber gleichwohl eine angemessene Entschädigung aus § 354 fordern.

§ 355. I. Literatur. *Kiefersauer, Recht des Kontokorrents (Würzburger Preisarbeit 1912). 1. Das dem Kontokorrentverhältnisse zugrunde liegende Rechtsgeschäft ist ein gegenseitiger Vertrag eigenartiger Natur. Regelmäßig geht die Vereinbarung der Parteien dahin, daß die während eines bestimmten Zeitraums für beide Teile entstehenden Forderungen gestundet und periodisch in Form der Gesamtaufrechnung getilgt werden sollen. Das Wesen des Kontokorrentvertrags besteht demgemäß in der Stundungs- und Gesamtaufrechnungsabrede. Eine Novation müßte besonders vereinbart sein. 2. Die Aufnahme einer Forderung in das Kontokorrent hat eine Veränderung ihrer Rechtsnatur nicht zur Folge; sie bewirkt nur, daß die Forderung während der Dauer der Laufrechnung nicht geltend gemacht werden kann. Die Abtretung und demgemäß die Verpfändung einer Kontokorrentforderung ist jederzeit möglich, jedoch nur mit der Wirkung, daß der Zessionar ebenso wie bis dahin der Zedent vor Ablauf der Rechnungsperiode Zahlung seiner Forderung nicht verlangen kann. 3. Nur Forderungen

können aufgerechnet werden. Zahlungen einer Partei, d. h. Leistungen im Sinne des Gesetzes, erfolgen nicht zum Zwecke der Schuldentilgung: sie begründen vielmehr für die zahlende Partei eine Forderung, die bei der Abrechnung als Guthabenpost zu berücksichtigen ist. 4. Die Verrechnung und Feststellung des Überschusses erfolgt in der Weise, daß die Partei, die den Rechnungsauszug übersendet, damit anerkennt, daß sie die Summe der aufgezeichneten Debetposten schuldet und nicht mehr als die Kreditsumme zu fordern hat. In der Übersendung des Rechnungsauszugs liegt zugleich die Aufforderung an den Gegner, das Anerkenntnis anzunehmen. Ist dies geschehen, so erfolgt auf Grund des Schuldanerkenntnisvertrags die Aufrechnung der beiden Abschlußsummenforderungen. Ergibt sich ein Überschuß, so wird dieser als die geschuldete Forderung anerkannt. In der Saldoanerkennung als solcher liegt keine Novation.

II. Rechtsprechung. BankA. **12** 250 (KG.). Erhebt der Bankkunde, der regelmäßige Rechnungsauszüge erhält, mit der Bitte, sie zu prüfen, und die Richtigkeit zu bestätigen, nicht gegen die Richtigkeit Widerspruch, so ist daraus seine Zustimmung zur Saldoziehung zu folgern (s. auch § 354).

§ 356. I. Literatur. *Kiefersauer, Recht des Kontokorrents. 1. Sind mehrere durch Pfand, Bürgschaft oder in anderer Weise gesicherte Forderungen vorhanden, so gelten alle Sicherheiten als fortbestehend, so daß der Saldogläubiger in Höhe seiner Forderung aus jeder Befriedigung suchen kann. Jedoch haftet jede einzelne Sicherheit nur entsprechend dem Betrage der Forderung, für die sie ursprünglich bestellt wurde; übersteigt die Saldoforderung diesen Betrag, so muß sich der Gläubiger an eine etwaige andere Sicherheit halten. 2. Bei Befriedigung eines Gläubigers durch einen Bürgen oder einen zur Ausgleichung berechtigten Gesamtschuldner geht die Forderung gegen den Schuldner gemäß §§ 774, 426 Abs. 2 BGB. auf den Zahlenden über. 3. Besteht eine Sicherheit für die künftige Saldoforderung, so findet § 356 HGB. keine Anwendung. Ist die Haftungsdauer zeitlich gewöhnlich auf eine Rechnungsperiode begrenzt, und wird nach Ablauf dieses Zeitraums das Kontokorrentverhältnis fortgesetzt, so wird die Saldoforderung mit der Sicherheit auf neue Rechnung vorgetragen. Der Saldo stellt hier die erste Forderung der neuen Rechnung dar, und es gilt hierfür § 356 HGB. Praktisch wichtiger ist die zeitlich unbegrenzte Haftung der Sicherheit: die einmal bestellte Sicherheit besteht ohne Rücksicht auf die einzelnen Rechnungsabschlüsse bis zur Aufhebung des Kontokorrentverhältnisses fort. Demgemäß kann sich der Saldogläubiger an die Sicherheit auch dann noch halten, wenn sich bei einem früheren Rechnungsabschlusse zugunsten des Sicherheitsbestellers ein Aktivsaldo ergeben hat. Umgekehrt ist es auch ohne Einfluß, wenn der Passivsaldo des Sicherheitsbestellers während der einzelnen Rechnungsperioden von verschiedener Höhe ist.

II. Rechtsprechung. **RG.** BankA. **12** 370, R. **13** Nr. 2321. Mit der Saldofeststellung gehen die Einzelansprüche unter. Jedoch bleiben die für eine einzelne Forderung etwa begründeten Sicherheiten bestehen, soweit das Kontokorrentguthaben des Gläubigers und seine Forderung sich decken. Als eine solche Sicherheit ist auch das Zurückbehaltungsrecht anzusehen.

§ 357. *Kiefersauer, Recht des Kontokorrents. 1. Aktivposten, die nach der Pfändung in das Kontokorrent eingetragen werden, kommen dem Pfändungsgläubiger zugute. Spätere Schuldposten muß der Pfändungsgläubiger in Höhe der nachträglichen Kreditposten gegen sich gelten lassen. 2. Die Pfändung der gegenwärtigen Saldoforderung ist nur dann zulässig, wenn dem Schuldner das Recht der freien Kündigung durch die Kontokorrentabrede nicht entzogen ist. § 357 bezieht sich lediglich auf die Pfändung der künftigen, d. h. am Ende einer Rechnungsperiode sich ergebenden Saldoforderung.

§ 362. *Dörstling, ZVersWiss. **13** 826. Aus der Pflicht, die Waren „vor Schaden zu bewahren", kann sich unter Umständen auch eine Pflicht zur Versicherungsnahme ergeben.

§ 363. I. Literatur. Haußmann, Die Blankozession des Kuxes unter besonderer Berücksichtigung der Kuxverpfändung im Bankverkehre, GoldschmidtsZ. **73** 203—254. Die Blankozession des Kuxes hat sich in Ermangelung einer positiven gesetzlichen Grundlage praeter legem gebildet und findet ihre rechtliche Erläuterung nur nach allgemeinen, den verschiedensten Rechtsgebieten entlehnten Gesichtspunkten. Wünschenswert ist eine positive gesetzliche Ausgestaltung, die unter Annäherung an das Aktienrecht den Kux zu einem Wertpapier im eigentlichen Sinne erhebt, das in seiner rechtlichen Struktur nach Möglichkeit sowohl den Zwecken der Zubußeeinziehung, wie auch den Anforderungen der Umlaufsfähigkeit zu genügen geeignet ist.

II. Rechtsprechung. 1. R. **13** Nr. 400 (Colmar). Auch gegenüber dem Indossatar eines kaufmännischen Verpflichtungsscheins kann dessen Aussteller die Einrede, die Kaufmannseigenschaft habe ihm zur Zeit der Ausstellung gefehlt, wirksam geltend machen.

2. OLG. **26** 54 ff. (Hamburg). Die Übergabe eines indossierten Lagerscheins, dessen Konnossement als solches mangels der Berechtigung des Lagerhalters zur Ausstellung indossabler Lagerscheine unwirksam ist, kann eine wirksame Abtretung des Herausgabeanspruchs und damit eine wirksame Übereignung der verbrieften Waren darstellen (s. auch JDR. **11** 690 II).

§ 364 s. § 363.

§ 366. 1. **RG.** 82 32, BankA. **13** 66 f. Die Ermächtigung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bankiers, daß er die ihm von seinen Kindern verpfändeten Wertpapiere weiter verpfänden dürfe, reicht, wenn der Kunde nicht selbst Bankier ist, nicht aus, um die Verpfändungsbefugnis des Bankiers oder den guten Glauben des Pfandnehmers an das Vorhandensein dieser Befugnis zu begründen.

2. **RG.** BankA. **12** 250 f. Auch Rechtsirrtum über das Eigentum und das Verfügungsrecht des verpfändenden Vaters vermag die Gutgläubigkeit zu begründen.

§ 369. LeipzZ. **13** 950 ff. (Colmar). Durch die Vereinbarung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts wird ein Absonderungsrecht nach § 49 KO. nicht begründet.

§ 371 s. § 369.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

§ 373. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 675. Der Käufer muß wissen, daß es sich um die von ihm gekaufte Ware handelt, die gegen ihn zur öffentlichen Versteigerung gelangt. Fehlt es an einer Mitteilung, die ihm diese Kenntnis verschafft, so braucht er den Selbsthilfeverkauf nicht gegen sich gelten zu lassen.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 703 ff., LeipzZ. **13** 478 f., HoldheimsMSchr. **13** 110 bis 112, JW. **13** 47 f. Nr. 37. Beim Kaufe vertretbarer Sachen kann der Selbsthilfeverkauf auf Grund des § 373 HGB. zwar auch dann erfolgen, wenn die Ware noch nicht für den Käufer ausgeschieden worden ist; der Selbsthilfeverkauf setzt aber das Vorhandensein eines bestimmten, bei dem Verkäufer vorhandenen oder zu seiner Verfügung stehenden Vorrats, aus dem die zu liefernde Ware ausgeschieden werden kann, voraus, und nur ein solcher, zum mindesten durch Angabe des Lagerorts individualisierter Vorrat, nicht aber eine nur der Gattung nach bestimmte Warenmenge darf den Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs bilden.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 703 f., LeipzZ. **13** 478 ff., HoldheimsMSchr. **13** 110 bis 112, JW. **13** 47 f. Nr. 37. Der Übergang von der Klage auf den Unterschied

zwischen Vertragspreis und Steigerungserlös zum Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist Klagänderung.

4. OLG. **27** 414 f., HansGZ. **13** Hptbl. 136 ff. (Hamburg). Der Verkäufer kann die Vornahme des Deckungsgeschäfts gegen den infolge ungerechtfertigter Erfüllungsverweigerung annahmesäumigen Käufer nicht unter arglistiger oder fahrlässiger Verletzung der Interessen des Schuldners hinausschieben. Er muß bei sinkender Konjunktur den Deckungsverkauf vornehmen, wenn außer allem Zweifel ist, daß der Schuldner nicht erfüllen wird.

5. OLG. **27** 414 f., HansGZ. **13** Hptbl. 136 ff. (Hamburg). Freilich muß der Verkäufer bei Vornahme eines Deckungsverkaufs gegen den infolge ungerechtfertigter Erfüllungsverweigerung annahmesäumigen Käufer Treu und Glauben beachten und darf daher die Interessen des Käufers nicht arglistig oder fahrlässig verletzen, indessen hat den Nachweis der Möglichkeit eines besseren Verkaufs der K ä u f e r zu führen.

6. HansGZ. **13** Hptbl. 131 f. (Hamburg) über die verschiedenen Rechtsbehelfe, die dem Verkäufer zustehen, wenn der Käufer den Abruf verzögert und nicht rechtzeitig spezifiziert (s. ferner JDR. **11** 692 f.).

§ 374. HansGZ. **13** Hptbl. 165 f. (Hamburg). Der Käufer verwirkt sein Recht auf Lieferung durch Verzögerung des Abrufs, wenn der Verkäufer annehmen konnte, der Käufer habe die Bestellung annulliert, und dieser sich sagen mußte, sein Vertragsgegner müsse sein Verhalten so auffassen (s. ferner § 373).

§ 375 s. § 373 Nr. 6.

§ 376. ElsLothJZ. **13** 449 (Colmar). § 376 erfordert, daß nach dem Inhalt und Zweck des Vertrags eine spätere Leistung nach Ablauf der Lieferungszeit unter keinen Umständen von den Parteien als gewollt zu erachten ist (s. § 346 C I 1 b δ).

§ 377. I. L i t e r a t u r. 1. *E c k s t e i n, Die Gültigkeit der zeitlichen Beschränkung von Reklamationen, HoldheimsMSchr. **13** 12. Die Vereinbarung setzt den § 377 nicht außer Anwendung. Die Pflicht zur Untersuchung und unverzüglichen Anzeige wird nicht berührt. Der Käufer kann die volle Reklamationsfrist nicht für sich geltend machen. Für unauffindbare Mängel bleibt dem Käufer ein nachträgliches Rügerecht; er muß aber beweisen, daß die Rüge innerhalb der Reklamationsfrist nicht möglich war.

2. J a c o b y, Die Mängelrüge beim Vinkulationskaufe, DJZ. **13** 639 f. Die Mängelrüge muß in jedem Falle dem Verkäufer gegenüber ausgesprochen werden. Die Erklärung der Mängelrüge dem Bankier gegenüber ist zur Wahrung des Wandlungs- oder Minderungsrechts nicht erforderlich; die Unterlassung der Anzeige an jenen kann höchstens die allgemeine Schadensersatzpflicht zur Folge haben.

3. s. § 346 C II 1.

II. R e c h t s p r e c h u n g. 1. U n t e r s u c h u n g s - u n d R ü g e p f l i c h t. **a)** OLG. **27** 416 (Hamburg). War der Käufer zugleich Bezirksvertreter für die Ware des Verkäufers, so hatte er zwar auch die Verpflichtung, die Ware auf Qualitätsmängel, etwaiges Verdorbensein und dgl. unverzüglich zu untersuchen, nicht aber darauf, ob die Ware die zugesicherten Eigenschaften wirklich habe. Mit Rücksicht auf das besondere zwischen den Parteien bestehende Verhältnis konnte sich der Käufer sagen, daß der Verkäufer, wenn die Ware die von ihm zugesicherten Eigenschaften, für die er bei dem Wiederverkaufe, bei dem sie als Produkt der Beklagten bezeichnet wurde, selbst einzustehen hatte, etwa nicht besitze, er die Ware nicht zu behalten brauche. Zu einer eiligen Untersuchung lag deshalb für ihn kein Anlaß und keine Pflicht vor. War der Mangel der zugesicherten Eigenschaften einmal entdeckt, so war es freilich Pflicht des Käufers, sowohl nach § 377 wie nach den allgemeinen Pflichten des Käufers dem Verkäufer alsbald Anzeige zu machen, wenn er die Ware nicht behalten und den noch nicht gelieferten Teil nicht nehmen wollte. Aber auch hier brauchte er nicht sofort zu rügen, wenn der Verdacht vorlag, daß die Ware nicht

so sei, wie zugesichert war, sondern er durfte warten, bis sich in ihm durch Mitteilung mehrerer Abnehmer die zuverlässige Überzeugung gebildet hatte, daß die Mängel vorhanden waren. **b)** **RG.** LeipzZ. **13** 175. Das Recht des Käufers, bei Sukzessivlieferungsverträgen wegen mangelhafter Lieferungen des Verkäufers vom Vertrage zurückzutreten, kann nicht auf solche Lieferungen gestützt werden, die nach § 377 HGB. als genehmigt zu gelten haben. **c)** NaumburgAK. **13** 56 ff. (Naumburg). Bei einem Sukzessivlieferungsgeschäfte findet § 377 jedenfalls dann auf Untersuchung und Bemängelung der Einzellieferungen Anwendung, wenn sie eine Selbständigkeit haben. **d)** LeipzZ. **13** 316 ff. (München). Einer Mängelrüge des Käufers bedarf es nicht, wenn der Verkäufer selbst ihm den Mangel mit dem Erbieten eines Preisnachlasses anzeigt.

2. A r t d e r U n t e r s u c h u n g. **a)** **RG.** LeipzZ. **13** 541 f. Ein Ausfallsmuster vertritt die Ware hinsichtlich der Rügepflicht nur dann, wenn dies ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist. **b)** HansGZ. **13** Hptbl. 24 (Hamburg). Der Käufer von mehreren 100 Rollen Papier ist verpflichtet, einzelne Rollen auf ihre Länge zu untersuchen.

3. O r t u n d Z e i t d e r U n t e r s u c h u n g. SeuffA. **68** 154 ff. (Hamburg). Die Verschiebung der Untersuchungspflicht des Käufers bis zur Ankunft der Ware am überseeischen Bestimmungsplatze wird vielfach aus der Art der vereinbarten Fastage geschlossen werden dürfen, — dann nämlich, wenn bei einer für einen überseeischen Platz bestimmten Ware eine Lösung der Fastage im europäischen Versandplatze tatsächlich nicht möglich oder doch mit so großer Schwierigkeit oder so hohen Kosten verknüpft ist, daß vernünftigerweise niemand an derartige Untersuchung am inländischen Abgangsplatze denken wird.

4. A r t u n d I n h a l t d e r M ä n g e l r ü g e. **a)** R. **13** Nr. 2623 (Hamburg). Eine Mängelanzeige kann auch im Prozesse durch Schriftsatz gemacht werden; aber diese Möglichkeit ändert nichts daran, daß die Anzeige unverzüglich zu erstatten ist, und der Käufer kann sich für eine verspätete Anzeige zur Entschuldigung nicht darauf berufen, daß der Prozeßbetrieb eine schnellere Anzeige nicht zulasse. **b)** **RG.** LeipzZ. **13** 675. Schrieb der Käufer dem Verkäufer nur, daß sein Abnehmer die Ware zur Verfügung stelle, weil sie viel zu ordinär sei und er sie nicht verwenden könne, so liegt hierin eine zu allgemeine Angabe, die dem Erfordernisse, daß die Anzeige dem Käufer Art und Umfang der gerügten Mängel kenntlich zu machen hat, nicht entspricht.

5. Z e i t d e r M a n g e l r ü g e. **RG.** LeipzZ. **13** 541. Nicht j e d e Untersuchung verpflichtet schon den Käufer zur Mängelanzeige nach § 377 HGB.; erst nach s a c h g e m ä ß e r Untersuchung oder nach Ablauf der zu einer s o l c h e n Untersuchung erforderlichen Zeit braucht der Käufer die Mängelanzeige zu erstatten. Zu einer sachgemäßen Untersuchung gehört aber, daß der Käufer in der Lage ist, zu einem zuverlässigen Urteil über die Beschaffenheit der Ware zu gelangen (s. ferner §§ 344, 346 C II 2.)

§ 378. 1. SeuffA. **68** 71 ff., HansGZ. **12** Hptbl. 239 f. (Hamburg), (schon JDR. **11** 700 Nr. 2). § 378 HGB. bezieht sich nur auf die Rügepflicht (§ 377), nicht auf die Gewährleistung (§§ 459 ff. BGB.).

2. LeipzZ. **13** 175 (LG. Hamburg). Versäumt der Käufer bei Zuviellieferung die Rügepflicht, so muß er das Mehrquantum auch bezahlen.

§ 379. *D ö r s t l i n g , ZVersWiss. **13** 825. Aus der Pflicht zur Aufbewahrung kann auch eine Pflicht zur Versicherung resultieren, doch wird dieser Fall deshalb sehr selten sein, weil meistens nur ein kurzer Zeitraum in Frage kommt.

§ 381. R. **13** Nr. 401 (Stuttgart). Nur auf den Werklieferungsvertrag, nicht auch auf den reinen Werkvertrag finden, sofern es sich um ein beiderseitiges Handelsgeschäft handelt, nach § 381 Abs. 2 HGB. die Vorschriften des 2. Abschn. im III. Buch des HGB. Anwendung. Obwohl beide Parteien Kaufleute sind, bedurfte es daher

bei dem vorliegenden Werkvertrag (im Gegensatze zu der Ansicht von Staub, HGB. (8. Aufl.) § 381 Anm. 18) keiner besonderen Mängelrüge zur Wahrung der Gewährschaftsansprüche der Beklagten.

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

§ 383. 1. LeipzZ. **13** 950 f. (Colmar) über den Begriff des Kommissionärs.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 175. Wenn auch ein Kommissionsgeschäft nach §§ 385 ff. nicht vorliegt, so folgt aus dem Vertrage doch rechtlich so viel, daß die Beklagte damit, daß sie eine Geschäftsbesorgung für die Klägerin übernahm, in ein gewisses Vertrauensverhältnis zu dieser trat und deshalb die Erledigung der von ihr übernommenen Geschäftsführung ähnlich wie ein Kommissionär, zugleich auch im Interesse der Klägerin zu bewirken hatte.

3. HansGZ. **13** Hptbl. 305 f. (Hamburg). Der Widerruf der einzelnen Kommission seitens des Kommittenten ist ausgeschlossen, sobald das kommittierte Geschäft zum Abschluß gekommen ist, auch wenn dessen Abwickelung noch aussteht.

4. **RG.** BankA. **12** 370, R. **13** Nr. 2323. Beauftragt eine Bank eine andere, für einen ihrer Kunden einen bestimmten Betrag einer Preuß. Staatsanleihe zu zeichnen und den Betrag für den Kunden in dem Staatsschuldbuch eintragen zu lassen, so liegt zwar kein Kommissionsgeschäft im Sinne des § 383 HGB., insbesondere keine Einkaufskommission vor, gleichwohl unterliegt das Vertragsverhältnis nach § 406 den Vorschriften über die Kommission, indem die angewiesene Bank als Kommissionärin im Betriebe ihres Handelsgewerbes die Herbeiführung der Eintragung im Schuldbuche für Rechnung der anweisenden Bank im eigenen Namen zu besorgen übernommen hat.

5. **RG.** BankA. **12** 402 f. Dafür, ob die empfehlende Äußerung des Bankiers, der als Einkaufskommissionär für seinen Kunden Papiere anschaffen soll, der Kunde brauche keine Angst zu haben, er könne an den Papieren nichts verlieren, dafür garantiere er, eine Garantieübernahme für einen Verlust an den Papieren enthält, kommen alle Umstände und der Zusammenhang, in dem die Äußerung getan wurde, in Betracht. Regelmäßig enthält eine solche Äußerung keine Garantieleistung so weitgehenden Inhalts.

6. R. **13** Nr. 1799 (Hamburg). Der Kommittent haftet dem Kommissionär nicht schon deshalb auf Schadensersatz, weil die Kommissionsware mangelhaft war und infolgedessen der Kommittent sie nicht in genügender Weise absetzen konnte.

§ 384 s. § 383.

§ 400. **RG.** **81** 437 ff., BankA. **12** 231—233. Die Verpflichtung des Kommissionärs zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses fällt dann fort, wenn er die für den Kommittenten angeschafften Papiere auf Grund eines Rechtes, das ihm gegen den Kommittenten zustand, verkauft hat (s. ferner JDR. **11** 703.)

§ 406 s. § 383.

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

Literatur: Stoll, Das Selbsteintrittsrecht des Spediteurs. Leipzig 1912.

§ 407. HansGZ. **13** Hptbl. 47 (Hamburg). Wenn der Spediteur für die Nichteinliefe:ung des Gutes zur Beförderung sich ein Reugeld ausbedungen, anderseits aber für den Fall niederen Wasserstandes sich das Recht des Rücktritts vom Vertrage vorbehalten hat, so kann er die Zahlung des Reugeldes trotz Nichtanlieferung nicht verlangen, wenn tatsächlich der Transport wegen ungünstigen Wasserstandes nicht oder doch nur mit Verlust hätte ausgeführt werden können.

§ 414. HansGZ. **13** Hptbl. 127 (Hamburg). Eine Unterbrechung der Verjährung tritt nicht ein durch eine Streitverkündung, die in einem Vorprozeß einem

Spediteur gegenüber vorgenommen wird, der den für den Schaden verantwortlichen Spediteur als Zwischenspediteur angenommen hatte.

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft.

§ 422. Senckpiehl, EisenbE. **29** 126, erörtert die Frage der Auslieferung des Lagerguts. Der Lagerhalter macht sich ersatzpflichtig, wenn er das Lagergut einem Unbefugten oder einem Verfügungsberechtigten nichtverlangtes Lagergut aushändigt. Die Weisung des Einlagerers, das Lagergut an X. zu schicken, stellt einen Antrag zu einem Speditionsvertrage dar. Die Weisung, das Gut zur Verfügung des X. zu halten, ist ein Antrag auf Abschluß eines Vertrages zugunsten eines Dritten, durch dessen Annahme der Lagerhalter verpflichtet wird, die Weisungen des X. über das Lagergut zu befolgen. Der Lagerhalter ist mangels anderer Abmachung zur Annahme des Vertrags verpflichtet. In diesem Falle kann der Antrag des Einlagerers auch als einfache Weisung angesehen werden, der der Lagerhalter nachkommen muß. Nach der Verkehrssitte muß der Lagerhalter dem X. mitteilen, daß das Gut zu seiner Verfügung bei ihm lagere. Der Einlagerer kann seine Weisung wiederrufen, bis der Lagerhalter das Gut dem X. ausgeliefert oder ihm einen Lagerschein über das Gut ausgehändigt hat. In allen anderen Fällen, in denen er noch über das Gut verfügen kann, hat er im Zweifel noch den Widerruf des Einlagerers zu beachten.

§ 424. *Ziegel, AZivPr. **111** 1 ff. Die Bezeichnung des Gutes im Ladeschein ist Feststellungserklärung: Gegenbeweis ist ausgeschlossen; Haftung des Lagerhalters dem gutgläubigen Erwerber gegenüber.

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

Literatur: Baumann, Die Haftung des Frachtführers für fremdes Verschulden. Leipzig 1912. — Gaertner, Der Besitzwechsel am Frachtgut. Heidelberg 1912. — Corts, Das Erlöschen des Anspruchs gegen den Frachtführer nach § 438 HGB. Leipzig 1910.

§ 426. *Siegel, AZivPr. **111** 1 ff. Der Frachtbrief ist Feststellungserklärung. Gegenbeweis ist Konditionsbeweis, der außer im Verhältnisse zwischen Frachtführer und Absender mangels einer Kausalbeziehung ausgeschlossen ist. Aus der Natur als Feststellungserklärung erklärt sich § 426 Abs. 3. Kein skripturrechtlicher Gesichtspunkt.

§ 429. Gütschow, EisenbE. **30** 25, vertritt den Standpunkt, daß neben der Vertragshaftung aus dem Frachtgeschäft ein Deliktsanspruch nicht bestehe.

§ 432. OLG. **11** 58, ZfdIntEisenbTr **13** 106 (Rostock). Der bahnamtlich bestellte Rollfuhrunternehmer ist nicht Unterfrachtführer im Sinne des § 432, sondern er gilt als Gehilfe der Eisenbahn im Sinne des § 5 EisenbVerkO.

§ 433. Abs. 2 Satz 1. **RG.** ZfdIntEisenbTr. **13** 17. Die Bestimmung, daß das Verfügungsrecht des Absenders erlischt, wenn nach der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung der Frachtbrief dem Empfänger übergeben wird, betrifft den Fall, wenn das Gut sich noch im Gewahrsam der Eisenbahn befindet. Selbstverständlich erlischt das Verfügungsrecht des Absenders aber auch, wenn das Gut am Orte der Ablieferung, obschon ohne Übergabe des Frachtbriefs, dem Empfänger ausgehändigt wird. Die Verpflichtung der Eisenbahn, ihm am Bestimmungsorte gegen Bezahlung ihrer durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen und gegen Bescheinigung des Empfanges den Frachtbrief und das Gut auszuhändigen, hindert die Eisenbahn nicht daran, Güter, die sie nicht zuzuführen hat, dem Empfänger ohne Vorzeigung des von ihm quittierten Frachtbriefs zur Verfügung zu stellen.

§ 444. *Siegel, AZivPr. **111** 1 ff. Ladeschein und Konnossement sind Feststellungserklärungen, soweit sie tatsächliche Angaben über die Beschaffenheit und Quantität von Waren enthalten. Daher ist derjenige beweispflichtig, der eine Ab-

weichung des Frachtvertrags vom Ladeschein bzw. Konnossement behauptet. Aus der Feststellungswirkung erklären sich § 652 und § 653 HGB. Diese sind analog auf die Ladescheine anzuwenden (gegen **RG.** 5 79). Keine besonderen skripturrechtlichen Gesichtspunkte.

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

Vorbemerkung: Bei vielen Gerichten ist die Neigung verbreitet, insbesondere die Bestimmungen des HGB., der EisenbVerkO. und des IntÜb. über Beförderung von Gütern auf den Eisenbahnen in einem den Verkehrtreibenden überaus günstigen Sinne auszulegen. Diese Neigung erscheint verständlich, da in einem Prozesse die Verkehrtreibenden vielfach den Beweis für Tatsachen erbringen müssen, die sich während der Beförderung des Gutes auf der Eisenbahn zugetragen haben, und über die somit in den allermeisten Fällen nur Eisenbahnbedienstete, also Angestellte des Gegners im Prozeß, etwas bekunden können. Immerhin darf dieses Bestreben, eine gewisse aus den gesetzlichen Bestimmungen sich ergebende Härte auszugleichen, nicht dazu führen, von bestimmten Anforderungen hinsichtlich des von den Verkehrtreibenden zu erbringenden Beweises abzusehen. Auf diesem Standpunkt steht auch das RG. in der bemerkenswerten, zu § 95 EisenbVerkO. mitgeteilten Entscheidung, in der es ausführt, daß eine Beförderungsverzögerung um elf Tage noch nicht ohne weiteres als grobes Verschulden der Bahn angesehen werden kann, daß vielmehr einzelne Tatsachen nachgewiesen werden müssen, die eine grobe Fahrlässigkeit enthalten. In ähnlicher Richtung bewegt sich auch das zu Art. 31 Abs. 2 IntÜb. mitgeteilte Erkenntnis des RG., das ebenfalls Veranlassung hat, die von der Vorinstanz falsch verteilte Beweislast richtig zu stellen. Leider hat dagegen auch im vorliegenden Berichtsjahre das RG. keine Gelegenheit gehabt, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob eine Beförderungsverzögerung innerhalb der Lieferfrist die Bahn zum Schadensersatz verpflichtet. Diese Auffassung war im Vorjahr in zwei Oberlandesgerichtsentscheidungen zum Ausdruck gebracht worden, während der Appellationsgerichtshof in Amsterdam die entgegengesetzte Auffassung vertreten hatte (JDR. **12** zu § 466 HGB. u. Art. 39 IntÜb.). Die Ansicht der Oberlandesgerichte beruht u. E. auf einer Verkennung der Natur des Frachtvertrags als Werkvertrags und läßt ganz außer Betracht, daß bei dieser Auffassung die Lage der Bahn im Prozesse sich um so mehr verschlechtern würde, je rascher sie im Regelfalle befördert. Denn wenn die gesetzlich normierte Lieferfrist nicht mehr als die Grenze für die Verpflichtung der Bahn anerkannt wird, bleibt als Maßstab nur die regelmäßige Beförderung. Von besonderem Interesse sind im laufenden Jahrgange noch die Erkenntnisse des RG. zu § 54 EisenbVerkO., in denen weder Kinomatographenfilms noch roh gegerbten Zobelfellen die Eigenschaft als Kostbarkeiten im Sinne der VerkO. zuerkannt wird. Zu der Frage des Vertrags über die Beförderung leerer Kesselwagen zur Füllung hat der französische Kassationshof Stellung genommen (vgl. zu § 454 HGB.). Er sieht darin irrtümlich einen Frachtvertrag, während ein solcher Vertrag, wie schon früher der Österr. ObGerichtshof zutreffend ausgeführt hat (JDR. **11** 660), als ein nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes zu beurteilender Innominatkontrakt aufzufassen ist.

Literatur: Baumberger, Die Haftung für Reisegepäck nach schweizerischem Transportrecht? Bern 1913. — Blume, Das Recht der Eisenbahn auf Erstattung der infolge der Klarierungspflicht von ihr verauslagten Beträge, EisenbA. **13** 1197. — Boethke, Die Haftung der Eisenbahn für Reisegepäck, GesuR. **13** 466. — Boller, Das Rechtsverhältnis zwischen der Eisenbahn und dem Absender bzw. Empfänger bei der Be- und Entladung von Wagenladungen, EisenbE. **29** 239. — Derselbe, Die Anweisung des Empfängers an die Bestimmungsstation zur Auslieferung des Gutes an einen Dritten, EisenbE. **30** 6. — Derselbe, Haftet die Eisenbahn, wenn die Lieferfrist zwar gewahrt, die Beförderung des Gutes aber schuldhafter Weise verzögert wurde? EisenbVereinsZ. **13** 653. — Burger, Bemerkenswerte Urteile über die Genußberechtigung an der Frachtermäßigung der Notstandstarife, EisenbE. **29** 20. — Derselbe, Über die Zulassung von Rollführervollmachten zur Expreßgutbeförderung, EisenbVereinsZ. **13** 893. — Buschmann, Über die Ver-

pflichtung der Eisenbahnen zur Anerkennung von Frachterstattungsansprüchen nach internem (➡→d. h. österreichischem. D. Red.←⬅) und nach internationalem Rechte, Allg. Tarif-Anzeiger **13** 683. Vgl. dazu den Aufsatz „Frachterstattungsansprüche", ZfdIntEisenbTr. **13** 280. — Calmar, Die Anwendung der Artt. 7, 15, 16, 27, 31, 40 und 41 IntÜb. im Lichte der internationalen Rechtsprechung, Bulletin des Internat. Eisenbahn-Kongreß-Verbandes **14** 109. — Derselbe, Die Lieferfristen im internationalen Güterverkehr, Bulletin des Eisenbahn-Kongreß-Verbandes **12** 800. — Coermann, Die Haftpflicht des Publikums der Eisenbahn gegenüber, EisenbE. **30** 14. — Eger, Die Beschränkung der Haftung der Eisenbahn hinsichtlich des Bestimmungsorts nach § 85 der deutschen Eisenbahn-Verkehrsordnung, EisenbE. **29** 26. — Epstein, Die Rechtsfolgen unrichtiger bahnamtlicher Angaben in den Frachtpapieren, EisenbE. **29** 256. — Fritsch, Handbuch der Eisenbahngesetzgebung in Preußen und dem Deutschen Reiche (2. Aufl.). Berlin 1912. — Fridecko, Die Beförderung von Privatwagen, JurLBl. **13** 183. — Gorden, Die Haftung des Preußischen Eisenbahnfiskus für Verlust oder Beschädigung von Postsendungen, EisenbE. **29** 29. — Gütschow, Vertragshaftung und Deliktshaftung in Frachtgeschäften, Haftung für Erfüllungsgehilfen, EisenbE. **30** 25. — Kittel, Das Rechtsgeschäft der Personenbeförderung auf der Eisenbahn, Österr. Ztschrf. EisenbR. **2** 481. — Krug, Haftung der Eisenbahn und Anforderungsfrist bei Expreßgut, EisenbE. **30** 11. — Loening, Die Schadensersatzpflicht der Eisenbahn bei unrichtiger Gewichtsfeststellung, PosMSchr. **16** 25. — Derselbe, Die Schadensersatzpflicht der Eisenbahn bei unrichtiger Gewichtsfeststellung, PosMSchr. **16** Nr. 3, 4. — May, Sind Films Kostbarkeiten oder Kunstgegenstände im Sinne der Eisenbahn-Verkehrsordnung? EisenbE. **29** 244 ,**30** 23. — Sauter, Die rechtliche Natur der Fahrpreiszuschläge des § 16 EisenbVerkO. (§ 16 des Österr. und des Ungarischen Eisenbahn-Betriebsreglements), EisenbE. **29** 1. — v. Schwarz, Der Einstellungsvertrag. Eine eisenbahnrechtliche Studie. JurBl. **13** 17. — Schwendener, Das Personentransportrecht. — Sendtpiehl, Die Auslieferung des Lagerguts, EisenbE. **29** 126. — Simon, Das Recht des Reisegepäcks. Leipzig 1912. — Wagner, Das Verfügungsrecht des Absenders über das Frachtgut während des Transports (§ 433 HGB.). Heidelberg 1912. — Wolff, Die Anweisung des Empfängers an die Bestimmungsstation zur Auslieferung des Gutes an einen Dritten, EisenbVereinsZ. **13** 1429.

§ 453. Coermann, EisenbE. **30** 14, erörtert die Haftpflicht des Publikums der Eisenbahn gegenüber. Er trennt die allgemeine Haftpflicht, die Sonderhaftpflicht des Reisenden und die Sonderhaftpflicht des Absenders.

§ 454. ZfdintEisenbTr. **13** 287 (FranzKassH.). Der zwischen der Eisenbahn und den Eigentümern von Kesselwagen, die in den Wagenpark der Eisenbahn eingereiht sind, geschlossene Vertrag ist ein Frachtvertrag und nicht ein Mietvertrag. Die Eisenbahn haftet daher bei Beschädigung des Wagens auch während des Leerlaufs nach den Grundsätzen des Frachtrechts. ➡→ Anders ÖstObG. JB. **11** 660, der in der Übernahme eines leeren Kesselwagens zur Beförderung zwecks Füllung den Abschluß eines nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes zu beurteilenden Innominatkontrakts erblickt. Diese Auffassung ist zutreffend. Die Red. ←⬅

§ 458. *Loening, PosMSchr. **16** 25 ff. Hat die Eisenbahn in den Fällen, in denen sie das Gewicht einer Sendung festzustellen und im Frachtbriefe zu bescheinigen hat, im Frachtbriefe falsche Angaben gemacht, so hat sie bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit — letztere wird im allgemeinen zu bejahen sein — für die sich aus der unrichtigen Verwiegung ergebenden Schäden zu haften. Zu derartigen Schäden gehören z. B. Zollstrafen, die ein Frachtbeteiligter im Vertrauen auf das bahnamtliche Gewicht zahlen muß. Die Haftung der Bahn ergibt sich aus § 458 HGB., §§ 5, 95 Eisenb. VerkO. Die der Eisenbahn obliegende Verwiegungspflicht ist nicht nur im Interesse der Berechnung des Frachtlohns gegeben, sondern die eisenbahnamtliche Verwiegung soll namentlich noch dazu dienen, die Haftung der Eisenbahn hinsichtlich des Gewichts des zu befördernden Gutes klarzustellen. Die Eisenbahn hat nach der Eintragung der Gewichte in den Frachtbrief die Beweislast für ein etwaiges geringeres Gewicht. Auch ergibt sich die Verwiegungspflicht der Eisenbahn unmittelbar aus dem Frachtvertrage. Infolgedessen ist auch ein Verschulden der Bahn bei Gewichtsfeststellung eine Vertragsverletzung.

Eisenbahnverkehrsordnung.

Literatur: vgl. zu Abschn. 7 HGB.

II. Allgemeine Bestimmungen.

§ 5. EisenbE. **30** 40 (ÖstObG.). Wenn sich die Eisenbahn zur Avisierung eines Gutes an den Empfänger der Post bedient, so haftet sie für deren Organe.

§ 6. EisenbVereinsZ. **13** 1021 (Zweibrücken). Eine unrichtige Veröffentlichung kann keinen bindenden Tarif schaffen. Namentlich gilt dies für Tarife des Wechselverkehrs, bei denen zu ihrer Gültigkeit Gleichlaut der Veröffentlichung der beteiligten Verwaltungen gefordert werden muß.

III. Beförderung von Personen.

§ 16. Sauter, EisenbE. **29** 1. Die Fahrpreiszuschläge des § 16 sind nicht Strafen des öffentlichen Rechtes, sondern entweder Vertragsstrafen, wenn nämlich ein Vertrag über die Beförderung bereits abgeschlossen ist, oder, wenn ein solcher Vertrag nicht vorliegt, gesetzliche Privatstrafen, d. h. dem Privatinteresse eines anderen dienende Zwangsmittel, die außerhalb eines Vertrags oder ohne Abschluß eines Vertrags ein bestimmtes Verhalten eines Dritten herbeiführen sollen. Gesetzliche Privatstrafen sind zwar dem BGB. unbekannt; wie aber Verpflichtungen überhaupt nicht nur ex contractu, sondern auch ex lege begründet werden können, so ist es zweifellos auch zulässig, daß Privatstrafen nicht nur durch den Vertragswillen der Parteien, sondern auch durch das Gesetz selbst für ein von ihm nicht gewolltes, einen anderen schädigendes Verhalten auferlegt werden. Die Geldbußen sollen hiernach das private Interesse der Bahn an dem rechtzeitigen Erwerbe der Fahrkarte und an der Einhaltung der Kontrollvorschriften schützen. Zur Wahrung des öffentlichen Interesses hieran können neben den Geldbußen polizeiliche Strafen auferlegt werden (anders OLG. München, EisenbE. **27** 406).

IV. Beförderung von Reisegepäck.

§ 39. EisenbE. **30** 113 (ÖstObG.). Die Eisenbahn haftet für in Aufbewahrung genommenes Gepäck nur im Falle eines Verschuldens, nicht aber für Zufall.

V. Beförderung von Expreßgut.

§ 42. Burger, EisenbVereinsZ. **13** 893. 1. Das in der VO. eingeräumte Selbstabholungsrecht von Expreßgut zerfällt in zwei Unterarten, je nachdem eine Erklärung über die erfolgende Selbstabholung vorliegt oder nicht. Wenn eine Selbstabholeerklärung vorliegt, ist das Zuführungsrecht der Eisenbahn ausgeschlossen; liegt eine Selbstabholeerklärung nicht vor, so kann die Eisenbahn von ihrem Selbstzuführungsrecht Gebrauch machen. Der Empfänger behält aber das Selbstabholungsrecht, solange die bahnseitige Zuführung nicht begonnen hat. 2. Das Selbstabholungsrecht beider Erscheinungsformen unterliegt keiner Ausschlußfrist. Das gewöhnliche Selbstabholungsrecht erlischt von selbst, wenn die bahnseitige Zuführung begonnen hat. Beim Vorliegen von Selbstabholeerklärungen hat die Eisenbahn überhaupt kein Zuführungsrecht. Das Selbstabholungsrecht bleibt in diesem Falle ohne zeitliche Schranke bestehen. Die Frist des § 42 Abs. 1 ist überhaupt keine Ausschlußfrist gegen den Empfänger, sondern eine Schutzfrist zugunsten der Eisenbahn, vor deren Ablauf die Auslieferung des Gutes nicht verlangt werden kann. Es ist auch nicht zulässig, auf der Grundlage des § 43 die Ausübung des Selbstabholungsrechts einer im Tarife festzusetzenden Ausschlußfrist zu unterwerfen oder nach einer anderen Richtung zu beschränken. 3. Das Selbstabholungsrecht beider Erscheinungsformen kann auch durch Bevollmächtigung eines Rollführers ausgeübt werden. Der Empfänger kann im Expreßgutverkehre die gleiche Zuführungsweise erzwingen wie im Güterverkehre, wenn er der Eisenbahn anzeigt, daß er zur Abholung der für ihn ankommenden

Expreßgüter einen Rollführer bestellt habe. 4. Beschränkungen des Selbstabholungsrechts können nur beim Vorliegen besonderer Verhältnisse von der Landesaufsichtsbehörde nach Zustimmung des Reichseisenbahnamts für einzelne Bahnstrecken oder Stationen genehmigt werden.

VIII. Beförderung von Gütern.

§ 54. 1. a) **RG.** JW. **13** 382, EisenbE. **29** 443. Films können nicht als Kostbarkeiten aufgefaßt werden. Hingegen können sie je nach dem Maße der für sie aufgewandten künstlerischen Betätigung unter den Begriff Kunstgegenstände fallen. Vgl. JW. **13** 710. b) May, EisenbE. **30** 23, führt demgegenüber aus: Films nehmen im Vergleiche zu ihrem Werte einen sehr geringen Raum ein, und man wird sie daher in vielen Fällen als „Kostbarkeiten" im Sinne der EisenbVerkO. anzusehen haben. Die Auffassung des RG. mag in den Umständen des konkreten Falles ihre Rechtfertigung finden, sie darf jedoch nicht ohne weiteres verallgemeinert werden. Die Bezeichnung „Films" deutet nicht ohne weiteres auf kinematographische Bilder hin. Es empfiehlt sich daher, bei der Versendung von Films die genaue Bezeichnung „Kinematographen-Films" zu wählen und auch den Wert der Films anzugeben.

2. **RG.** ZfdIntEisenbTr. **13** 228, JW. **13** 875. Roh gegerbte Zobelfelle sind keine „Kostbarkeiten" im Sinne der EisenbVerkO. Denn die Eisenbahn hat nicht nur nicht gefordert, daß bei deren Versendung die für Kostbarkeiten geltenden Bestimmungen beachtet werden, sondern sich umgekehrt so verhalten, daß der Verkehr daraus entnehmen mußte, die Forderung solle jetzt und künftig nicht gestellt werden.

§ 57. EisenbE. **30** 40 (ÖstObG.). Wenn der Absender die Adresse im Frachtbrief ungenau ausfüllt, indem er die nähere Bezeichnung der Wohnung des Adressaten nach Straße und Hausnummer unterläßt, so haftet die Eisenbahn nicht für den hierdurch verursachten Schaden.

§ 58 Abs. 3. EisenbE. **30** 102 (ÖstObG.). Hat die Eisenbahn bei Frachtgütern, deren Verladung der Partei obliegt, nach deren Antrag im Frachtbriefe die Stückzahl festgestellt, so haftet sie, falls eine geringere Stückzahl abgeliefert wird, auch dann, wenn sie die Stücke nicht nachgezählt hatte.

§ 60. EisenbE. **30** 75 (ÖstObG.). Wird ein zusammengesetztes Gut zur Erlangung niedrigerer Fracht in seine Bestandteile zerlegt, mit mehreren Frachtbriefen zur Beförderung aufgegeben, so ist die Eisenbahn berechtigt, die Fracht unter Zusammenfassung dieser Frachtbriefe nach dem höheren Tarife für das ganze Gut zu berechnen.

§ 63 Abs. 5 und 6. *Voller, EisenbE. **29** 239. Bestellt der Absender einen leeren Eisenbahnwagen zur Verladung von Gütern und wird diese Bestellung von der Eisenbahn angenommen, so kommt zwischen Absender und Eisenbahn ein selbständiges, vom nachfolgenden Frachtvertrag unabhängiges Vertragsverhältnis zustande. Der Wagengestellungsvertrag verleiht dem Absender hauptsächlich folgende Rechte: a) die Eisenbahn hat einen Wagen bereitzustellen, b) sie hat den Wagen für die Dauer der Beladung auch bereitzuhalten, c) sie hat einen tauglichen Wagen zu stellen, d) dem Absender muß die Beladung am Bereitstellungsorte möglich sein, und er muß die Beladung ungestört bewerkstelligen können. — AM. Rundnagel, „Haftung der Eisenbahn", (2) 8 und 9. Das Verhältnis zwischen Eisenbahn und Empfänger während der Entladung wird nicht durch einen selbständigen Vertrag geregelt, sondern beurteilt sich nach dem Rechte des Frachtvertrags.

Abs. 8. OLG. **11** 58, ZfdIntEisenbTr. **13** 106 (Rostock). Die Eisenbahn haftet für die Tätigkeit der als Rollfuhrunternehmer von ihr bestellten Personen. Dagegen haften diese selbst nur der Eisenbahn, nicht aber dem Absender oder Empfänger vertragsmäßig. Der Rollfuhrunternehmer ist nicht Unterfrachtführer im Sinne des

§ 432 HGB. Eine unmittelbare Haftung gegenüber dem Absender oder Empfänger ist auch dann nicht gegeben, wenn er sich in dem Vertrage mit der Eisenbahn verpflichtet hat, sowohl dieser als auch dem Absender und Empfänger gegenüber die Vorschriften der EisenbVerkO. und die besonderen Anordnungen der Bahn zu beachten und für Handlungen und Unterlassungen seiner Leute einzustehen.

§ 67 Abs. 2. EisenbE. **29** 57 BezGfHandelss. (Wien). Wenn die Eisenbahn in Ermangelung einer Vorschrift im Frachtbriefe die Fracht nach dem laut. § 67 Abs. 2 billigsten Tarif berechnet und auf Grund dieses die Mühlenrefaktie liquidiert hat, so hat die Partei kein Recht, die Frachtberechnung auf einem anderen Wege zu verlangen, weil auf letzterem sich eine höhere Refaktie ergibt.

§ 70. 1. Buschmann, Allg. Tarifanzeiger **13** 683, stellt Leitsätze auf hinsichtlich der Einteilung der Frachterstattungsansprüche, hinsichtlich der Verpflichtung der Eisenbahnen zu ihrer Begleichung sowie hinsichtlich ihrer Verjährung und ihres Erlöschens. Diese Leitsätze werden in der ZfdIntEisenbTr. **13** 280 kritisch beleuchtet.

2. EisenbE. **29** 416 (ÖstObG.). Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist die Bahn nicht befugt, den Zahler einer von ihr unrechtmäßig vorgeschriebenen oder erhobenen Frachtgebühr mit seinem berechtigten Rückersatzanspruch an eine andere Bahn zu verweisen. Die anstandslose Auszahlung von Frachtdifferenzen seitens der Bahn an den Reklamanten legitimiert diesen zur Einklagung von Nebenforderungen dieser Differenzen, ohne daß er sein Klagerecht weiter nachgewiesen hätte, weil die Auszahlung als außergerichtliches Zugeständnis seines Klagerechts anzusehen ist. ➠ Letzterer Ausführung kann nicht zugestimmt werden, die Aktivlegitimation ist von Amts wegen zu prüfen. D. Red. ⇐

§ 73. EisenbE. **30** 45 (ÖstObG.). Die Forderung des Absenders an die Eisenbahn, ihm das irrtümlich vom Gerichte beschlagnahmte Gut herauszugeben, ist keine nachträgliche Verfügung im Sinne des § 73. Wenn der Absender zugleich Empfänger ist, so kann die Eisenbahn die Einhaltung der sonst vorgeschriebenen Formalitäten bei Geltendmachung der Rechte aus dem Frachtvertrage nicht verlangen, da diese ebenso wie die im § 73 Abs. 3 geforderten eben nur wegen der möglichen Kollision zwischen den Rechten des Absenders und Empfängers vorgeschrieben sind. ➠ Den Ausführungen des letzten Satzes kann nicht beigetreten werden. Der Empfänger hat erst von einem bestimmten Zeitpunkt an das Verfügungsrecht. Ergeht vor diesem Zeitpunkt eine Verfügung, so gilt sie als solche des Absenders und unterliegt den dafür gegebenen Vorschriften. D. Red. ⇐

Abs. 9. Boller, EisenbE. **30** 6. Der Empfänger ist nach Ankunft des Gutes auf der Bestimmungsstation berechtigt, Verfügungen zu treffen. Er kann entweder seine Rechte aus dem Frachtvertrag an einen Dritten abtreten oder den Dritten als seinen Beauftragten zur Empfangnahme des Gutes bezeichnen oder seine Rechte aus dem Frachtvertrage durch ein Übereinkommen mit der Eisenbahn dem Dritten zuzuwenden. Die in der Praxis häufigsten Verfügungen: 1. „Händigen Sie Gut und Frachtbrief gegen Bezahlung der Fracht an X. aus", 2. „Händigen Sie das Gut gegen Bezahlung der Fracht an X., den Frachtbrief an mich aus," sind nicht als Mitteilung über eine Abtretung aufzufassen, sondern als Anträge an die Eisenbahn auf Eingehung von Verträgen zugunsten eines Dritten. Die Eisenbahn ist nicht verpflichtet, die Anträge anzunehmen, ihr Schweigen gilt jedoch als Annahme. Durch die ausdrückliche oder stillschweigende Annahme des Vertragsantrags erwirbt der Dritte unmittelbar die Empfängerrechte. Das gleiche gilt, wenn der Empfänger eine Anweisung zugunsten eines Vierten erteilt. — Gegen Boller wendet sich Wolff, EisenbVereinsZ. **13** 1429. Der Empfänger hat vor Übergabe des Frachtbriefs an ihn oder vor Erhebung der Klage auf Herausgabe des Gutes und Frachtbriefs gegen die Eisenbahn überhaupt noch kein materielles Recht aus dem Frachtvertrage, sondern

nur die Befugnis, die formelle Legitimation, in den Frachtvertrag einzutreten und die Rechte daraus zu erwerben. Diese Befugnis kann nicht abgetreten werden. Vor Einlösung des Frachtbriefs kann der Empfänger somit keinen Dritten an seiner Stelle zum Empfänger im Sinne der EisenbVerkO. machen. Die von Boller genannten Verfügungen können nur so ausgelegt werden, daß der Empfänger die Eisenbahn ermächtigt, den Frachtvertrag mit befreiender Wirkung ganz oder teilweise durch Leistung an einen Dritten als seinen Vertreter zu erfüllen, ohne daß der Dritte irgend welche Rechte erwirbt. Der Dritte ist daher nicht berechtigt, weiter die Herausgabe des Gutes an einen Vierten usw. zu verfügen.

§ 75 Abs. 5. EisenbE. **29** 322 (ÖstObG.). Zur Wahrung der Lieferfrist muß die Bahn ordnungsmäßig, insbesondere unter Angabe der Ankunftsstation und der Abnahmefrist, überhaupt reglementmäßig, avisieren. Die Benachrichtigung von Ablieferungshindernissen setzt selbstverständlich und nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 81 einen fruchtlosen Avisierungsversuch voraus.

§ 76. (Abs. 2.) 1. EisenbE. **29** 97. (ÖstObG.). Der Empfänger ist zwar vor Einlösung des Frachtbriefs nicht berechtigt, das Frachtgut zu öffnen und Proben daraus zu entnehmen. Der Absender kann aber die Bahn nicht verantwortlich machen, wenn der Empfänger daraufhin die Annahme verweigert. Denn ein ihm entstehender Schaden hat hier seine Ursache lediglich in der Entschließung des Käufers, die Ware nicht zu beziehen und zu bezahlen. Daß diese Entschließung durch den von der Bahn gestatteten Zutritt zur Ware veranlaßt worden sein kann, ist belanglos.

2. EisenbE. **30** 47 (ÖstObG.). In der Gestattung der Besichtigung des Frachtguts vor Einlösung des Frachtbriefs liegt keine den Absender schädigende Handlung der Eisenbahn. Eine etwaige Annahmeverweigerung ist nicht als durch die Gestattung der Besichtigung verursacht anzusehen.

§ 79. EisenbE. **29** 273 (ÖstObG.). Da die Benachrichtigung des Empfängers zur regelrechten Ausführung des Transports gehört und da das Gesetz zwischen physischen und juristischen Personen nicht unterscheidet, erscheint die Postanstalt, wenn auch nicht zu „den Leuten" der Bahn gehörig, doch als eine der im § 5 genannten „anderen Personen", deren sich die Bahn bei Ausführung des Transportes bedient, und für welche sie zu haften hat, wenn die Benachrichtigung nicht in die Hände des Empfängers gelangt.

§ 81. LeipzZ. **13** 573 (Cöln). Im Falle der Verweigerung der Annahme des Gutes nach Einlösung des Frachtbriefs durch den Empfänger kann die Eisenbahn von diesem Erstattung der Lagerkosten verlangen.

§ 86 Abs. 1 Ziff. 2. 1. EisenbE. **30** 91 (ÖstObG.). Hat der Versender über die Mangelhaftigkeit der Verpackung die Erklärung entgegen der Vorschrift nicht im Frachtbriefe, sondern besonders schriftlich abgegeben, so hat die Eisenbahn, um sich von der Haftpflicht für einen aus dem Mangel entstandenen Schaden zu befreien, zu beweisen, daß sich die hinterlegte Erklärung auf die fragliche Sendung bezog.

2. EisenbE. **29** 461 (ÖstObG.). Ist im Frachtbriefe bzw. der allgemeinen Erklärung die Angabe, worin der Mangel der Verpackung besteht, nicht enthalten, so hat dies nicht etwa zur Folge, daß die Eisenbahn von der Haftung für alle möglicherweise aus Mängeln der Verpackung eintretenden Schäden befreit ist. Vielmehr hat die Eisenbahn darzulegen und zu beweisen, inwiefern die Verpackung mangelhaft war, und daß infolge dieser Mangelhaftigkeit der Verpackung in concreto der Schaden entstehen konnte.

3. Ziff. 5. BreslauAK. **13** 2 (Breslau). Die Befreiung der Bahn von der Haftung tritt nur ein, wenn der Schaden aus einer Gefahr entstanden ist, die infolge der natürlichen Beschaffenheit lebender Tiere mit deren Transport verbunden ist, also z. B. der Gefahr des Entlaufens oder des Erstickens, dagegen nicht der Gefahr der

Vergiftung durch zufällig in dem zur Beförderung benutzten Wagen vorhandene Reste von giftigen Stoffen.

4. Abs. 3. EisenbE. **29** 461 (ÖstObG.). Ein Verschulden der Bahn kann nicht darin gefunden werden, daß sie eine Kiste Glas während des Lagerns auf dem Güterschuppen nicht durch besondere Maßnahmen gegen Unfall gesichert hat. Die Bahn ist zwar verpflichtet, Gütern, die besonderen Gefahren ausgesetzt sind, die ihnen angemessene erhöhte Sorgfalt angedeihen zu lassen. Jedoch sind der individualisierenden Behandlung solcher Güter durch die Eigentümlichkeiten des Eisenbahnbetriebs, der stets mit der raschen Abfertigung von größeren Massen von Gütern zu rechnen hat, gewisse enge Grenzen gezogen. Von der Eisenbahn kann daher nur die Anwendung der Sorgfalt verlangt werden, die sie unter Berücksichtigung der Eigenart des Eisenbahnbetriebs billigerweise leisten kann.

§ 88 Abs. 2. EisenbE. **29** 417 (ÖstObG.). Wie im Falle des Verlustes und der Minderung des Gutes nach § 88 Abs. 1, so ist auch im Falle der Beschädigung gemäß Abs. 2 zu ersetzen, was an Zöllen und sonstigen Kosten, sowie an Fracht schon bezahlt oder noch zu bezahlen ist.

§ 90. EisenbE. **29** 59 (ÖstObG.). Ein gemäß § 80 Abs. 4 verkauftes Frachtgut kann nicht als in Verlust geraten angesehen werden. Denn die Vorschrift des § 90 will lediglich verhüten, daß der Klagberechtigte, wenn das Gut verloren gegangen oder sonst nicht auffindbar oder nicht zustellbar ist, nicht zu lange zu warten braucht, nicht aber eine Fiktion aufstellen für Fälle, wo offensichtlich kein Verlust vorgekommen ist.

§ 94 Abs. 3. 1. Boller, EisenbVereinsZ. **13** 653, führt aus, daß die Eisenbahn bei Einhaltung der Lieferfrist für schuldhafte Verzögerung der Beförderung niemals in Anspruch genommen werden kann. Der Frachtvertrag ist ein Werkvertrag mit vereinbarter Lieferfrist, der Absender bzw. Empfänger kann daher die Lieferung nicht vor Ablauf dieser Frist verlangen. Auch wenn die Beförderungsverzögerung vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt ist, haftet deshalb die Eisenbahn nicht. ➸ Diese Ausführungen sind zutreffend. D. Red. ⇽

2. EisenbE. **29** 438 (ÖstObG.). Die Bahn haftet bei Überschreitung der Lieferfrist nicht nur für den Zeitschaden, sondern auch für den Sachschaden bis zum reinen Handelswerte, wenn auch der Schaden vermöge der natürlichen Beschaffenheit des Frachtgutes entstanden ist. ⇽ Vgl. hierzu die Ausführungen im JW. 1912 zu Art. 37 IntÜb. D. Red. ⇽

§ 95. 1. **RG.** JW. **13** 382, HoldheimsMSchr. **22** 190, EisenbE. **29** 443. Wird voller Schadensersatz für Versäumung der Lieferfrist durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit gefordert, so liegt die Beweislast dem Kläger ob. Es ist nicht angängig, bei einer elftägigen Lieferfristüberschreitung ohne weiteres grobe Fahrlässigkeit für nachgewiesen zu erachten oder überhaupt aus der Dauer der Verspätung ohne weiteres Schlüsse zum Nachteile der Eisenbahn zu ziehen. Auch eine Verspätung von elf Tagen kann durch den Absender verschuldet sein oder auf sonstigen Umständen beruhen, für die die Bahn nicht einzustehen braucht. Die Aufgabe, den Tatbestand aufzuren, ist oft nicht leicht, muß aber unbedingt gelöst werden. Erst wenn die Einzelheiten zutage gefördert sind, läßt sich beurteilen, ob grobe Fahrlässigkeit der Bahn angenommen werden darf.

2. ZfdIntEisenbTr. **13** 254 (Ung. Tafel). In dem unverhältnismäßig langen Aufhalten einer Sendung leichtverderblicher Güter auf einer Station, das Überschreitung der Lieferfrist zur Folge hatte, ist eine grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn zu erblicken. Gleichgültig ist es dabei, daß auf den Linien der Bahn für andere Sendungen eine fünftägige Zuschlagfrist bestand, wenn nicht erwiesen ist, daß die Gründe für die Festsetzung der Zuschlagsfrist auch auf dieser Station vorlagen.

§ 97 Abs. 2 Ziff. 2. EisenbE. **29** 324 (ÖstObG.). Der § 97 Abs. 2 Ziff. 2, wonach eine Reklamation binnen 14 Tagen eingebracht werden muß, in Verbindung

mit § 99 Abs. 3, wonach mit der Reklamation der Frachtbrief vorzulegen ist, ergibt, daß die Nichtbeibringung des Frachtbriefs binnen 14 Tagen das Erlöschen des Anspruchs zur Folge hat. Wenn nun eine Zusatzbestimmung anordnet, daß das Erlöschen des Anspruchs erst eintreten soll, wenn der Frachtbrief nicht binnen vier Wochen beigebracht ist, so enthält sie eine Erleichterung für den Reklamanten und eine Verstärkung der Haftung der Bahn, ist also rechtsgültig.

§ 98 Abs. 3. EisenbE. **29** 434 (BezGfHandelss. Wien). Die Reklamation bei einer an der Beförderung beteiligten Bahnen hemmt bis zu ihrer Erledigung die Verjährung nicht nur gegenüber der angerufenen Bahn, sondern auch gegenüber allen übrigen Bahnen. Die zwischen den beteiligten Bahnen von dem Reklamanten für die Reklamation getroffene Wahl ist auf das Wahlrecht des Klägers unter den gerichtlich zu belangenden Bahnen ohne Einfluß.

Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr.

Literatur: vgl. zu Abschn. 7 HGB.

Art. 1 Abs. 1. ZfdIntEisenbTr. **13** 316 (FranzKassH.). Streik, der sich auf das ganze Netz einer Eisenbahn erstreckt und durch seine Plötzlichkeit und Allgemeinheit zum völligen Stillstande des Betriebs führt, weist alle Merkmale der höheren Gewalt auf. Die Eisenbahn kann sich aber auf ihn als höhere Gewalt von dem Augenblick an nicht mehr berufen, an dem die Wiederaufnahme des Betriebs bei zweckmäßigerem Vorgehen der Verwaltung möglich gewesen wäre. Das Zuströmen von Gütern nach den Bahnhöfen kann im allgemeinen nicht als ein außerordentliches und unvorhergesehenes Ereignis angesehen werden, das sich als höhere Gewalt darstellt.

Abs. 5. ZfdIntEisenbTr. **13** 167, EisenbE. **30** 94 (AppH. Rennes). Hinsichtlich der Auflieferung und Verladung der Güter gelten die für die Versandbahn bestehenden gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen. Wenn der französische Tarif bei der Wagenbestellung Angabe der Empfangsbahn vorschreibt, so genügt die Angabe „Deutschland" nicht, da die deutschen Bahnen kein einheitliches Netz bilden. Wenn die Bahn eine derartige Bestellung daher unbeachtet läßt, wird sie nicht schadensersatzpflichtig.

Art. 9. ZfdIntEisenbTr. **13** 319 (ObGH. Bukarest). Wenn die natürliche Beschaffenheit des Gutes eine Verpackung erfordert, so haftet der Absender für den Mangel der Verpackung oder deren mangelhaften Zustand nur, wenn diese in der in Art. 9 IntÜb. vorgeschriebenen Weise festgestellt sind.

Art. 10. 1. Blume, EisenbA. **13** 1197. Durch den Frachtvertrag zwischen Absender und Eisenbahn wird die Eisenbahn „Inhaber" eines Gutes. Das darin begründete tatsächliche Inhaberverhältnis zwingt sie, an die Zollverwaltung einen Zoll zu zahlen. Dieser Zoll ruht aber nicht auf der Beförderungstätigkeit der Eisenbahn, sondern auf dem beförderten Gute. Die Zollzahlung durch die Eisenbahn erfolgt daher tatsächlich, weil die Zollverwaltung gegen den Eigentümer des Gutes ein Zollforderungsrecht hat. Die Eisenbahn wird aus Anlaß des Frachtvertrags dem Absender gegenüber verpflichtet, im Interesse des Eigentümers des Gutes, solange dieses auf dem Wege ist, die Zollformalitäten zu erfüllen (Klarierungspflicht). Das außerdem daneben bestehende Verhältnis zwischen Eisenbahn und Zollverwaltung hat mit dem Frachtvertrage nichts zu tun. Bei Ausübung der Klarierungspflicht hat die Eisenbahn die Pflichten und Rechte eines Kommissionärs, nicht eines Frachtführers. Die Eisenbahn ist berechtigt, vom Empfänger die Bezahlung aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen zu verlangen; diese muß sie sämtlich im Frachtbrief ersichtlich machen. Nach IntÜb. ist die Ersichtlichmachung im Frachtbriefe Voraussetzung ihres Pfandrechts am Gute, und auf den ersichtlich gemachten Betrag allein ist die Verpflichtung des Empfängers beschränkt, wenn er die Rechte aus dem Frachtvertrag im eigenen Namen gegen die Eisenbahn geltend machen will. Hat

die Eisenbahn das Gut ausgeliefert, ohne sämtliche ihr zustehenden Beträge im Frachtbrief einzutragen und jedenfalls ohne sie vom Empfänger vorher einzuziehen, so hat sie nicht nur ihr Pfandrecht am Gute für die nicht eingetragenen und nicht eingezogenen Beträge aufgegeben, sondern sie hat gegen den Empfänger nur noch ein Forderungsrecht nach Maßgabe des Frachtbriefs. Diese Rechtslage besteht für die sämtlichen Forderungen der Eisenbahn aus dem Frachtvertrage, sowohl für Fracht- und Nebengebühren als auch für sämtliche baren Auslagen, namentlich für Zollbeträge. Nachzölle kann die Eisenbahn bei Überweisungsfrachtbriefen vom Empfänger überhaupt nicht einfordern. An den Absender kann sie sich nur dann halten, wenn es sich um Beträge handelt, die ihr zur Zeit der Auslieferung trotz der Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht bekannt waren. Solche Beträge, die infolge eines Versehens, das sich als Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns darstellt, nicht bei der Ablieferung eingezogen worden sind, kann die Eisenbahn weder vom Empfänger noch vom Absender ersetzt verlangen.

2. ZfdIntEisenbTr. **13** 293 (Hamburg). Wenn die Eisenbahn gemäß Art. 10 die Verzollung vornimmt und einen von der Zollverwaltung geforderten Nachzoll entrichtet, sei es auch erst nach Ablieferung des Gutes an den Empfänger, so ist der Absender verpflichtet, ihr den Betrag des Nachzolls zu ersetzen. Denn der Zoll war zu dem richtigen, d. h. hier zu dem höheren Betrage fällig geworden, als die Ware in den freien Verkehr gesetzt wurde. Damals war die Eisenbahn Inhaberin der Ware; damals entstand deshalb auch ihre persönliche Zollpflicht hinsichtlich des ganzen bei Zugrundelegung der richtigen Tarifnummer sich ergebenden Zollbetrags. Diese Zollpflicht blieb auch nach Auslieferung der Ware bestehen. Die Tatsache, daß der Absender der Eisenbahn die Entrichtung des Nachzolls untersagt hat, ist demgegenüber belanglos.

Art. 12 Abs. 4. 1. ZfdIntEisenbTr. **13** 8 (Ung. Tafel). Der Anspruch auf Nachzahlung von Fracht verjährt in einem Jahre vom Tage der Zahlung an, auch wenn die Bahn sich erst später, gelegentlich einer Reklamation über zuviel gezahlte Fracht, irrt und es unterläßt, die Fracht in richtiger Höhe zurückzubehalten.

2. EisenbE. **30** 74 (Ung. Tafel). Die einjährige Verjährung greift auch Platz, wenn die Eisenbahn auf eine Reklamation hin einen Betrag zurückerstattet, der größer ist als derjenige, der nach richtiger Berechnung zu erstatten gewesen wäre.

Art. 14. 1. ZfdIntEisenbTr. **13** 322 (Trib. Rom). Die Lieferfrist ist eine einheitliche und kann nicht geteilt werden. Sie dauert nicht nur bis zum Ende der Beförderung, sondern umfaßt auch noch alle Verrichtungen, die zur Ablieferung erforderlich sind. Wenn nun diese innerhalb der Lieferfrist bewirkt sind, so trifft die Eisenbahn kein Verschulden gegen die Vertragspflicht, und es ist belanglos, ob das Gut vor Ablieferung mehrere Tage auf dem Güterboden der Empfangsstation gelagert hat.

2. ZfdIntEisenbTr. **13** 170 (AppH. Paris). Wenn ein Tarif vorschreibt, daß für internationale Transporte die Lieferfristen des IntÜb. Anwendung finden, so hat er damit offenbar die Lieferfristen im Auge, die den Gegenstand der im Abs. 1 des Art. 14 enthaltenen allgemeinen Vorschriften bilden, nicht aber sich auf Abs. 3 dieses Artikels beziehen wollen, der selbst wieder auf die besonderen Tarife verweist.

Art. 15. ZfdIntEisenbTr. **13** 83 (AppH. Paris). Die Rückgabe des Duplikatfrachtbriefs an die Eisenbahn durch einen dritten kommt nicht einer durch die Versandstation übersandten Verfügung des Absenders gleich. Händigt die Eisenbahn in diesem Falle das Gut dem Dritten aus, so wird sie dem Empfänger schadensersatzpflichtig.

Art. 16. ZfdIntEisenbTr. **13** 349 (AppH. Dijon). Der Empfänger hat nicht das Recht, die Einlösung des Frachtbriefs und die Annahme des Gutes deshalb zu verweigern, weil der Transportpreis unrichtig berechnet ist. Selbst wenn es sich

so verhält, muß der Empfänger die Kosten der Einlagerung bezahlen, die durch die Verweigerung der Annahme entstanden sind, die er der Eisenbahn gegenüber beobachtete, obwohl sie das Gut, vorbehaltlich späterer Regulierung, zu seiner Verfügung hielt, ohne die Einlösung des Frachtbriefs zu verlangen.

Art. 26. ZfdIntEisenbTr. **13** 197, EisenbE. **30** 61 (AppH. Paris). Ist das Gut mit dem Frachtbrief am Bestimmungsorte dem Empfänger übergeben, so kann der Absender Ansprüche gegen die Eisenbahn nur noch als Zessionar des Empfängers im Klagewege geltend machen, nicht dagegen als von diesem nur zur Klage Ermächtigter.

Art. 27. ZfdIntEisenbTr. **13** 386, EisenbE. **29** 285 (ÖstObGH.). Ablieferung im Sinne des Art. 27 Abs. 1 liegt vor, wenn der Empfänger den Frachtbrief eingelöst und das Gut in seine Räumlichkeiten überführt hat, wenn auch die Empfangsbahn das Gut später wegen angeblicher Mängel zurückgenommen und bahnamtlich verkauft hat.

Art. 31 Abs. 1 Ziff. 1. ZfdIntEisenbTr. **13** 376 (Schiedsspruch des ZentralamtsfdIntEisenbTr.). Eine Vereinbarung ist als vorliegend zu erachten, wenn sich irgendwo auf dem Frachtbrief ein Vermerk befindet, der keinen Zweifel übrig läßt, daß die Bahn und der Absender sich auf einen offenen Transport geeinigt haben, sei es, daß der Vermerk vom Absender herrührt oder von der Bahn mit der Unterschrift des Absenders. Auch genügt jede Bemerkung, welche, wenn nicht jedem Dritten, so doch den Vertragsparteien, d. h. den Bahnbeamten und dem Absender, durchaus verständlich ist und keiner Aufklärung bedarf. Wenn daher der Absender Nummer und Eigentumsmerkmal des Wagens selbst in den Frachtbrief einträgt und der Wagen ein offener ist, so ist damit deutlich genug erwiesen, daß der Absender mit dem offenen Transport einverstanden war.

Ziff. 3. ZfdIntEisenbTr. **13** 383 (FranzKassH.). Die Eindeckung des Gutes gehört zu den Verrichtungen des Aufladens. Daher kann die Eisenbahn nicht für Schäden haftbar gemacht werden, die sich aus dem fehlerhaften Zustande einer Plane ergeben, welche sie dem Absender unentgeltlich, ohne dazu verpflichtet zu sein, zur Verfügung gestellt hat, wenn der Absender entsprechend dem anzuwendenden Tarife das Aufladen besorgt hat.

Ziff. 4. ZfdIntEisenbTr. **13** 85 (HandTrib. Cypres). Eier stellen ein äußerst zerbrechliches Gut dar und erfordern eigentlich für jedes Stück eine besondere Verpackung. Sache des Klägers ist es, im Falle einer Beschädigung genaue Tatsachen über Versehen, die die Verantwortung des Frachtführers zur Folge haben, vorzubringen.

Abs. 2. **RG.** EisenbE. **29** 444, HoldheimsMSchr. **22** 112. Durch die Unterlassung der nach Art. 25 erforderlichen sofortigen Schadensfeststellung wird die im Art. 31 Abs. 2 geregelte Beweislast nicht umgekehrt. Berechtigt ist immer nur der Hinweis des Geschädigten, daß er zufolge Verschuldens der Bahn außerstande sei, sich zur Führung des ihm obliegenden Gegenbeweises auf die verabsäumte protokollarische Feststellung zu stützen. Im Einzelfalle kann dieser Angriff dahin führen, den Gegenbeweis als erbracht anzusehen, wenn die Bahn ihn nicht erschüttert. Als Norm darf das aber nicht angesehen werden.

Art. 39. 1. EisenbE. **29** 388 (ÖstObG.). Irrtümlich ist die Ansicht, daß bei Überschreitung der Lieferfrist die Bahn nur für den Zeitschaden, nicht aber für den Sachschaden haftet. Wohl ist in dem IntÜb. die Frage durch Überschreitung der Lieferfrist entstandenen sog. Zeitschadens geregelt; doch weder aus diesen Bestimmungen noch aus anderen des Gesetzes läßt sich mit Recht ableiten, daß der Beschädigte im Falle der Versäumung der Lieferfrist neben dem Zeitschaden nicht auch den Sachschaden verlangen kann. Die allgemeine Fassung der Artt. 30, 34 u. 37 IntÜb.

läßt eine derartige Deutung nicht zu. ➡Vgl. hiergegen die zutreffenden Ausführungen im JB. 1912 zu Art. 37. D. Red.⬅

2. ZfdIntEisenbTr. **13** 145, EisenbE. **29** 403 (FranzKassH.). Wenn ein internationaler Transport auf Grund eines einheitlichen Frachtvertrags unter Anwendung der internen Tarife mehrerer Eisenbahnverwaltungen vor sich geht, so kann die eine Verwaltung nicht für einen Aufenthalt, der sich auf ihren Linien ereignete, verantwortlich gemacht werden, wenn die auf Grund der anzuwendenden Tarife sich ergebende Gesamtlieferfrist nicht überschritten ist.

Art. 41. 1. **RG.** ZfdIntEisenbTr. **13** 323. Die Auslieferung des Gutes an einen Unberechtigten bedeutet ein grobes Verschulden des betreffenden Abfertigungsbeamten, das die Eisenbahn zu vertreten hat. Dies gilt auch dann, wenn in früheren Fällen der Absender es geduldet hatte, da eine solche nachträgliche Genehmigung nur auf den einzelnen Fall bezogen werden darf.

2. ElsLothJZ. **13** 177, EisenbE. **29** 204, **30** 53 (Colmar). Wenn die Eisenbahn das Gut, ohne sich den eingelösten Frachtbrief vorweisen zu lassen, einem unberechtigten Dritten aushändigt, so liegt eine grobe Fahrlässigkeit vor. Ein vertraglicher Verzicht auf den hieraus abzuleitenden Schadensersatzanspruch verstößt gegen die zwingenden Vorschriften der Artt. 30 ff. IntÜb., in denen die Grenzen und Beschränkungen der Haftung der Eisenbahn festgesetzt sind.

3. EisenbVereinsZ. **13** 917 (LG. Elberfeld). Die Tatsache allein, daß eine Fehlleitung vorgekommen ist, bildet noch keine Fahrlässigkeit; sie läßt sich bei der Schnelligkeit und dem großen Umfange des Eisenbahnbetriebs nicht immer vermeiden, auch nicht, wenn es sich um lebende Tiere handelt. Es muß aber verlangt werden, daß, wenn einmal versehentlich eine Verschleppung vorkommt, nunmehr schleunigst dafür Sorge getragen wird, daß der Fehler wieder gut gemacht wird.

4. ZfdIntEisenbTr. **13** 209 (ÖstObG.). Die Verwechselung der Klagenummern bezüglich ähnlicher Verladungsgegenstände begründet nicht notwendig das Vorliegen einer groben Fahrlässigkeit seitens der Eisenbahn. Im Eisenbahnverkehre darf man sich der Erwägung nicht verschließen, daß schon die Menge der zu befördernden Güter und die notwendige, durch die Verpflichtung zur Einhaltung kurzer Lieferfristen gebotene Raschheit des Transports sowie die Unvermeidlichkeit, sich zu den Hilfsarbeiten niederen Personals bedienen zu müssen, eine minutiöse Sorgfalt ausschließt.

5. ZfdIntEisenbTr. **13** 203, EisenbE. **30** 109 (FranzKassH.). Außer dem in Art. 33 vorgesehenen Falle kann der Richter eine Eisenbahn zu Schadensersatz für Lieferfristüberschreitung über die in Art. 40 festgesetzten Beträge nur verurteilen, wenn er die Tatsachen feststellt, die das Vorliegen einer groben Fahrlässigkeit im Sinne des Art. 41 begründen, und zwar unabhängig von der Tatsache, daß eine Lieferfristüberschreitung stattgefunden hat. In der langen Dauer der Lieferfristüberschreitung allein kann eine grobe Fahrlässigkeit nicht gefunden werden. Ähnlich ZfdIntEisenbTr. **13** 233 (FranzKassH.).

6. ZfdIntEisenbTr. **13** 170, EisenbE. **30** 41 (AppH. Paris). Der Umstand, daß der Absender von einem Ablieferungshindernis am fünften Tage benachrichtigt wurde, wo dies frühestens am vierten möglich gewesen wäre, stellt sich nicht als grobes Verschulden der Eisenbahn dar.

7. ZfdIntEisenbTr. **13** 263 (AppH. Agen). Ein einfacher Irrtum in der Abfertigung kann nicht als grobe Fahrlässigkeit angesehen werden, außer wenn besondere Umstände im einzelnen Falle klargelegt sind. Anders verhält es sich mit einem in die Länge gezogenen Aufenthalte, wenn für ihn kein Grund vorliegt. Dies gilt um so mehr, wenn es sich um Eilgut handelt, da hier die Abfertigungsweise das offenbare Verlangen nach einer schnellen Beförderung erkennen läßt und diese demgemäß einer besonderen Aufmerksamkeit seitens der Bahn unterstehen muß.

Viertes Buch. Seehandel.

Vorbemerkung: Das private Seerecht steht weiter unter dem Zeichen der Bestrebungen internationaler Vereinheitlichung. Bisher ist eine solche hinsichtlich der Reederhaftung noch nicht geglückt. Die beteiligten Regierungen sind aber bestrebt, eine Lösung zu finden, und ein 1913 in Brüssel bestellter Unterausschuß hat neue Entwürfe vorgelegt, die freilich nicht einhellig, sondern durch Mehrheitsbeschlüsse angenommen worden sind. Das Nähere ergibt das unter dem 1. Dezember 1913 dem Reichstage vorgelegte Weißbuch (Drucks. d. RT., 13. Legislaturperiode, I. Sess. 1912/13 Nr. 1223). — Die im Mai 1913 in Kopenhagen abgehaltene Konferenz des Comité Maritime International hat in der Frage der Vereinheitlichung des Frachtrechts wesentliche Fortschritte nicht gebracht.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 481. Hansa **13** 760, HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 104 (Hamburg); SchlHolstAnz. **13** 106 (Kiel); **RG.** R. **14** Nr. 525. Zur Schiffsbesatzung gehört ein zur Beaufsichtigung eines Fahrzeugs vom Lande aus bestellter Wachtmann.

2. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 140, LeipzZ. **14** 199 (Hamburg). Zur Schiffsbesatzung gehört ein beim Vertauen des Schiffes tätig gewordener Schiffsbefestiger, gleichviel ob er selbständiger Gewerbetreibender ist oder nicht.

3. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 6 und 108 (Hamburg). Der hamburgische Hafenlotse ist Hafenbeamter; auch wenn er an Bord ist, verbleibt aber die Führung des Schiffes beim Schiffer. Der Staat haftet für ihn nach § 831 BGB. Der Hafenlotse ist aber außerdem Besatzungsmitglied des Schiffes. ➛ Vgl. JDR. **11** 720). Red. ⟵

4. *Scheurer, Neuerung im Seerecht (Leipzig 1913). Zur Schiffsmannschaft gehören nicht nur die Personen, welche rein seemännische Dienste an Bord leisten, sondern alle Personen des § 2 Abs. 3 SeemO. Zu den „übrigen auf dem Schiffe angestellten Personen" gehört nicht nur der freiwillig angenommene Lotse, sondern auch der Zwangslotse. Denn es ist nicht richtig, das Eintreten des Zwangslotsen als höhere Gewalt anzusehen, auch kommt dem Zwangslotsen ➛ außer daß ihm auch noch polizeiliche Befugnisse beigelegt werden können ⟵ keine andere Stellung an Bord zu als wie jedem anderen Lotsen.

§ 482. *Weck, Luftrecht 294, verneint die Anwendbarkeit auf ein zum Aufstiege bereites Luftfahrzeug. Er hält überhaupt die Ausdehnung der für Schiffe gegebenen Vorschriften auf Luftfahrzeuge für bedenklich, vor allem, weil das Luftfahrzeug sich stets über Menschen bewegt und zum großen Teile ganz andere Daseinsbedingungen hat. So spricht gegen die Übertragung von § 482 HGB. der Umstand, daß die Luftfahrten meistens nur von kurzer Dauer sind und noch nicht regelmäßigem Verkehre dienen.

Zweiter Abschnitt. Reeder und Reederei.

§ 486. 1. Pappenheim, LeipzZ. **13** 7 ff., 101 ff. Durch Rechtsgeschäfte anderer Reedervertreter als des Schiffers wird beschränkte Haftung und Schiffsgläubigerrecht nicht begründet, abgesehen vom Falle der Konnossementszeichnung (§ 642 Abs. 4).

2. **RG. 83** 135 ff. Im Falle des § 486 Abs. 2 tritt die beschränkte Haftung des Abs. 1 nicht ein: ein Schiffsgläubigerrecht nach § 754 Nr. 8 gelangt also nicht zur Entstehung. Daran ändert auch § 762 nichts, dessen allgemeine Regel nicht die Wirkung der speziellen Vorschrift des § 754 Nr. 8 aufheben kann.

3. Wüstendörfer, AZivPr. **110** 292 ff. a) Der Ausnahmefall unbeschränkter Reederhaftung, den § 486 Abs. 1 dahin kennzeichnet, daß der Kapitän das Rechtsgeschäft der Konnossementszeichnung „mit Bezug auf eine besondere Vollmacht" vorgenommen hat, ist angesichts der heute üblichen Konnossementszeichnung

(„p.“ Name der Reederei) einschränkend so auszulegen, daß er die Konnossementszeichnung tatbeständlich nur dann erfaßt, wenn sie mit Bezug auf eine Sondervollmacht geschah, die dem Kapitän Vertretungsmacht über den Rahmen seiner gesetzlichen Vollmacht verlieh (292). **b**) Im § 486 Abs. 1 ist der Tatbestand des Regelfalls der Rechtsgeschäfte des Kapitäns „kraft seiner gesetzlichen Befugnisse“ ausdehnend dahin zu verstehen, daß der Kapitän „kraft“ seiner gesetzlichen Befugnisse handelt, wenn er zwar auf Grund einer Vollmacht p. Firma der Reederei, aber ohne Überschreitung seiner schon durch das Gesetz gewährten Befugnisse Konnossements zeichnet (295).

§ 493. RG. 82 131 ff. Im Prozesse der Reederei hat Eide der Korrespondentreeder zu leisten, nicht die einzelnen Mitreeder. Daraus folgt aber nicht, daß die letzteren als Zeugen vernommen werden können. ➠ Vgl. zur Frage der Parteifähigkeit der Reederei JDR. **10** 673 ff., **11** 721. Red. ⟵

§ 510. 1. SchlHolstAnz. **13** 799 ff. (Kiel). Wer ein Schiff (Leichter) einschließlich Besatzung mietet, so daß der Leichterführer Angestellter des Vermieters bleibt, ist nicht Ausrüster. Der Vermieter hat dem Mieter für das Verschulden der Besatzung einzustehen. Der Mieter haftet dagegen dem Vermieter für Beschädigung der gemieteten Sache durch sein Personal.

2. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 27 (Hamburg). Der Verkehr erblickt in einem Vertrag, in dem sich jemand gegen Entgelt ein Schiff nebst Besatzung zur Vornahme von Transporten stellen läßt, einen Zeitfrachtvertrag mit der rechtlichen Folgerung, daß bei ihm als einem Werkvertrage die einzelnen Transporte sich als die zu leistenden Erfolge darstellen: der Gesichtspunkt der Sachmiete, verbunden mit Dienstverschaffung, ist verfehlt. Daher ist die Besatzungsperson Erfüllungsgehilfe dessen, der das Fahrzeug stellt.

3. **RG.** HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 139, Hansa **13** 984 (die Entscheidung zu 2 aufhebend). Das fragliche Rechtsverhältnis ist Sachmiete, verbunden mit Dienstverschaffungsvertrag. Der Vermieter hat nur einen ordentlichen Schiffer zu stellen: derselbe ist nicht sein Erfüllungsgehilfe, er haftet nicht für dessen Nachlässigkeit.

Dritter Abschnitt. Schiffer.

§§ 522 ff. 1. Lilie, Seeunfälle und Verklarung, Hansa **13** 243 ff., erörtert die Reformbedürftigkeit unseres Verklarungsverfahrens (s. auch Lilie, Spedu. SchiffZtg. **13** 328 ff., 412 ff.). — Dagegen Ehlers, Hansa **13** 271, und Ihnken, Hansa **13** 443 ff. — Hiergegen wieder Lilie, Hansa **13** 351 ff., und Brüders, Hansa **13** 530.

2. *Lilie, Die seerechtliche Verklarung, AZivPr. **110** 381 ff. Die seerechtliche Verklarung ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der von dem in der ZPO. §§ 485 ff. geregelten Verfahren zur Sicherung des Beweises grundverschieden ist. Schiffer und Schiffsbesatzung sind nicht Zeugen, sondern eine besondere Art von Auskunftspersonen, die nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift stets zur Aussage und Beeidigung ihrer Aussage verpflichtet sind, es sei denn, daß sie eidesunfähig sind. Übereinstimmend erklärt das **RG.** (Straff.) **19** 218 ff. den Eid des Schiffers nicht für einen Zeugeneid, sondern für einen auferlegten Eid im Sinne des § 153 StGB., während es abweichend die Eide der Schiffsbesatzung als Zeugeneide auffaßt. Im Hamburger Rechte ist für die Eide der Seeverklarung eine besondere Eidesformel vorgesehen (vgl. G. vom 30. Januar 1891 und Bek. vom 25. Mai 1891, die nach § 200 FGG. noch als geltend zu erachten sind). In Preußen wird mangels einer besonderen Eidesformel in der Praxis sämtlichen Beteiligten der Eid nach Art des zivilprozessualen Zeugeneids abgenommen. Die Seeverklarung ist eine vollkommen einseitige Aufklärung des Unfalls lediglich durch den Schiffer

und die Schiffsbesatzung desjenigen Schiffes, dem der Unfall zugestoßen ist. Die Zuziehung weiterer Personen, die nicht zur Besatzung des fraglichen Schiffes gehören, insbesondere von Lotsen und Passagieren, ist gesetzlich unzulässig und kann auch nicht auf Grund des dem Richter übertragenen Aufklärungsrechts von Amts wegen erfolgen. Zur Ablegung der Verklarung sind nur Kauffahrteischiffe (§ 474 HGB.) berechtigt und verpflichtet, (ob auch die in §§ 1 und 26 RGes. vom 22. Juni 1899 den Kauffahrteischiffen gleichgestellten Schiffe ist streitig), auf keinen Fall Kriegsschiffe, obwohl im übrigen bei Schiffsunfällen der Reichsfiskus für Verschulden der Kommandanten von Kriegsschiffen wie ein Reeder haftet (vgl. **RG. 79** 178 ff.).

§ 527. Schilling, Der Durchfrachtvertrag und das Durchkonnossement im Stückgüterverkehre 15 ff. 1. Der Abschluß von Frachtverträgen betreffend Weiterbeförderung von auf Durchkonnossement abgeladenen Gütern fällt nicht unter die dem Schiffer in § 527 eingeräumte Vollmacht: die Befugnis zum Abschlusse von Frachtverträgen bezieht sich nur auf solche, die mit dem eigenen Schiffe ausgeführt werden sollen. Es ist aber anzunehmen, daß der Schiffer, sofern nicht ein Agent für die Weiterbeförderung zu sorgen hat, eine besondere Vollmacht von seinem Reeder zum Abschlusse dieser Verträge bekommen hat, und man muß dann, soweit der Schiffer nach bürgerlichem Rechte innerhalb seiner Vertretungsmacht gehandelt hat, den Reeder für die so geschlossenen Verträge voll verpflichtet halten. ➠ Dem ist nicht beizutreten: jene Verträge sind Rechtshandlungen, welche die Ausführung der Reise mit sich bringt, d. h. mit ihr im Zusammenhange stehen (**RG. 13** 83). Red. ⬅

2. Unter die gesetzliche Schiffervollmacht fällt der Abschluß von Durchfrachtverträgen, die zum Teil mit dem eigenen Schiffe auszuführen sind (anders Boyens 2 91).

§ 528. 1. **RG. 83** 134. Das Gesetz hat den Schiffer zum Abschlusse von Kreditgeschäften, soweit sie nicht zur Ausführung der Reise notwendig sind, nur für ganz besondere und seltene Fälle befugen wollen, nämlich nur dann, wenn sie erforderlich sind, um Schaden von dem Schiffe abzuwenden. Unter Erhaltung des Schiffes ist nicht seine Wiederherstellung, sondern nur das Abwenden weiterer Verschlechterung, der gänzlichen Zerstörung oder des Verlustes des Schiffes zu verstehen. Der Schiffer ist also nach § 528 zum Abschlusse von Kreditgeschäften, die nicht zur Ausführung einer begonnenen Reise nötig sind, nur befugt, wenn sie erforderlich werden, um das Schiff in dem Zustande, in dem es ist, zu erhalten, seinen weiteren Verderb, Untergang oder Verlust abzuwenden. Soll das Schiff durch das Kreditgeschäft nur zu weiteren Fahrten brauchbar gemacht werden, so liegt ein Notfall im Sinne des § 528 nicht vor, und der Anspruch auf Zahlung fällt nicht unter § 754 Nr. 6.

2. Wüstendörfer, GoldschmidtsZ **74** 210. Tatbestandsmoment für die Gültigkeit der Kreditgeschäfte des § 528 ist lediglich die objektive Notwendigkeit der Aufwendung für den Fall der Setzung gewisser Zwecke, aber nicht die Tatsache der subjektiven Setzung dieser Zwecke durch den Kapitän.

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

§ 556. 1. Wüstendörfer, AzivPr. **110** 219 ff. Der heutige Seefrachtenmarkt kennt Fälle der Schiffscharterung, in denen sich der Chartervertrag seinem erkennbaren Parteizwecke nach nicht als entgeltliche Beförderung von Waren über See in der Obhut des Reeders, sondern als entgeltliche zeitweilige Beschaffung von fremdem Schiffskapital für die Zwecke der eigenen Seefahrtunternehmung darstellt. Den Chartervertrag in solchen Fällen als Frachtvertrag werten, den Reeder demgemäß ex recepto für die Schicksale der Ladung haften lassen, ist formalistisch und falsch. Richtig gewertet ist der Chartervertrag hier ein Schiffsmietevertrag,

oft eine locatio navis et operarum magistri (230). In diesen Fällen ist § 662 nicht anwendbar (269).

2. *Gütschow, Vertragshaftung und Deliktshaftung im Frachtgeschäft, EisenbE. **30** 25 ff. (vgl. JDR. **11** 721 zu § 485). In HoldheimsMSchr. **12** 164 hat Verf. den Standpunkt vertreten, daß, soweit das Vertragsverhältnis reicht, allein die Vertragsklage zur Anwendung kommen könne, die Deliktsklage aber nur bestimmt sei zum Schutze gegen Schädigungen, die außerhalb des Rahmens des Vertragsverhältnisses zugefügt werden. Im jetzigen Aufsatze prüft er die Frage, wie weit das Vertragsverhältnis reicht, wie weit der Verfrachter für seine Erfüllungsgehilfen haftet. Er wendet sich gegen die Auffassung, daß im § 278 BGB. unter „Verbindlichkeit" nur ein Schuldnerverzug, nicht ein Gläubigerverzug zu verstehen sei, bemängelt überhaupt die Bezeichnung „Annahmeverzug" für die Unterlassung oder gar für die mangelhafte Ausführung einer Handlung, die erforderlich ist, damit der Schuldner das übernommene Werk ausführen kann. Diese theoretisierende Ausdrucksweise sei dem allgemeinen Verständnisse fremd, mache das Recht zur Geheimwissenschaft der Juristen. Er wendet sich ferner gegen Brodmann (JheringsJ. **58** 187), der den § 278 BGB. einschränken will, dahin, daß der Unternehmer im Vertragsverhältnisse nur für seine unselbständigen Erfüllungsgehilfen, nicht für selbständige Unternehmer hafte, denen er die Ausführung der von ihm übernommenen Verpflichtungen überträgt. Im Gegensatze dazu will der Verf. die Haftung aus dem Vertragsverhältnis im Sinne Goldschmidts, nach dem das Objekt des Vertrags nicht sowohl die Sache als das dare, facere bilde, tunlichst ausdehnen und die Deliktsklage entsprechend einschränken. Für diese Ansicht führt er ein HansGZ. **13** 127 mitgeteiltes Erkenntnis an, in dem die nach § 408 HGB. auf culpa in eligendo beschränkte Haftung des Spediteurs für den Zwischenspediteur zu einem sachlich unbefriedigenden Ergebnisse geführt hatte, und regt die Frage an, ob es nicht richtig sei, die Haftung des Spediteurs derjenigen des Frachtführers (§ 431 HGB.) gleichzustellen.

Zusatz zu **§ 556.** Schleppvertrag. 1. Hansa **13** 791 (Hamburg). Die deutsche Rechtsprechung steht auf dem Standpunkte, daß jedenfalls, solange der Schleppvertrag besteht, der Schlepper das geschleppte Schiff, wenn diesem ein Unfall begegnet ist, nicht einfach seinem Schicksal überlassen darf, sondern ihm, soweit möglich, Hilfe zu leisten hat, wogegen er anderseits, sofern hierin Dienste anderer Art als die bedungenen liegen, Anspruch auf den entsprechenden Hilfslohn hat (vgl. § 742 Abs. 3 HGB. in der neuen Fassung).

2. Zu der JDR. **11** 723, Zusatz zu § 556, unter Nr. 3 mitgeteilten Entscheidung des **RG.** vgl. das weitere Urteil in derselben Sache **RG. 81** Nr. 81 (adäquater Kausalzusammenhang).

3. **RG.** HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 35 bestätigt das Urteil des HansOLG. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 36 (JDR. **11** 723). Der Schleppschiffer, der aus eigenem Entschluß allein den Schleppzug geführt habe, habe dem geschleppten Schiffe gegenüber schuldhaft gehandelt, indem er nicht lotete. Der Führer des geschleppten Schiffes aber habe, indem er nicht die Navigation des Schleppers kontrollierte, zwar seiner Reederei, aber nicht der Reederei des Schleppers gegenüber schuldhaft gehandelt.

§ 559. 1. Boyens, GoldschmidtsZ. **73** 531 ff. Seetüchtigkeit im Sinne von § 513 und § 559 umfaßt auch die Tüchtigkeit der Zubehörstücke, die für ein sicheres Fahren unentbehrlich sind. Die Abgrenzung der Seetüchtigkeit von den übrigen Erfordernissen der Reisetüchtigkeit im § 513 hat den Sinn, daß für die letztere nur die Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers erfordert wird, daß also auch im Frachtgeschäfte der Verfrachter genug tut, wenn er die Sorge für die Ausrüstung usw. dem Schiffer oder gleichwertigen Gehilfen überläßt. Die Seetüchtigkeit hat nach § 559 der Verfrachter besonders nach einem unter Umständen von dem Schiffermaßstabe verschiedenen höheren Maßstabe zu gewähren, und zwar soll diese vorhanden

sein, wenn und bevor der Befrachter ihm die Ladung gibt und zu geben hat. Die Reisetüchtigkeit braucht dann noch nicht vorhanden zu sein: sie kann während der Beladung bis zum Antritte der Reise ergänzt werden.

2. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 74 (Hamburg). a) Seetüchtigkeit kann unter Umständen in dem ungenügenden Zustande des an Bord befindlichen Bücher- und Kartenmaterials liegen. b) Der Ladungsbeteiligte ist beweispflichtig für die von ihm behauptete Seeuntüchtigkeit. c) § 559 Abs. 2 kommt nicht in Betracht, wenn der Verfrachter uneingeschränkt, nämlich ohne Rücksicht darauf, ob „due diligence" angewendet ist, Seetüchtigkeit garantiert hat.

3. HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 1 (Hamburg). Der Verfrachter hat ein Schiff zu stellen, das geeignet ist, mit derjenigen Ladung, zu deren Transport es dienen sollte, die gewöhnlichen Gefahren der beabsichtigten Seefahrt zu überstehen. Soll daher nach dem Vertrage der Charterer berechtigt sein, Decksladung zu liefern, so muß auch das Schiff geeignet sein, diejenigen Deckslasten aufzunehmen, deren Aufnahme bei Schiffen gleicher Größe und Bauart und gleichen Alters für die übernommene Reise vernünftigerweise erwartet werden kann: es muß die dazu erforderlichen Vorrichtungen haben.

4. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 39 (Hamburg). a) Maßgebend für die Pflicht des Verfrachters zur Lieferung des Schiffes in seetüchtigem Zustand ist nicht der Zeitpunkt des Beginns der Reise, sondern der des Beginns der Beladung. b) Die Unfallsverhütungsvorschriften der Seeberufsgenossenschaft sind für die Frage der Seetüchtigkeit maßgebend weder in dem Sinne, daß ein ihnen genügendes Schiff im Sinne des § 559 stets seetüchtig, noch in dem Sinne, daß ein ihnen nicht genügendes stets seeuntüchtig wäre. Sie sind aber höchst beachtlich, weil sie ergeben, was sachkundige Kreise, wenn auch zum Schutze anderer Interessen als derjenigen der Befrachter, für erforderlich und für genügend halten. c) Für die Umgrenzung des Begriffs der Seetüchtigkeit kommen die Anschauungen der beteiligten Kreise nicht in Betracht. Insbesondere ist nicht maßgebend, was von Reedern oder ihren sonstigen Vertretern selbst und was von den Kapitänen angeordnet zu werden pflegt.

5. **RG.** Hansa **13** 43, EisenbE. **29** 425, R. **13** Nr. 568. Unrichtige Beurteilung der Seetüchtigkeit braucht nicht auf Mangel an Sorgfalt, sondern kann auf Mangel technisch-fachmännischen Urteils beruhen. Dem Verfrachter braucht ein solcher um so weniger zum Verschulden zu gereichen, wenn seine Erfahrungen weniger auf dem technischen Gebiete der Seefahrt als auf dem kaufmännischen des Reedereibetriebs liegen. ➠ Das Urteil bestätigt die Entscheidung des HansOLG. JDR. **11** 723. Red. ⟵

§ 560. *Mathies, HansGZ. **13** Hptbl. 226. Der Ablader hat kein Recht, bei der Kaiverwaltung den Liegeplatz des Schiffes auszumachen. Das ist stets Sache des Verfrachters bzw. Schiffers, der sich dabei allerdings nach den Weisungen des Abladers zu richten hat.

§ 561. Hansa **13** 531 (LG. Königsberg). Ist ein bestimmter Satz (z. B. „50 Pf. per 1000 kg") für die Ladekosten vereinbart, so sind diese nicht nach dem der Rouchefracht zugrunde liegenden Ladequantum, sondern nach dem tatsächlich verladenen Quantum zu berechnen.

§ 565. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 146 (Hamburg). Der Verfrachter darf auch nicht einen Teil des Transports ohne Genehmigung des Befrachters per Leichter ausführen: die Klausel „the carrier shall have liberty to convey goods in lighters to and from the ship at the risk of the owners of the goods" gibt dem Schiffe nur das Recht des Leichtertransports innerhalb des Verschiffungs- und Ankunfthafens, vielleicht auch im Zwischenhafen.

§ 567. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 8 (Hamburg). Die Ladezeit beginnt erst, wenn das Schiff tatsächlich ladebereit ist. Die Gefahr einer Überfüllung des Hafens, die

das Schiff hindert, eine geeignete Ladestelle einzunehmen, trifft sonach den Reeder. Die Bestimmung der Charter, daß die Ladezeit mit dem ersten Hochwasser nach Ankunft des Schiffes beginnen soll, ist bestimmt, den Zeitverlust, der durch die Überfüllung des Ladehafens häufig eintritt, dem Reeder abzunehmen und dem Charterer aufzuerlegen.

§ 588. *Schilling, Der Durchfrachtvertrag und das Durchkonnossement im Stückgüterverkehr 86 ff. Der säumige Befrachter hat beim Vorliegen eines Durchfrachtvertrags nur dann die ganze Durchfracht zu bezahlen, wenn entweder der Hauptreeder schon zugleich für den Teilreeder einen Frachtvertrag über die Weiterbeförderung mit dem Befrachter abgeschlossen hatte, oder wenn er selbst schon zur Erfüllung der von ihm persönlich übernommenen Verpflichtung zur Weiterbeförderung einen solchen Vertrag mit dem Teilreeder fest abgeschlossen hatte. Sofern noch keine Bindung bezüglich des Weitertransportes besteht, hat der säumige Befrachter nur einen der ersten Teilfracht entsprechenden Frachtsatz zu zahlen, sowie ein billiges Entgelt dafür, daß der Hauptreeder eventl. schon Schritte für den Abschluß eines Weiterbeförderungsvertrags getan hat.

§ 592. 1. *Mathies, HansGZ. **13** Hptbl. 226. Der Empfänger hat kein Recht, bei der Kaiverwaltung den Liegeplatz des Schiffes auszumachen. Das ist stets Sache des Verfrachters bzw. Schiffers, der sich dabei allerdings nach den Weisungen des Empfängers zu richten hat.

2. SeuffA. **69** Nr. 15, HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 67 (Hamburg). Der Empfänger ist berechtigt, die Auslieferung des Gutes an Schiffsseite zu verlangen, und braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß das Schiff diese an einem anderen Orte, etwa am Kaischuppen, vornimmt. Dem steht nicht die Konnossementsklausel „the consignee of the cargo to receive same wherever the steamer is lying" entgegen; denn diese besagt nur, daß, entgegen der Regel des § 592, nicht der Empfänger den Ort zu bestimmen hat, an dem sich das Schiff zur Löschung der Ladung hinlegen soll, sondern daß diese Bestimmung dem Schiffe selbst zusteht.

§ 593. 1. SeuffA. **68** Nr. 158, HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 60 (Hamburg). Die Kosten der Verwiegung, die der Empfänger an Bord vornehmen läßt, ohne vom Schiffe dazu veranlaßt zu sein, fallen nicht unter § 593. Für die Löschung der Ladung ist die Verwiegung nicht nötig, ihre Kosten gehören daher nicht zu den Kosten der Löschung. Eine Verpflichtung des Schiffes zur Verwiegung der Ladung besteht nicht. Das Schiff hat ein Interesse an der Verwiegung, wenn die ihm zukommende Fracht vom Gewicht der Ladung abhängt; es braucht aber nicht deshalb die Verwiegung vorzunehmen, es kann damit rechnen, daß der Empfänger die richtige Fracht auch ohnedies zahlt, und kann davon ausgehen, daß im Streitfalle das Gewicht der Ladung anderweit bewiesen werden könne. Der Empfänger kann jedenfalls die Verwiegung nicht fordern.

2. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 7 (Hamburg). Sind nach dem Konnossement die Kosten der Wiegung der Ladung behufs Frachtfeststellung vom Empfänger zu tragen, so kann dieser doch nicht verlangen, daß die Verwiegung durch seine eigenen Wieger erfolgt, falls die Entlöschung durch Getreideheber geschieht und hierbei zugleich verwogen wird.

§ 601. *Mathies, HansGZ. **13** Hptbl. 229. Wenn der Schiffer das Gut bei der Hamburger Kaiverwaltung niederlegt, so ist er, nicht der Empfänger, Vertragsgegner der Kaiverwaltung. Anders in Bremen, wenn ein „Auslieferungsschein" gezeichnet ist.

Zusatz zu **§ 605.** Kaianstalten. Mathies, Die Rechtsstellung der Hamburger Kaiverwaltung, HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 110. 1. Die Kaiverwaltung tritt, obwohl sie eine staatliche Behörde ist, denjenigen, die ihre Dienste beim Löschen und Laden der Schiffe in Anspruch nehmen, nicht als Repräsentantin staatlicher

Hoheitsrechte, sondern als Inhaberin eines Gewerbebetriebs gegenüber. Daher ist ihr Verhältnis zu jenen Personen nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen: die Betriebsordnung ist zwar ein formelles Gesetz, aber sie stellt nur eine dem Vertrag als Substrat zugrunde liegende Willenserklärung des Staats dar. Kaigebühren sind daher keine öffentlichen Abgaben, sondern privatrechtliche Gegenleistungen; sie gewähren kein Schiffsgläubigerrecht nach HGB. § 754 Nr. 2. — 2. Der Kaivertrag ist ein regelmäßig vom Schiffsinteressenten mit der Kaiverwaltung geschlossener Werkvertrag, der wegen der Verpflichtung der Kaiverwaltung zur Abnahme der Güter vom Ablader und zur Auslieferung an den Empfänger ein auftragsähnlicher (BGB. § 675) ist. Er ist, da der Ladungsbeteiligte durch ihn direkte Rechte gegen den Kai erhält, zugleich ein Vertrag zugunsten Dritter. Daneben sind aber besondere direkte Verträge zwischen Ladungsbeteiligten und Kai nicht ausgeschlossen, z. B. Lagerungsverträge. — 3. Die Kaiverwaltung haftet dem Schiffe nach allgemeinen Grundsätzen für Vorsatz und Fahrlässigkeit ihrer selbst und ihrer Angestellten, doch ist diese Haftung durch § 19 der Betriebsordnung modifiziert, und zwar verschieden, je nachdem der Schaden das Schiff oder die Ladung betrifft. — 4. Dem Ladungsbeteiligten haftet die Kaiverwaltung, obschon kein Vertrag vorliegt, direkt. Ihre Haftung richtet sich nicht nach der des Schiffes, weder in ihren Voraussetzungen (Freizeichnungen!), noch in ihrem Umfange. — 5. Die Kaiverwaltung ist Erfüllungsgehilfin des Reeders, er haftet für sie nach allgemeinen Grundsätzen, vorbehaltlich Freizeichnung. Im Sinne von § 606 HGB. fällt Annahme des Gutes mit dem Beginn, Ablieferung mit dem Ende des Besitzes der Kaiverwaltung auf Grund des Kaivertrags zusammen. Soweit der Reeder überhaupt haftet, steht der Kai dem Schiffsraume gleich, er ist „die Ablage des Schiffes".

§ 606. 1. Freizeichnung von jedem versicherbaren Schaden (sog. Insurance-Klausel). I. *Schaps, LeipzZ. **13** 515 ff., (auch Il diritto marittimo **13** 241 ff.). **a)** Die Insurance-Klausel bezweckt die Entlastung des Verfrachters von der auf Frachtvertrag bzw. Konnossement beruhenden Haftung für Verluste und Beschädigungen der zur Beförderung übernommenen Gegenstände. Seine Verpflichtungen ex scriptura und auf Grund von großer Haverei bleiben unberührt. Die Zweifel an der Rechtsgültigkeit der Klausel sind unbegründet: sie widerspricht weder einer positiven Vorschrift (soweit nicht in ihr eine Freizeichnung von eigener Arglist liegen soll) noch den guten Sitten noch dem Wesen des Frachtvertrags. Ihre allgemeine Fassung ist kein Grund, ihre Wirksamkeit zu leugnen, solange ihr Inhalt klar und bestimmt ist. Der Verfrachter will nicht haften für Schäden, gegen die der Befrachter sich versichern kann. Gleichgültig ist also, ob letzterer dagegen Versicherung genommen und wirksam genommen hat, ob eine solche Versicherung üblich und ob sie nur zu einer höheren als der üblichen Prämie zu schließen ist: entscheidend ist nur die Versicherungsmöglichkeit, deren Begriff freilich nicht überspannt werden darf. Das Vorliegen der Versicherungsmöglichkeit hat der Verfrachter zu beweisen. **b)** Die Klausel ist wirkungslos, soweit das Gesetz eine Freizeichnung von der Haftung für gewisse Schäden ausschließt. **c)** Die Klausel ist gegenstandslos, wenn die Versicherung der betreffenden Schäden aus tatsächlichen Gründen nicht möglich oder aus Rechtsgründen nicht statthaft ist.

II. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 54 (Hamburg). Um sich auf die Klausel berufen zu können, muß der Verfrachter zunächst die Ursache des entstandenen Schadens darlegen. Weiter kann die Klausel bei einer Auslegung nach Treu und Glauben nicht auf jeden Fall bezogen werden, in dem es gesetzlich zulässig und theoretisch möglich gewesen wäre, eine Versicherung zu nehmen. Sie könnte vielmehr nur dann angewandt werden, wenn der eingetretene Schaden nach denjenigen Bedingungen versichert sein würde, zu denen die fraglichen Güter von den Versicherern zur Versicherung angenommen zu werden pflegen.

III. HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 21, LeipzZ. **14** 167 (LG. Hamburg). Der Verfrachter, der sich auf die Klausel beruft, muß den Beweis der Versicherungsmöglichkeit bringen; die Versicherungsmöglichkeit kann aber nur geprüft werden, wenn die besonderen Ursachen des Schadens feststehen. Der Reeder muß also, um die Versicherungsmöglichkeit zu beweisen, die Schadensursache aufdecken und im Bestreitungsfalle beweisen. Wollte er durch die Klausel eine von der Regel abweichende Verteilung der Beweislast herbeiführen, so mußte er das in ihrem Wortlaute deutlich zum Ausdrucke bringen. Tatsächlich würde aber eine Klausel, welche zum Ausdrucke bringt, daß sie den Nachweis der speziellen Schadensursache dem Verfrachter abnimmt, es unmöglich machen, einen von ihr beherrschten Transport unter Versicherung zu bringen. Bei keiner Versicherung braucht der Versicherer zu regulieren ohne Nachweis der speziellen Schadensursache; würde von dem Versicherer verlangt, daß er auf den Nachweis der besonderen Schadensursache verzichtet und den Schaden schon zu tragen hat, wenn ihm nachgewiesen wird, daß die versicherte, verladene Ware nicht ausgeliefert worden ist, so würde er ein solches Risiko zu einer verständigen Prämie nicht übernehmen können, weil alle aus einer speziellen Darlegungspflicht folgenden Garantien sorgfältiger Ladungsbehandlung wegfallen würden und er nahezu der Willkür des Reeders ausgesetzt wäre. Das Risiko eines Transports unter einer Versicherungsklausel mit der von der Beklagten beanspruchten Erleichterung der Beweislast ist also zu einer verständigen Prämie nicht unter Versicherung zu bringen. Mit diesem Ergebnisse wird der Klausel nicht etwa jede Bedeutung abgesprochen: sie hat lediglich materielle Bedeutung insofern, als sie den Reeder von der gesetzlichen Haftung befreit, wenn eine speziell dargelegte Schadensursache feststeht, die nicht unter eine der übrigen Klauseln des Konnossements fällt, aber einen Tatbestand darstellt, dessen Risiko zu einem geschäftlich verständigen Satze unter Versicherung hätte gebracht werden können. Sie ist aber ohne Bedeutung für die Beweislast

2. SeuffA. **68** Nr. 179, Hansa **13** 335, HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 29 (Hamburg). Freizeichnung von der Verantwortlichkeit für „zerrissene Säcke“ und für „lose Ware“. Die Freizeichnung von „zerrissenen Säcken“ („broken bags“, „rotten bags“) schützt den Reeder nicht nur vor der Inanspruchnahme wegen Beschädigung des Sackmaterials. Die nächste Folge des Auslaufens der Säcke ist das Auslaufen des Sackinhalts: daher muß, wer sich vom Reißen der Säcke freigezeichnet hat, deren Inhalt lose ausliefern dürfen. Im Streitfalle hat das Schiff nachzuweisen, daß das Anliefern loser Ware eine Folge des Zerreißens der Säcke ist. Von diesem Beweise wird es aber frei, wenn es sich auch von „loser Ware“ freigezeichnet hat: dann muß ihm bewiesen werden, daß das Vorhandensein loser Ware auf einem von ihm zu vertretenden Umstande beruht. (Ob die Freizeichnung von „zerrissenen Säcken“ auch die Nichtverantwortlichkeit für einen Verlust an Ware zur Folge hat, der durch das Zerreißen der Säcke hervorgerufen ist — vgl. HansGZ. **04** Hptbl. Nr. 131, **09** Hptbl. Nr. 81 —, bedurfte keiner Entscheidung!).

3. HansGZ. **14** Hptbl. **4** (Hamburg). Die Freizeichnung von „negligence of the master in the navigation or otherwise“ bezieht sich trotz ihrer allgemeinen Fassung nicht auf Verschulden des Schiffers bei Vertretung des Reeders nach außen.

4. **RG.** HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 19, LeipzZ. **13** 163. Nichtbeschaffung des genügenden Kohlenvorrats ist ein administratives Versehen des Schiffers, das nicht unter die Freizeichnung von „error in navigation“ fällt.

5. *Mathies, HansGZ. **13** Hptbl. 230 ff. Die Kaiverwaltung kann sich den Ladungsbeteiligten gegenüber hinsichtlich ihrer Haftung nicht auf eine Freizeichnung des Verfrachters berufen. Die Annahme und Ablieferung der Güter erfolgt bei dem Wege über den Kai, sobald die Kaiverwaltung die Güter auf Grund des besonderen „Kaivertrags“ besitzt bzw. zu besitzen aufhört.

§ 614. 1. **RG. 82** 418 ff. Hat die Reichspost einen Frachtvertrag zur Ausführung der ihr obliegenden überseeischen Transporte geschlossen, so ist nur sie dem Schiffe gegenüber Absender und Empfänger, nicht die Absender und Empfänger der einzelnen Briefe und Pakete.

2. SeuffA. **68** Nr. 196 (Kiel). Der durch Vollindossement legitimierte Spediteur, der die Güter ausgehändigt erhalten hat, ist Empfänger, nicht sein Auftraggeber.

3. *Schilling, Der Durchfrachtvertrag und das Durchkonnossement im Stückgüterverkehr 68 ff. Das, was der an den Inhaber des Durchkonnossements abliefernde, die Fracht nachnehmende Weiterbeförderer (Teilreeder) vom Empfänger fordert, ist die ganze Durch fracht, nicht seine eigene Fracht plus Auslage für die Vorfracht 68/74. Wenn der Teilreeder die Gesamtfracht einkassiert, so muß er sich die Einwendungen gefallen lassen, die der Empfänger ihm gegenüber aufrechnungsweise aus dem Gesamt transporte geltend macht. Auch wenn das Durchkonnossement die Klausel enthalten sollte, daß die Verantwortlichkeit jedes Reeders auf seine eigene Strecke beschränkt sei, und die Beschädigung tatsächlich auf der Strecke des Hauptreeders entstanden ist, muß der Teilreeder diese Ansprüche des Empfängers doch gegen sich gelten lassen; denn er vertritt in einem solchen Falle den Hauptreeder, sofern er nicht gar durch definitive Vorauszahlung der Vorfracht an den Hauptreeder (vgl. HansGZ. **11** Hptbl. Nr. 49) dessen Verpflichtungen selbst übernommen hat.

§ 621. Hafengelder. SchlHolstAnz. **13** 265 (Kiel). Durch die Benutzung des Hafens der beklagten Gemeinde ist ein Vertragsverhältnis zwischen ihr und den Schiffern nicht begründet worden. Die zu entrichtenden Hafengelder sind nicht etwa ein vertragsmäßiges Entgelt für die Benutzung des Hafens, sondern eine öffentlichrechtliche Gebühr. Da die Beklagte aber ihren Hafen- und den Lösch- und Ladeplatz für den öffentlichen Verkehr freigegeben hat, haftet sie für die Sicherheit dieses Verkehrs, insoweit als bei billiger Rücksichtnahme der Verhältnisse Einrichtungen geboten erscheinen, um von denjenigen, die bestimmungsgemäß Gebrauch von den Anlagen machen, Schaden nach Möglichkeit abzuwenden.

§ 623. *Schilling, Der Durchfrachtvertrag und das Durchkonnossement im Stückgüterverkehr 107 ff. Bei einem Durchgangstransporte bleibt der Besitz am Gute und damit das Pfandrecht nach § 623 und das Zurückbehaltungsrecht nach § 615 HGB. dem Hauptreeder auch nach Ausstellung eines Lokalkonnossements erhalten, solange er dieses in seinem oder seines Vertreters Besitz behält. Der Schiffer des Anschlußschiffes hat den unmittelbaren Besitz am Gute und der Inhaber des Lokalkonnossements den ersten mittelbaren Besitz, während der Inhaber des Durchkonnossements meist als Eigenbesitzer den nunmehr zweiten mittelbaren Besitz bekommt. Das Pfandrecht bezieht sich auf die ganze, gegebenenfalls vom Teilreeder einzuziehende Durchfracht.

§§ 642 ff. *Gütschow, ZVersWiss. **13** 361 ff. Mit Brodmann: es kommt darauf an, das Vertrauen zum Konnossement möglichst zu stärken. Gegen Brodmann mit Wüstendörfer: jeder Verfrachter, nicht nur der mit eigenem Schiffe die Beförderung ausführende — der Reeder — noch weniger nur der Schiffer kann ein Konnossement ausstellen.

§ 642. 1. *Schilling, Der Durchfrachtvertrag und das Durchkonnossement im Stückgüterverkehr 11. Die Erteilung einer vom Ablader zu unterschreibenden Konnossementsabschrift an den Schiffer erfolgt so gut wie nie.

2. Wüstendörfer, AZivPr. **110** 350, bejaht die Gültigkeit eines nicht unterschriebenen, sondern nur unterstempelten Konnossements „gegen den Wortlaut des § 126 BGB. in Verbindung mit §§ 363, 642 ff. HGB., aber im Einklang mit dem deutlich erkennbar gewordenen Werturteile der betreffenden Volkskreise, durch das ein sozialer Notstand enthüllt worden ist."

3. Pappenheim, LeipzZ. 13 108. Auf den Fall des § 642 Abs. 4 (Konnossementszeichnung durch andere Reedervertreter als den Schiffer) sind die Vorschriften der §§ 486 Nr. 1, 754 entsprechend anzuwenden ➞ Gegen die früher hiergegen von Pappenheim erhobenen Bedenken vgl. Schaps 495. Red. ⟵

4. HansGZ. 13 Hptbl. Nr. 24 (Hamburg). Ein vom Timecharterer ohne Vollmacht ausgestelltes Konnossement ist nicht rechtsverbindlich.

§ 647. 1. May, DJZ. 13 163. Durch Begebung von Konnossementsteilscheinen wird Eigentum an den Gütern nicht übertragen.

2. Steffens, LeipzZ. 13 533 ff., hält im Gegensatze dazu die Eigentumsübertragung mit Übergabe des Teilscheins für möglich, da in ihr eine Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs gemäß § 931 BGB. liege. Doch trete wegen § 650 HGB. eine Wirkung gegenüber dem Schiffe nicht ein.

3. Boyens, GoldschmidtsZ. 73 523. a) Die Theorie von Heymann, laut deren die Traditionswirkung des Konnossements auch dann eintritt, wenn zur Zeit der Papierbegebung der Aussteller des Konnossements die Ladung nicht mehr besitzt, und ferner der Papierbesitzer rechtlich Besitzer der Ladung bleibt, bis diese selbst gutgläubig von einem Dritten erworben wird, ist zu verwerfen: sie fördert fortwährende dingliche Konflikte, sobald nacheinander von verschiedenen Personen, die nacheinander den Transport übernehmen, Konnossements ausgestellt werden und diese in verschiedene Hände gehen. b) Bei Konnossementen mit Umladeklausel und Durchfrachtkonnossementen hört die Traditionswirkung der Konnossementsbegebung auf, sobald die weiterbefördernden Reeder über den Rest der Reise besondere Konnossements ausstellen und diese nicht wieder den Inhaber des ersten Konnossements als Empfänger bezeichnen.

§ 650. *Mathies, HansGZ. 13 Hptbl. 229. Die Übergabe eines quittierten Konnossements genügt nicht, um den Schiffer zu bevollmächtigen, die Güter im Namen des Empfängers der Kaiverwaltung zu übergeben. Vielmehr erfolgt, wenn nicht ein ausdrücklicher Auftrag vorliegt, (als solcher genügt der Vermerk „bleiben lagernd am Kai"), die Übergabe an die Kaiverwaltung im Namen des Schiffes. Anders in Bremen, wenn der Empfänger einen „Aufsetzantrag" gestellt hat.

§ 651. 1. Wüstendörfer, AZivPr. 110 219 ff. a) Die Konstruktion der Skripturhaftung des Reeders als einer Haftung aus einem fingierten Rezeptum ist irrig, weil sie die Verschiedenheit der sozialen Funktionen über die Haftung ex recepto einerseits, über die Skripturhaftung anderseits außer Augen läßt. Wird diese Konstruktion dazu verwandt, um die analoge Anwendbarkeit einzelner Vorschriften über das Rezeptum auf die Skripturhaftung kurzerhand zu bejahen, z. B. die Anwendbarkeit von § 609 HGB., ohne daß dabei die Frage nach der Gleichartigkeit der Interessenlagen aufgeworfen wird, so ist es dem Zufall überlassen, ob die so gefundene Entscheidung das sozialwissenschaftlich geklärte Rechtsgefühl befriedigt oder verletzt (235). b) Wenn im Großbetrieb einer Linienreederei ein Konnossement über angeblich verladene Waren gezeichnet wird, während in Wahrheit nichts verladen ist, so hat prima facie der Empfänger nach § 651 Abs. 1 einen skripturmäßigen Anspruch auf Geldentschädigung (261). Aber angesichts der betriebstechnischen, privatwirtschaftlichen und volkswirtschaftlichen Verhältnisse des heutigen Stückgutverkehrs werden durch eine absolute Skripturhaftung des Verfrachters schutzwürdige Interessen der Reederei verletzt, dagegen durch die Einschränkung der Haftung auf das Maß bloßer Verschuldenshaftung schutzwürdige Interessen der Ladungsempfänger nicht beeinträchtigt. Daher hat der Richter die unklare Haftungsnorm des § 651 tunlichst milde auszulegen, soweit in ihr mehr als die Anordnung einer bloßen Verschuldungshaftung erblickt werden könnte. Er wird in ihr also nicht die Statuierung einer absoluten Skripturhaftung für Merkzeichen, für Verladung auf falschem Schiffe und für Nichtsverladung finden, sondern nur einen allgemeinen

Rechtsgedanken, dessen Verdichtung zu positiven Haftungsnormen lediglich in den nachfolgenden §§ 652 ff. für die dort erwähnten speziellen Fälle erfolgt ist. Ergebnis: nur bei kausalem Verschulden der Reedereiorgane haftet der Reeder skripturmäßig für das Fehlen der angeblich verladenen Güter (272—274, 292, 374).

2. Boyens, GoldschmidtsZ. **73** 526 ff., wendet sich gegen Wüstendörfers Auffassung der Skripturhaftung (vgl. JDR. **10** 678). Irrig sei auch seine Annahme, daß der Reeder sich durch die Negligenzklausel gegen die Haftung für unrichtigen Inhalt der Skriptur schützen könne.

3. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 68 (Hamburg). Da die Ablieferung der Güter an den Empfänger nach dem Inhalte des Konnossements zu erfolgen hat, ist das Schiff an sich verpflichtet, dem Empfänger den Schaden zu ersetzen, der dadurch entsteht, daß ihm eine andere Ware ausgeliefert wurde. Anders aber, wenn dem Schiffe bei der Verladung diese falsche Ware als die für den Empfänger bestimmte von der Elevatorengesellschaft als der Erfüllungsgehilfin des Abladers übergeben worden war.

Zusatz zu **§ 651.** Durchkonnossement.

Literatur: Gütschow, Zur Rechtslehre vom Konnossement, ZVersWiss. **13** 377 ff. — Schilling, Der Durchfrachtvertrag und das Durchkonnossement im Stückgüterverkehre. Bremen 1913. (S. auch Derselbe, Beiträge zum Rechte des Durchfrachtvertrages. Dissertation, Bonn 1913).

1. *Gütschow. Brodmann's Ansicht, es gebe dafür keine einheitlichen Rechtssätze, ist Bankerotterklärung der Jurisprudenz. § 432 HGB. ist auch für die Seebeförderung maßgebend. Entgegenstehende Klauseln, namentlich daß jeder Verfrachter, auch der das Durchkonnossement ausstellende, nur für seine Transportstrecke hafte, sind nichtig, weil im Widerspruche stehend mit dem Inhalte der Urkunde. Dann wäre der Aussteller nur für einen Teil der Beförderung Verfrachter, für den übrigen Teil Spediteur. Aber ein Spediteur kann kein Konnossement ausstellen (377 ff.).

2. *Schilling. Die Hauptarten des Durchfrachtvertrags sind folgende: I. Der den Frachtvertrag abschließende Reeder tritt für sich und den Weiterverfrachter zugleich auf (41/43). Die beiden Reeder haften solidarisch, soweit nichts anderes bestimmt ist (43/45). II. Der Durchverfrachter (Hauptreeder) schließt den ganzen Frachtvertrag für sich allein ab und sorgt seinerseits für den Weitertransport durch den Weiterverfrachter (Teilreeder) (31/33). Der Empfänger hat in diesem Falle nur Rechte gegen den Durchverfrachter. Er erwirbt erst Rechte gegen den Teilreeder, wenn der Durchverfrachter seine Verpflichtung dadurch erfüllt, daß er entweder das im Umschlagshafen vom Teilreeder zu zeichnende Lokalkonnossement auf ihn (den Inhaber des Durchkonnossements) als Empfänger ausstellt (41), oder daß er im Endhafen dem Empfänger das Lokalkonnossement gegen Rückgabe des Durchkonnossements aushändigt (36/40). In der Auswechselung ist gegenüber dem Durchverfrachter keine Aufgabe der Konnossementsrechte aus diesem Durchkonnossement seitens des Empfängers zu erblicken. ➛ AM. Leo, Hamb. Börsenhalle **13** Nr. 498 zu Schilling 38/39. Vgl. aber Boyens **2** 90, 91 Anm. 15, und Hans. OLG. HansGZ. **94** Hptbl. Nr. 48. Red. ⟵ Der Durchverfrachter handelt bezüglich des Weitertransports als Befrachter, nicht als Spediteur oder Vertreter seines Abladers (29/31). Man muß auch von einem Durchgangstransport sprechen, wenn der Hauptreeder vom Umschlageplatz aus mit einem Schiffe seiner eigenen Reederei, sei es auch auf andere Konnossementsbedingungen, weiterbefördert (48/51). Die Klausel, daß die Verantwortlichkeit jedes Reeders auf seine eigene Linie beschränkt sei, findet dann keine Anwendung, wenn Empfänger nach dem Lokalkonnossement nicht der Inhaber des Durchkonnossements, sondern der Hauptreeder selbst ist (57/59).

3. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 149 (Hamburg). Der Empfänger, der auf Grund des Durchkonnossements die Güter von dem Agenten eines früheren Verfrachters empfangen hat, ist zu dem letzten Verfrachter in keine rechtlichen Beziehungen getreten.

§§ 652—655. *G ü t s c h o w 361 ff. G e g e n B r o d m a n n und W ü s t e n d ö r f e r: Klauseln „Inhalt, Menge unbekannt" haben nur die Bedeutung eines Vorbehalts, daß der Verfrachter für die Angaben nur so weit haftet, als er die Unrichtigkeit der ihm vom Absender gemachten Angaben bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters erkennen konnte.

§ 657. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 89 (Hamburg). Freizeichnung von Beschädigung. Die Besatzung trifft kein Verschulden, wenn sie eine Bretterladung bei Regen und Kohlenstaub ausliefert, deren Auslieferung von den Leuten des Empfängers verlangt wird.

§§ 659, 660. *S c h i l l i n g 109 ff. Hat beim Vorliegen eines Durchgangstransports der Schiffer des weiterbefördernden Schiffes das Gut auf Grund besonderer Lokalkonnossemente übernommen, so kann er die Ware herausgeben, wenn ihm sämtliche Lokalkonnossemente übergeben werden. Die Durchkonnossemente interessieren ihn nicht. Da die Lokalkonnossemente zunächst meist in den Händen des Hauptreeders bleiben, so kann der Inhaber des Durchkonnossements ohne Einwilligung des Hauptreeders nicht an die Ware in einem Zwischenhafen der Frachtstrecke II herankommen.

§ 662. 1. W ü s t e n d ö r f e r, AZivPr. **110** 261 ff. Wenn eine Linienreederei einen fremden Dampfer chartert und zeitweise in ihren Liniendienst einstellt, scheint für die Frage, an wen sich ihre Kunden, Befrachter und Empfänger wegen etwaiger Ladungsschäden oder Konnossementsunrichtigkeiten zu halten haben, prima facie § 662 maßgebend zu sein: Ansprüche der Ladungsbeteiligten gegen die Linienreederei als den Unterverfrachter scheinen nicht gegeben (261). Aber wenn man die Norm des § 662 sozialisiert, so ergibt sich, daß nur Unterverfrachtungen, bei denen es sich um völlige betriebstechnische Abwälzung der Transportausführung auf einen fremden Reeder handelt, und bei denen die verladende Kaufmannschaft hierauf ausdrücklich oder stillschweigend gelegentlich der Unterverfrachtung Bezug nimmt, unter § 662 fallen (266, 267). Ergibt sich, daß die Reederei keinen Raumfrachtvertrag, sondern einen Schiffsmietevertrag geschlossen hat, so scheidet § 662 sofort aus: denn zu seinem sozialen Tatbestande gehört entgeltliche Ausführung einer Güterbeförderung durch den Reeder des fremden Dampfers, nicht aber die entgeltliche Überlassung von Schiffsmaterial an andere. Aber auch wenn ein Raumfrachtvertrag vorliegt, würde § 662 zu einer soziologisch falschen Entscheidung führen. Denn die Ladungsbeteiligten wollen nur mit der Linienreederei zu tun haben, sie wissen oft nichts davon, daß das Schiff nur aushilfsweise herangezogen ist, mindestens wird darauf nicht Bezug genommen. Aber selbst wenn sie es wissen: die Transportausführung erfolgt hier im Rahmen des Liniendienstes und unter der eigenen Kontrolle der charternden Linie. Der Fall liegt also ganz anders, als ihn § 662 voraussetzt. Es entfällt daher seine Anwendung. Die charternde Linie muß haften, aus ihren Unterfrachtverträgen den Befrachtern, aus ihren Konnossementen den Empfängern. Gleichzeitig entspricht aber der Rückgriff auf das fremde Schiff in Gestalt eines Schiffsgläubigerrechts (ausdehnende Auslegung von § 754 Nr. 7—9 in Verbindung mit §§ 485, 486 und analoge Anwendung von § 510 Abs. 2) der schutzwürdigen Interessenlage der Ladungsbeteiligten (269—271).

2. *G ü t s c h o w 81. Ergänzung der Ausführungen in „Reform des Seerechts". Jeder Chartervertrag ist als Ausrüstervertrag (§ 510) zu beurteilen. Den Ladungsbeteiligten haftet nur der Verfrachter, der mit dem Absender den Frachtvertrag geschlossen hat. So auch englisches Recht. Um Sicherheit zu schaffen, für wen der Schiffer oder Agent abgeschlossen hat, wird die Bestimmung befürwortet, daß im Konnossement der Name des Verfrachters anzugeben ist.

3. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 24, LeipzZ. **13** 567 (Hamburg). Das Urteil hebt die JDR. **11** 727 mitgeteilte Entscheidung des LG. Hamburg auf. Die Sonder-

vorschrift des § 662 beziehe sich nur auf den Fall, daß der Reeder Verfrachter sei; nicht auf den Fall der Sachmiete und des Dienstverschaffungsvertrags. Eine analoge Anwendung auf diesen Fall sei nicht gerechtfertigt.

Sechster Abschnitt. Bodmerei.

§ 680. Wüstendörfer, GoldschmidtsZ. **74** 210. Trotz der irreführenden Wortfassung im § 680 Nr. 1 ist aus § 528 Abs. 2 zu entnehmen, daß gegenüber dem gutgläubigen Dritten das Kreditgeschäft für den Reeder auch dann verbindlich ist, wenn der subjektive Zweck des Kapitäns nicht auf Befriedigung des vorliegenden Schiffsbedürfnisses, sondern auf mißbräuchliche Benutzung des Geldes gerichtet war.

§ 694. *Eckstein, GruchotsBeitr. **57** 651. Die gesetzliche Vermutung des Abs. 2 ist durch bloße Gegenvermutung zu entkräften (vgl. zu § 292 Ziff. I 2 ZPO.).

Siebenter Abschnitt. Haverei.

Erster Titel. Große (gemeinschaftliche) Haverei und besondere Haverei.

§ 700. 1. Ritter, Große Haverei bei Ballastschiffen, LeipzZ. **14** 56. Große Haverei ist begrifflich undenkbar, wenn das Schiff keine Ladung führt.

2. *Schilling. Ereignet sich ein Fall großer Haverei auf der zweiten Strecke eines zweiteiligen Durchgangstransports, so trägt die ganze Durchfracht als Fracht zur Havariegrosse bei und ist als solche vom Werte der Ware im Endhafen abzuziehen, nicht die Teilfracht. Denn wollte man nur die Teilfracht abziehen, so würde der Wert der Vorfracht im Ladungswerte zur großen Haverei beitragen, weil sich der zugrunde gelegte Wert der Ladung im Endhafen stets aus dem Werte der Ladung im Anfangshafen zuzüglich des Betrags der ganzen Durchfracht bemißt (74/86). (Vgl. JDR. **10** 681.) Tritt der Havariegrossefall auf der ersten Strecke des Durchgangstransports ein, so ist vom Werte der Ladung im Umschlagshafen, der den Endpunkt der Havariegrossereise bildet, nur die Teilfracht abzuziehen, die ihrerseits wieder selbständig beiträgt (85/86).

3. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 117 (Hamburg). Auswerfen des Ankers bei Nebel ist keine außergewöhnliche Maßregel und stellt sich nicht als Opfer im Sinne der großen Haverei dar, auch wenn die Möglichkeit des Brechens der Kette durch Eis gegeben ist.

§ 702. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 41 (Hamburg). Der Empfänger, der vom Verfrachter Ersatz von Havariegrossebeiträgen verlangt, weil die Besatzung den Havariefall verschuldet habe, ist für diese Behauptung beweispflichtig: er kann seinen Anspruch nicht auf § 606 oder überhaupt auf den Frachtvertrag stützen ➽ Vgl. hierzu JDR. **8** 686. Red. ⇜

§§ 716, 723. **RG.** **82** 420 ff. Mit der glatten Bestellung der überseeischen Post und mit der Wahrung des Postgeheimnisses ist es unvereinbar, die Postsendungen im Falle der großen Haverei zur Vergütung heranzuziehen. ➽ Das Urteil bestätigt die Entscheidung des HansOLG., LeipzZ. **13** 638, SeuffA. **69** Nr. 88, HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 30, EisenbE. **29** 266 ff. Vgl. aber JDR. **10** 681. Dagegen Eckstein, HoldheimsMSchr. **14** 38 ff. Red. ⇜

§ 721. 1. Schilling 74 ff., insbes. 86. Die Fracht eines auf Durchkonnossement verladenen Gutes hat insoweit selbständig in großer Haverei beizutragen, als der Verfrachter oder sein Nachfolger in der Haftung das Risiko für die einzelnen Transporte übernommen hat. In Durchführung dieses Gedankens muß man dazu kommen, daß auch eine vorhergehende auf das Risiko der Frachtreise mit übernommene Landfracht mit zur großen Haverei beiträgt ➽ Vgl. hierzu JDR. **10** 681. Red. ⇜

2. Gegen Schilling: Leo, Neue Hamburgische Börsenhalle (Beil. zum Hamb. Korrespondenten) vom 30. September 1913, Abendausgabe. Zu den in der Havereigemeinschaft einer Havereireise gesetzlich zusammengefaßten Werten gehört

die Fracht einer Vorreise so wenig wie die einer Anschlußreise, mag die Forderung in der Hand des Reeders nun Fracht oder Auslage sein. Zustimmend zu Leo ferner Eincke, Weser WG. **14** Nr. 24247.

§§ 725, 726. RG. 82 418 ff. Hat die Postverwaltung zur Ausführung der ihr obliegenden überseeischen Transporte Güter zu Schiff befördern lassen, so ist sie selbst der nach § 726 Abs. 2 persönlich verpflichtete Empfänger der gesamten „Post“. Der Adressat der einzelnen Sendung würde nach Auslieferung an ihn dritter Erwerber sein, dem gegenüber nicht einmal das Pfandrecht nach § 725 geltend gemacht werden kann, wenn er bei Erlangung des Besitzes in gutem Glauben war.

Zweiter Titel. Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

Literatur: Scheurer, Neuerung im Seerecht. Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen. Leipzig 1913. — Weyl, Neuerungen im Seerecht, Jahrb. für Verkehrswissenschaften **13** 189 ff.

§§ 734 ff. *Scheurer. Das Recht des Übereinkommens deckt sich fast völlig mit dem abgeänderten Kollisionsrechte. Beide regeln über das frühere Recht hinaus neben Schiffs- und Ladungsschaden auch jeglichen Sach- und Personenschaden, jedoch nur insoweit, als es sich um außerkontraktliche Verhältnisse handelt (§ 739 Abs. 2). Die Hauptneuerung trifft § 736, welcher die frühere Gesamthaftung für Ladungsschäden beseitigt und damit eine Erschwerung der Rechtslage des Geschädigten gegen früher geschaffen hat. — Ein Schiffsgläubigerrecht am eignen Schiffe infolge Zusammenstoßes mehrerer Schiffe desselben Reeders ist abzulehnen, da eine ausdrückliche Bestimmung wie die des neuen § 743 nicht aufgenommen ist. Nach deutschem Rechte haftet der Staat für Kollisionen, verursacht durch Kriegs- und Staatsschiffe, vgl. **RG. 79** Nr. 40; nicht so nach Art. 1 IntÜb. Das kann die unerwünschte Folge haben, daß ein Deutscher gegenüber einem fremden Staate als Eigentümer eines Kriegs- oder Staatsschiffs schlechter gestellt ist, als im umgekehrten Falle es der Fremde gegenüber dem Deutschen Reiche ist. § 12 der Darstellung erörtert den Zusammenstoß infolge Notstandschaft.

§ 735 (neue Fassung). 1. Richter, SächsRpflA. **13** 331 ff., faßt den § 735 dahin auf, daß der Reeder des an dem Zusammenstoß schuldigen Schiffes für den Schaden nicht bloß mit Schiff und Fracht, sondern mit seinem ganzen Vermögen hafte. ➠ Hiergegen mit Recht Niemeyer, SächsRpflA. **13** 357, unter Hinweis auf § 486 Nr. 3 HGB. Red. ⟵

2. Hansa **13** 353 (Hamburg). Wo die Unterlassung eines nach SStrO. Art. 28 vorgeschriebenen Signals für eine Kollision kausal gewesen sein kann, ist nach ständiger Judikatur anzunehmen, daß sie dafür kausal gewesen ist, es sei denn, daß der Gegenbeweis erbracht wird.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 607, HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 109. Hat ein Schiff ein anderes an erlaubter Stelle liegendes Fahrzeug angerannt, so muß die Schuld an seiner Führung liegen, wenn nicht besondere Umstände obgewaltet haben, die geeignet sind, eine andere Erklärung des Unfalls zu liefern. Solche Umstände hat daher das schadenstiftende Schiff zu seiner Entlastung darzutun. Hat das Steuer auf dem anrennenden Schiffe infolge nicht zu vertretenden Zufalls im entscheidenden Augenblicke versagt, so liegt ein solcher zur Erklärung des Unfalls hinreichender Umstand vor. ➠ Vgl. JDR. **9** 627. Red. ⟵

4. **RG. 82** Nr. 44. Die Berechtigung zum Schadensersatze beschränkt sich auf die Person des unmittelbar Verletzten: es kann also nicht der Reeder Ersatz der dem durch die Kollision verletzten Kapitän gezahlten Pension verlangen. ➠ Das Urteil hebt die entgegenstehende Entscheidung des HansOLG., HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 22, Hansa **12** 1032 auf. Anders Oertelt, DJZ. **13** 800, Josef, Holdheims MSchr. **23** 15 ff. Red. ⟵

5. HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 3 (Hamburg). Für die Frage eines Abzugs von den Reparaturkosten wegen Wertserhöhung des Schiffes ist nicht unbedingt entscheidend, ob infolge der Reparatur oder einer Erneuerungsarbeit objektiv der Wert des Schiffes erhöht wird. Oft liegt die Sache so, daß das Schiff in dem vor der Kollision vorhanden gewesenen Zustande dem Erwerbszwecke des Eigners genau so gedient haben würde wie nach der Ausführung der Erneuerungsarbeiten. In solchem Falle bringt die objektive Wertserhöhung dem Reeder keinen finanziellen Vorteil, der eine ungerechtfertigte Bereicherung bedeutete. Es ist daher entscheidend, ob durch die Ausführung der Reparaturarbeiten dem Reeder Kosten erspart sind, die sonst hätten aufgewendet werden müssen.

6. MecklZ. **31** 284 (Rostock). Der Satz, daß derjenige, der nach der augenscheinlichen Beschaffenheit des Tatbestandes prima facie den Schaden angerichtet hat, den Gegenbeweis erbringen muß, daß ihn ein Verschulden nicht treffe, findet namentlich da Anwendung, wo ein in Bewegung befindliches Schiff ein stillliegendes oder ein in langsamer Fahrt befindliches Fahrzeug anrennt, sowie da, wo der Unfall in Verbindung steht mit einer plötzlichen Änderung der Fahrtrichtung seitens des anrennenden Fahrzeugs. ➸ Die Entscheidung steht allein, soweit sie ein in langsamer Fahrt befindliches Fahrzeug einem stillliegenden gleichstellt. Red. ➸

§ 737 (neue Fassung). 1. *S c h e u r e r (vgl. zu § 734 ff.). Art. 5 IntÜbbestimmt auch für diesen Fall die Haftung des Reeders, jedoch wird in einem Zusatzartikel die Regelung dieser Frage einstweilen noch der Gesetzgebung der Vertragsstaaten anheimgestellt. Auch § 737 findet nur Anwendung bei Beurteilung außerkontraktlicher Verhältnisse (§ 739 Abs. 2), deswegen kann auch der Reeder seinem Ladungsinteressenten gegenüber sich nicht auf § 737 berufen. Der Zwangslotse handelt bei Führung des Schiffes „in Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt", aA. **RG. 74** 254 und **79** 104. Demnach haftet z. B. Preußen für den Zwangslotsen gemäß Ges. vom 1. August 1909, das Reich gemäß Ges. vom 22. Mai 1910.

2. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 52 (Hamburg). **a)** Die Frage, was im allgemeinen unter einem Zwangslotsen zu verstehen ist und ob das Schiff für das Verschulden des Zwangslotsen haftet, beantwortet sich beim Zusammenstoße zweier deutscher Schiffe in fremden Territorialgewässern nach deutschem Rechte. Dagegen ist die Frage, ob der im einzelnen Falle angenommene Lotse seiner Stellung zum Schiffe nach ein Zwangslotse im Sinne des § 737 ist, nach der lex loci zu beantworten. **b)** Im Sinne des § 737 ist ein Zwangslotse jeder Lotse, zu dessen Annahme der Schiffer im Interesse des Schiffahrtsverkehrs durch obrigkeitliche Anordnung gezwungen ist und dem die Führung des Schiffes übertragen werden muß.

3. **RG.** JW. **13** 98, Hansa **13** 62, HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 17, R. **13** Nr. 102. Liegt eine Vorschriftswidrigkeit eines von einem Zwangslotsen geführten Schiffes vor, so ist prima facie nicht mehr bewiesen, als daß e n t w e d e r d e n L o t s e n o d e r d i e B e s a t z u n g ein Verschulden trifft. Kann ein solcher Beweis nicht dazu führen, den Lotsen zu verurteilen, so kann er ebensowenig die Verurteilung des Reeders rechtfertigen. Zum Entschuldigungsbeweise würde der Reeder erst dann genötigt, wenn sich der prima facie-Beweis dahin hätte erbringen lassen, daß der für den Zusammenstoß ursächliche Fehler nicht von dem Lotsen, sondern von der Besatzung begangen sei. ➸ Vgl. JDR. **9** 628. Red. ➸

4. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 53, SchlHolstAnz. **13** 314, (Hamburg). Den vom Zwangslotsen in Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit getroffenen Anordnungen hat der Schiffsführer wie jeder einzelne Mann der Besatzung unbedingt folge zu leisten. In Fällen ganz offenbar unrichtiger Navigierung des Lotsen wird man indessen dem Schiffer das Recht zum Eingreifen nicht absprechen können und sogar eine Pflicht des Schiffers zum Eingreifen als gegeben ansehen müssen.

Achter Abschnitt. Bergung und Hilfsleistung in Seenot.

§ 740. SeuffA. **69** Nr. 39, SchlHolstAnz. **13** 71 (Kiel). Auch einem nicht zum Erwerb durch die Seefahrt bestimmten Schiffe (in concreto einem Regierungsschiff) steht ein Hilfslohnsanspruch zu. ➠ So schon Schaps 704. Red. ⟵

§ 745 (neue Fassung). 1. Hansa **13** 792, HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 75 (Hamburg). Bei Bemessung des Hilfslohns kann nicht von der Tatsache abgesehen werden, daß zwischen dem rettenden Schlepper und dem geretteten Schiffe ein Schleppvertrag bestand. Insbesondere werden dadurch die Momente des bewiesenen Eifers und der Gefahr beeinflußt.

2. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 83 (Hamburg). Zu den für die Bemessung des Hilfslohns zu berücksichtigenden Aufwendungen gehören nicht Schäden, die sich eins der rettenden Schiffe durch Kollisionen mit anderen Rettern oder dem geretteten Schiffe nach vollendeter Hilfsleistung zugezogen hat.

§ 748 (alte Fassung). **RG.** Hansa **13** 124, HansGZ. **13** Nr. 42. Mangels besonderer Vereinbarung ist eine Abrede mehrerer Retter vor der Rettung, „Kompagnie zu machen", (➠ Vgl. JDR. **11** 725 Red. ⟵) auf die zur Zeit gegenwärtigen, allen Beteiligten erkennbaren Hilfskräfte eines jeden Kontrahenten zu beschränken.

§ 750 (alte Fassung). **RG.** HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 122. Aufdrängen von Diensten ist die Tätigkeit des Bergers oder Hilfeleistenden, die bewußterweise im Widerspruche mit dem erkennbaren Willen des Schiffers oder Reeders unternommen wird.

§ 751. **RG.** **82** 419. Wenn bei einer Bergung in Seenot gerade auch die „Post" in den Gewahrsam des Bergenden gelangt, so ist dieser in der Lage, an ihr sein Pfandrecht geltend zu machen. Dann liegt die Sache aber tatsächlich so, daß die Gesichtspunkte, die zur Verneinung des Havariegrossepfandrechts an der Post führen, ausgeschaltet sind: das Postgeheimnis ist — durch Elementarereignisse und deren Folgen — preisgegeben, und von einer pünktlichen Bestellung der Sendungen an die Adressaten kann ohnedies nicht mehr die Rede sein.

§ 753. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 103, R. **13** Nr. 2470 (Hamburg). Für den Bergelohn haftet der Reeder nur mit Schiff und Fracht, und zwar auch dann, wenn er den Lohn in einem besonderen Vertrage mit dem Berger vereinbart hat, es sei denn, daß aus dem Inhalte des Vertrags oder aus sonstigen konkludenten Umständen der Wille auf Übernahme einer persönlichen Verbindlichkeit unzweideutig erkennbar ist.

Neunter Abschnitt. Schiffsgläubiger.

Literatur: Grethe, Die beschränkte Haftung des Schiffseigentümers (Leipziger Dissertation 1912). — Netheim, Das Wesen des Schiffsgläubigerrechts (Erlanger Dissertation 1911).

§ 754. 1. Rechtliche Natur des Schiffsgläubigerrechts. **a)** Grethe 25 ff. und Netheim 23 ff. verteidigen Pappenheims Theorie. **b)** Karl Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts (2), 129, der früher die Theorie des ausschließlich dinglichen Rechtes verfochten hatte (JDR. **6** 716), schließt sich jetzt der Theorie der pfandrechtlich gesichteten Realobligation an.

2. Einzelnes. Zu Nr. 2. *Mathies, HansGZ. **13** Hptbl. 226. Die Hamburger Kaiverwaltung ist ein Privatunternehmen des Staates, sie repräsentiert keine Hoheitsrechte. Die Kaigebühren fallen daher nicht unter die „öffentlichen Schiffs-, Schiffahrts- oder Hafenabgaben". Zu Nr. 6 vgl. das zu § 528 mitgeteilte Urteil. Zu Nr. 8 vgl. das zu § 486 unter Nr. 2 mitgeteilte Urteil.

§§ 754, 776. 1. **RG.** **81** 285. Ob durch Rechtsgeschäfte, welche für ein Schiff, solange dieses sich im Ausland aufhält, vorgenommen werden, ein Schiffsgläubigerrecht begründet wird, richtet sich nach dem ausländischen Rechte als der lex contractus und gleichzeitig lex rei sitae. — Die Rangordnung mehrerer Schiffsgläubigerrechte

bestimmt sich bei der Zwangsversteigerung nach der lex fori. Hierbei kann auch ein im Auslande nach dortigem Rechte wirksam zur Entstehung gekommenes Recht den Rang eines deutschen Schiffsgläubigerrechts für sich in Anspruch nehmen, wenn es nach seinem Entstehungsgrund und seinem daraus abzuleitenden juristischen Charakter einem solchen entspricht.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1039, Hansa **13** 414, LeipzZ. **13** 687, R. **13** Nr. 1002. Die am Schiffe bestehenden dinglichen Rechte haben nach der Rangordnung zum Zuge zu kommen, die die lex fori vorschreibt. Sind durch Tatbestände, die sich unter der Herrschaft ausländischen Rechtes verwirklicht haben, Ansprüche zur Entstehung gelangt, die inhaltlich unserem Schiffsgläubigerrecht entsprechen, so ist kein Grund, ihnen den im § 776 den Schiffsgläubigerrechten beigelegten Rang zu versagen. Ohne Bedeutung ist, ob zugleich die Voraussetzungen des deutschen Rechtes — das eben nur für die Einreihung des Rechtes, nicht für die Frage seines tatsächlichen Bestandes entscheidet, — vorliegen oder nicht, es sei denn, daß sich aus einem besonderen Grunde — Art. 30 EGBGB. — die Anwendung des ausländischen Rechtes verböte.

§ 774. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 848, HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 148. Steht zwar fest, daß der Reeder das Schiff in Kenntnis der Schiffsgläubigerforderung auf neue Reisen ausgesandt hat, ist aber von ihm geltend gemacht, daß er nur in Höhe des Wertes des Schiffes nach der Kollision haften würde, und daß sich in diesen Betrag alle Kollisionsgläubiger zu teilen hätten, so darf dieser Punkt nicht übergangen und ohne Beschränkung der Klaganspruch für begründet erklärt worden.

2. **RG.** HansGZ. **13** Hptbl. 128. Der Klage aus § 774 gegenüber ist der Einwand zulässig, daß noch andere Schiffsgläubiger da seien, die den Ansprüchen der Kläger mindestens gleichstehende Rechte haben.

3. *Eckstein, GruchotsBeitr. **57** 651. Die gesetzliche Vermutung des Abs. 2 ist durch bloße Gegenvermutung zu entkräften (vgl. zu § 292 Ziff. I 2 ZPO.).

Zehnter Abschnitt. Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

Literatur: v. Liebig, Die Seeversicherung. Berlin 1914.

§ 799. **RG.** R. **13** Nr. 248. Die Zulässigkeit der Versicherung eines Mehrwerts derart, daß der Versicherungsnehmer bei der schwimmend gekauften Ware in einer einer Nachversicherung gleichkommenden Weise die seit der Abladung eingetretene Preiserhöhung — neben dem imaginären Gewinne — bei der Anmeldung alsbald dem Fakturawerte hinzurechnet, unterliegt rechtlich keinem Bedenken.

§ 804. **RG.** LeipzZ. **13** 945. Abtretungsverbot etwaiger Schadensforderungen in den Schleppbedingungen wurde dahin ausgelegt, daß darunter nach Sachlage der Übergang auf den Versicherer nicht fallen solle.

§ 817. *Schilling 116 ff. Wird bei einem Durchfrachtvertrage das Gut mit einem fremden Schiffe weiter befördert, so braucht bei Versicherung des Gesamttransports der Name des Schiffes, welches die Weiterbeförderung bewirkt, dem Versicherer nicht mitgeteilt zu werden. Auch wenn auf einer Teilstrecke Landbeförderung auf Grund eines Durchfrachtvertrages stattfindet, gelten die Bestimmungen der Seeversicherung. Als Strandungsfall ist dann auch ein schädigendes Ereignis, das sich als eine Gefahr des Landtransports darstellt, sinngemäß zu verstehen, doch dürfen Grundprinzipien des Seeversicherungsrechts nicht verletzt werden.

§ 820. **RG.** R. **13** Nr. 3055. Im Sinne der Seeversicherung ist der Versicherungsfall immer der Seeunfall. Das gilt auch im Falle des § 820 Nr. 7 und wie vom direkten so auch vom indirekten Kollisionsschaden.

§§ 820, 821. **RG. 83** 44. Das Verschulden einer Hilfsperson als eines Vertreters des Versicherten steht dem Anspruch auf Ersatz des Schadens unter keinen Umständen dann entgegen, wenn die Gefahr, daß die versicherten Güter durch

Verschulden solcher Personen vom Schaden betroffen werden, einen Teil des versicherten Risikos bilden.

§ 821. 1. **RG.** HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 85, LeipzZ. **14** 80 bestätigt das JDR. **11** 730 zu § 821 mitgeteilte Urteil des HansOLG.

2. HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 2 (Hamburg). Dem Einwande der mangelnden Seetüchtigkeit gegenüber kann sich der Kaskoversicherte nicht auf das Verschulden des Schiffers berufen.

3. R. **14** Nr. 701 (Hamburg). Die Policenbestimmung, daß der Versicherer nicht haftet „für Schaden, welcher durch das Forcieren von feststehendem Eise entstanden ist" (Allg. See-Vers.Bed., Zusatz zu § 70 Nr. 1), gilt auch für ein geschlepptes Schiff.

§ 834. Ritter, LeipzZ. **14** 56 ff. Große Haverei bei Ballastschiffen ist auch für das Verhältnis des Seeversicherers zum Versicherungsnehmer (§ 834 Nr. 2) nicht anzuerkennen.

§ 854. 1. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 23, LeipzZ. **13** 568 (Hamburg). Der Fall des Abandons nach italienischem Rechte bedeutet nicht einen Totalverlust im Sinne von § 854.

2. **RG. 83** 168. Wird das Schiff mit einem Schiffsgläubigerrechte belastet, so mindert sich einerseits das der Seegefahr ausgesetzte versicherte Interesse am Schiffe, anderseits ist aber auch, sofern die Begründung der Schiffsschuld in einer Gefahr gelegen hat, für die der Versicherer aufzukommen hat, damit ein Versicherungsfall gegeben, ein teilweiser Schaden, wenn die Schuld nicht über einen Teilbetrag des Versicherungswertes hinausgeht, ein Totalschaden im entgegengesetzten Falle. Hat sich das versicherte Schiff mit einer Kollisionsschuld belastet, die seinen Wert überschreitet, so ist dem Versicherungsnehmer zwar nicht das vielleicht ganz unversehrte Schiff, wohl aber der versicherte Gegenstand unwiederbringlich entzogen.

Seerechtliche Nebengesetze.

Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.

§§ 4 ff. RG. LeipzZ. **14** 88 ff. Im Abschnitte II (§§ 4—19) ist nur von zwei Fällen der Bergung die Rede, von dem von Strandvogt oder Schiffer geleiteten Bergungsverfahren (§§ 6 ff.) und von der Bergung einzelner vom Schiffe ans Land getriebener Stücke (§ 13). Es gehört nicht hierher der Fall, daß jemand eigenmächtig, ohne Vorwissen des Strandvogts oder Schiffers, an das Schiff heranfährt und von dort Gegenstände ans Land schafft. Begrifflich schließt das „Bergen" die Absicht ein, die geborgenen Sachen der Strandbehörde zur Verfügung zu stellen, von einem „Bergen" ist also überhaupt keine Rede, wenn Absicht der Zueignung besteht.

§ 12. RG. LeipzZ. **14** 89. § 12 Satz 4 ist nicht anwendbar, wenn die Fortschaffung aus dem Schiffe ohne „Genehmigung" des Schiffers oder Strandvogts erfolgte.

§ 39. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 135 (Hamburg). Eine den Strandamtsbescheid anfechtende Klage ist binnen 14 Tagen nach Bekanntmachung oder Behändigung des Bescheids „anzubringen", d. h. zuzustellen. Eine Verlängerung der Frist durch das Gericht kann nur in Frage kommen, solange die Frist noch nicht abgelaufen ist.

Seestraßenordnung vom 5. Februar 1903.

Art. 1. RG. 83 142. Es gibt Lagen, in denen die Führung anderer Lichter als der vorgeschriebenen sich durchaus nicht vermeiden läßt, z. B. zwecks Vermeidung von Gefahren bei Anbordkommen eines Lotsen. Das Gesetz verbietet das nicht, verlangt nur, daß alles geschieht, was der Verwechselung solcher Lichter mit den vorgeschriebenen Lichtern vorbeugen kann. Die Führung des betreffenden Lichtes muß

so sein, daß nach menschlichem Ermessen die Verwechselung ausgeschlossen ist. Ist dem genügt, so kommt es nicht darauf an, daß im einzelnen Falle tatsächlich doch eine Verwechselung stattfindet.

Art. 4. Literatur: Budde, Zwei rote Lichter — zwei schwarze Bälle. Hansa **13** 209 ff.

Art. 16. **RG.** HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 93. Die Vorschrift des Abs. 1, daß bei Nebel mit mäßiger Geschwindigkeit zu fahren sei, ist, wie die Worte „unter sorgfältiger Berücksichtigung der obwaltenden Umstände und Bedingungen "zeigen, nicht dahin zu verstehen, daß bei Nebel ein mittlerer Grad von Geschwindigkeit einzuhalten sei, sondern dahin, daß die Geschwindigkeit eine begrenzte, und zwar je nach den Umständen mehr oder weniger begrenzte sein müsse. Es ist daher sehr wohl mit der Vorschrift vereinbar, daß im konkreten Falle ein sofortiges Rückwärtsgehen der Maschine verlangt wird, um die Geschwindigkeit des Schiffes auf das von der Sachlage erforderte Maß herabzusetzen.

Art. 21. Literatur: Neugrön, Kurs und Geschwindigkeit beibehalten. Artikel 21. Hansa **13** 515 ff., 535 ff.

Art. 28. Hansa **13** 353 (Hamburg). Art. 28 enthält eine strikte Mußvorschrift. Es würde zu der größten Unsicherheit in der Navigation führen, wenn man es dem Belieben der Kapitäne für den Einzelfall überlassen wollte, ob sie es für praktisch halten, ein Ausweichmanöver zu signalisieren.

Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

§§ 27 ff. 1. Literatur: Hansa **13** 387 ff., Das Vertragsverhältnis der Schiffsjungen nach der Seemannsordnung.

2. **RG.** JW. **13** 148, HansGZ. **13** Bbl. Nr. 83, DJZ. **13** 166. Der Heuervertrag enthält sinngemäß die Vereinbarung, daß sich der Angestellte bei Berechnung und Auszahlung der Heuer die Kassenbeiträge abziehen lassen muß.

§ 95. SeuffA. **69** Nr. 14, Hansa **13** 777 (Hamburg). 1. Ein Schiffsmann, der zwar einen Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses hat, aber nach Antritt der Reise in einem ausländischen Hafen der vorläufigen Entscheidung des Konsuls zuwider sich der Fortsetzung des Dienstes entzieht, verliert dadurch nicht den Anspruch auf die bis dahin verdiente Heuer. 2. Der Ausspruch des Seemannsamts über das Vorliegen eines Grundes für die alsbaldige Auflösung des Dienstverhältnisses ist für das über den Heueranspruch erkennende Gericht nicht bindend.

§ 113. SchlHolstAnz. **13** 92 (Kiel). § 113 ist ein Blankettgesetz, ein hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale der Ergänzung bedürftiges Gesetz. Eine solche Ergänzung hat § 113 durch die Bekanntmachung des Bundesrats vom 16. Juni 1903 gefunden. Die Bestimmungen der letzteren sind somit Bestandteile des § 113, also Strafgesetz. Unkenntnis der Bekanntmachung schützt daher nach allgemeiner Rechtsprechung nicht vor Strafe.

Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juli 1895

(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898).

§ 1. Schiffahrt auf dem Kaiser-Wilhelm-Kanal. 1. **RG. 81** 317 ff. Das Urteil bestätigt die JDR. **11** 732 mitgeteilte Entscheidung des OLG. Kiel (Zulässigkeit des im § 55 Abs. 2 der Kanalbetriebsordnung ausgesprochenen Haftungsausschlusses für Verschulden des Schleppzugspersonals des Reichs).

2. **RG.** JW. **13** 595, LeipzZ. **13** 624, HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 63, EisenbE. **29** 467. Durch die Anmeldung und Zulassung eines Schiffes zur Fahrt durch den Kaiser-Wilhelm-Kanal entsteht kein Vertragsverhältnis; eine auch nur entsprechende Anwendung des § 278 BGB. auf die dadurch entstehenden Rechtsbeziehungen ist ausgeschlossen. (S. a. BGB. § 278 Ziff. I 3.)

3. SchlHolstAnz. **13** 24 (LG. Kiel). Ein Schutenführer auf dem Kaiser-Wilhelm-

Kanal gehört zur Schiffsmannschaft und ist nicht Schiffer: es gilt daher für ihn BinnenSchG. § 25.

4. a) HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 53, SchlHolstAnz. **13** 314 (Hamburg). Die Brunsbütteler Reede gehört nach Vorbemerkung 1 zur Betriebsordnung für den Kaiser-Wilhelm-Kanal zum „Kanalpolizeibezirke". Alle den Kanal, d. h. den Kanalpolizeibezirk, befahrenden Schiffe sind nach § 8 der Betriebsordnung — vom Falle des § 9 abgesehen — dem Lotsenzwang unterworfen. b) HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 87, SchlHolstAnz. **13** 329 (Hamburg). Daraus, daß nach der Betriebsordnung für den Kaiser-Wilhelm-Kanal die Brunsbütteler Reede zum Kanalpolizeibezirke gehört, folgt noch nicht, daß alle die Reede passierenden Schiffe sich unter der Führung eines Zwangslotsen befinden müssen. Nach § 8 sind alle den Kanal befahrenden Schiffe, soweit sie nicht davon befreit sind, dem Lotsenzwang unterworfen. Der Kanal aber endet mit der Schleuse: die Brunsbütteler Reede gehört zwar zum Kanalpolizeibezirke, aber nicht zum Kanal. ➼ Aufhebend und zurückverweisend Urteil des RG. v. 5. November 1913: Der Wortlaut der betr. Vorschriften sei zweifelhaft, es sei denkbar, daß sie anders gemeint seien und daß die tatsächliche Handhabung des Dienstes eine andere sei. Red. ⟵

§ 3. 1. Hansa **13** 393, HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 47 (Hamburg). Der Staat haftet als Eigentümer einer Polizeibarkasse für Verschulden der Besatzung, auch wenn dieselbe in Änderung der ihr anvertrauten Polizeigewalt gehandelt hat.

2. Hansa **13** 760 (Hamburg); **RG.** R. **14** Nr. 525. Als Besatzung einer von einem Schlepper mitgeführten unbemannten Schute gilt während des nächtlichen Stilllagers die Mannschaft des Schleppers und der für die Schute zur Beaufsichtigung vom Lande aus bestellte Wachtmann.

§ 4. 1. SchlHolstAnz. **13** 105 ff. (Kiel). a) Die Sorge für Befestigung, Beleuchtung und Bewachung eines Fahrzeugs gehört zu den Dienstverrichtungen des Schiffers. Stellt der Schiffseigner einen solchen an, so ist diesem jene Sorge ohne weiteres zugewiesen, und nur außerordentliche Umstände können es begründen, daß der Eigner den Schiffer oder die Schiffsbesatzung in Ansehung jener Tätigkeiten noch mit besonderen Anweisungen zu versehen hätte. b) Im Zusammentreffen mit § 4 BinnenSchG. ist § 831 BGB. nicht anwendbar. Zunächst nicht, soweit im § 4 Abs. 1 die Haftung des Schiffseigners mit Schiff und Fracht bestimmt ist, die einerseits mehr als § 831 voraussetzt, nämlich außer rechtswidrigem Handeln noch ein Verschulden einer Besatzungsperson, anderseits aber, als Spezialgesetz im Verhältnisse zum § 831, den in diesem vorgesehenen Entlastungsbeweis des Eigners nicht zuläßt. Aber auch dann hat § 831 nicht Anwendung zu finden, wenn über jene dingliche Haftung des Abs. 1 hinaus die im Abs. 2 vorbehaltene persönliche Haftung des Schiffseigners in Anspruch genommen wird. Denn bei der besonderen, von den Grundsätzen des BGB. abweichenden Gestaltung, die die Haftung für Angestellte im Schiffahrtsrechte gefunden hat, darf das im § 4 Abs. 2 vorbehaltene eigene Verschulden des Schiffseigners nicht von einem bloß vermuteten Verschulden des § 831 verstanden werden: es würde das damit nicht zu vereinigen sein, daß schon die beschränkte Haftung mit Schiff und Fracht der § 486 HGB. und § 4 Abs. 1 BinnenSchG. den Nachweis eines Verschuldens voraussetzt.

2. **RG.** R. **14** Nr. 527. Der Schiffsgläubigerrechte geltend machende Kläger muß dartun, daß der Unfall und dessen Folgen auf das Verschulden eines Mannes der Schiffsbesatzung zurückzuführen sind, und zwar n u r auf ein solches. Denn wenn zugleich den damaligen Schiffseigner (Ausrüster) ein Verschulden trifft, dann haftet dieser, und zwar unbeschränkt, und ein Schiffsgläubigerrecht ist nicht entstanden. ➼ D i e E n t s c h e i d u n g i s t m i t § 4 A b s. 2 n i c h t z u v e r e i n b a r e n. Durch konkurrierendes Verschulden des Schiffseigners kann höchstens persönliche Haftung zur dinglichen hinzutreten, niemals die dingliche Haftung in Wegfall kommen.

Auch Forderungen auf Grund Verschuldens des Schiffseigners, der das Schiff selbst führt, haben Schiffsgläubigerrecht (§ 102 Nr. 5). Red. ←

3. **RG. 82** 148 ff. Unter fehlerhafter Führung des Schiffes ist dasselbe zu verstehen wie unter nautischem Versehen. Zum Schiffstransporte gehört auch das Hinführen des Schiffes an eine bestimmte Stelle am Bestimmungsorte, so auch ein etwaiges Ab- und Wiederanlegen daselbst, sowie die erforderliche Bewachung. → Das Urteil bestätigt die Entscheidung des HansOLG. JDR. **11** 732. Red. ←

Zusatz zu **§ 4.** Schleppschiffahrt. 1. **RG.** JW. **13** 99. Wird ein Schiff von dem im Tau eines Schleppers fahrenden Kahne angerannt und steht fest, daß auf seiten des angerannten Fahrzeugs ein Verschulden ausscheidet, so wird sich nicht begründen lassen, daß dann schon allein auf Grund der prima facie-Belastung, die nicht den Kahn, sondern nur den Kahn in Verbindung mit dem Schlepper, d. h. den Schlepper oder den Kahn trifft, der Kahneigner verurteilt werden könnte.

2. SächsRpflA. **13** 382 (Dresden). Der Eigner des geschleppten Kahnes haftet nicht für Versehen der Schlepperbesatzung (vgl. **RG. 65** 382, JDR. **6** 720).

3. **RG.** JW. **12** 582. Der Kapitän eines von einem Kahneigner angenommenen Schleppers ist nicht Gehilfe des Kahneigners in Erfüllung des Frachtvertrags.

§ 25 S. Nr. 3 zu § 1.

§ 41. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 99 (Hamburg). Die Personen, die die Anlieferung der Ware aus dem Seeschiff in den Kahn bewirken, sind nicht Erfüllungsgehilfen des Befrachters.

§§ 58, 61. Gütschow, Anspruch wegen Minderung des Frachtguts bei vereinbarter Elevatorklausel, EisenbE. **29** 143 ff., polemisiert gegen eine von ihm wiedergegebene Entscheidung des KG. vom 15. November 1911 und führt aus: 1. Ein Vertrag, durch den sich der Frachtführer zur Tragung jedes Mankos verpflichtet, verstößt nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten. 2. Der Empfänger ist nicht verpflichtet, auch den Grund des Mangels durch amtliche Sachverständige feststellen zu lassen.

§ 61. 1. SpeduSchiffZtg. **13** 215 (Gutachten der Handelskammer Berlin). In Groß-Berlin wird nach allgemeinem Handelsgebrauche die Verwiegung der Kahnladung auf einer amtlich geeichten Wage durch einen vereidigten Wiegemeister zwecks Erfüllung der Vorschriften des § 61, soweit Gewichtsmangel in Frage kommt, für ausreichend angesehen.

2. **RG.** SpeduSchiffZtg. **13** 584. Wenn nach den Verfrachtungsbedingungen Ansprüche wegen äußerlich erkennbarer Beschädigung des Gutes nur geltend gemacht werden können, falls vor der Annahme der Zustand durch gerichtlich ernannte Sachverständige festgestellt ist, so gehen die Ansprüche, wenn dies nicht geschehen ist, unter, auch wenn der Empfänger den Zustand durch eine andere amtliche Person hat feststellen lassen.

§ 79. HansGZ. **13** Hptbl. 41 (Hamburg). Der Empfänger, der vom Schiffseigner Ersatz von Havariegrossebeiträgen verlangt, weil die Besatzung den Havariefall verschuldet habe, ist für diese Behauptung beweispflichtig: er kann seinen Anspruch nicht auf § 58 oder überhaupt auf den Frachtvertrag stützen. → Vgl. hierzu JDR. **8** 686 zu § 702 HGB. Red. ←

§ 93. SeuffA. **68** Nr. 244, HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 92 (Hamburg). Ein unmittelbar am Flußufer gesunkenes Flußfahrzeug braucht sich nicht mehr in Schiffahrtsgefahr zu befinden. Es ist dann nicht als „von der Besatzung verlassen" anzusehen, wenn der Eigner die Aufsicht darüber nicht aufgegeben hat.

§ 94. HansGZ. **13** Hptbl. Nr. 32, 45 (Hamburg). Für das Binnenschiffahrtsrecht kommt die seerechtliche Bestimmung, daß auf den Wert der geretteten Gegenstände nur untergeordnete Rücksicht zu nehmen ist, nicht in Betracht. → Anders Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht **1** 402. Red. ←

Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung zum Post-, Telegraphen- und Zollrecht ist im Berichtsjahre ziemlich spärlich gewesen. Besonders hervorzuheben ist nur das zu den §§ 3, 6 TelWegeG. ergangene Erkenntnis des RG., durch welches das im JDR. **11** mitgeteilte Urteil des OLG. Hamburg abgeändert wird. Hinsichtlich der in beiden Erkenntnissen erörterten sehr schwierigen Fragen werden trotz der Stellungnahme des RG. die Meinungen nach wie vor sehr auseinandergehen. Viel für sich haben jedenfalls die Ausführungen von Grisebach, daß das Obsiegen der Telegraphenverwaltung in dem zur Erörterung stehenden Falle das Billigkeitsempfinden nicht befriedigt. In der Literatur sind auch im Berichtsjahre wieder verschiedene beachtliche Aufsätze zum Postrecht, insbesondere zur Frage der Haftung der Post aus dem Nachnahmegeschäft, zu verzeichnen.

Literatur: Eschenbach, Wann entsteht das Recht des Staates am Zollgut? Leipzig **1912**. — Gorden, Die Haftung des Preußischen Eisenbahnfiskus für Verlust oder Beschädigung von Postsendungen, EisenbE. **29** 29. — Görs, Haftpflicht der Post bei Reisen mit den ordentlichen Posten, EisenbE. **29** 135. — Hecht, Ist der Postfiskus dafür haftbar, daß Postanweisungen in das richtige Postschließfach eingelegt worden sind? DJZ. **13** 231. — Hellmuth, Über die Frage der Haftung der Post für die Einziehung der auf Briefsendungen lastenden Nachnahmen, EisenbE. **29** 14. — Illemann, Rückforderungen bei Postsendungen, ZfHandelsw. **12** 331. — Lenkfeld, Haftung der Post für Nachnahmesendungen, ZfHandelsw. **5** Heft 10. — Mirre, Zur Lehre von der Postanweisung, DJZ. **13** 1314. — Postrecht, Die wichtigsten Bestimmungen aus Postgesetz und Postordnung, zusammengestellt und erläutert von den Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin. **Berlin 1913**. — Städler, Kennt das internationale Postrecht eine Haftpflicht der Post für Schäden aus unterbliebener Einziehung von Postnachnahmebeträgen? ZfintR. **12** 592. — Derselbe, Zur Haftung der Post aus dem Nachnahmegeschäft, EisenbE. **29** 251.

Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches vom 28. Oktober 1871.

§ 7. 1. ElsLothJZ **13** 1, EisenbE. **29** 195, 408 (Colmar). Der Adressat eines Wertbriefs ist zur Vermeidung von Schadensersatz dem Absender gegenüber verpflichtet, nichts zu versäumen, damit dem Absender die ihm gegen die Postverwaltung im Falle des Abhandenkommens des Inhalts des Wertbriefs zustehenden Ansprüche nicht verloren gehen.

2. Görs, EisenbE. **29** 135, erörtert die Frage der Haftpflicht der Post bei Reisen mit den ordentlichen Posten an Hand der hierüber ergangenen Erkenntnisse.

3. **RG.** EisenbE. **30** 110. Wenn jemand infolge des Sturzes eines Postwagens auf der glatteisbedeckten Ortsstraße verunglückt, so haften Gemeinde und Post als Gesamtschuldner, einerlei ob man die Haftung der Post nach § 11 PostG. als Gefährdungshaftung oder nur als eine gesetzlich geregelte Haftung aus dem Beförderungsvertrage zu betrachten hat. Im Verhältnisse zueinander greift wegen des Schadensausgleichs § 426 BGB. Platz, falls überhaupt eine Haftpflicht der Gemeinde aus § 823 BGB. vorliegt.

§§ 13, 49. EisenbE. **29** 280, DJZ. **13** 175 (LG. Leipzig). Die Post bleibt für die Aushändigung von Paketen an einen unbefugten Inhaber der Paketadresse dann verantwortlich, wenn die Aushändigung der Adresse nicht reglementmäßig stattgefunden hat.

Postordnung für das Deutsche Reich vom 20. März 1900.

§ 19. 1. Städler, EisenbE. **29** 253, führt aus, daß durch die VO. vom 22. November 1912 und die dadurch neu eingeführte Bestimmung unter VI a im § 19 die Haftung der Post aus dem Nachnahmegeschäfte nunmehr positiv wie namentlich auch negativ erschöpfend geregelt ist und das Schweigen der Verordnung über die gewöhnlichen Nachnahmebriefsendungen keine andere Deutung zuläßt, als daß bezüglich ihrer die Post jede Haftung ablehnt. Der Weltpostvertrag und seine Neben-

abkommen konstituieren kein materielles Posthaftpflichtrecht im Falle der unterbliebenen Einziehung von Nachnahmebeträgen, sondern ordnen lediglich die formellen Voraussetzungen für den Regreßanspruch der Aufgabe- gegen die Bestimmungsverwaltung für den Fall, daß erstere dem Absender einer Nachnahmesendung auf Grund ihres internen materiellen Haftpflichtrechts Ersatz geleistet haben sollte.

2. Hellmuth, EisenbE. **29** 14, führt aus: die Post haftet nicht für Verlust, Beschädigung, verzögerte Beförderung oder Zustellung einer gewöhnlichen Briefsendung mit Nachnahme. Für den eingezogenen Nachnahmebetrag haftet die Post wie für die auf Postanweisungen eingezahlten Beträge. Eingezogen ist ein Nachnahmebetrag, wenn ihn der Adressat der Nachnahmesendung dem von der Postverwaltung dazu beauftragten Beamten gegen Aushändigung der Sendung entrichtet, dagegen z. B. nicht, wenn ein ungetreuer Postbeamter ohne Auftrag sich in den Besitz einer Nachnahmesendung setzt und den Betrag vom Empfänger einhebt. Die Post haftet schließlich nicht für die Nichteinziehung der Nachnahme oder für die Einziehung eines zu niedrigen Nachnahmebetrags.

§ 20. Mirre, DJZ. **13** 1314, erörtert die rechtliche Natur der Postanweisung. Er erblickt darin einen irregulären Transportvertrag, bei dem die Post sich verpflichtet, das eingezahlte Geld an den Bestimmungsort zu befördern mit der Befugnis, anderes Geld dem Adressaten auszuhändigen. Von dieser Befugnis macht die Post regelmäßig Gebrauch. Der Verf. behandelt weiter die Frage der Übertragung des Eigentums an dem angewiesenen Betrage, insbesondere für den Fall der Geschäftsunfähigkeit des Absenders oder Adressaten, ferner die Frage der Pfändung des Anspruchs des Absenders gegen die Post.

Telegraphenwegegesetz vom 18. Dezember 1899.

§§ 3, 6. 1. **RG. 80** 287, EisenbE. **29** 419. Der § 3 des TelegraphenwegeG. behandelt nur die Fälle, in denen die Telegraphenlinie dem Gemeingebrauche des Verkehrswegs hinderlich wird oder den Arbeiten zur Unterhaltung des Weges oder der Ausführung einer Änderung des Verkehrswegs entgegensteht, während das Verhältnis der Telegraphenlinien zu den auf dem Verkehrsweg eingerichteten „besonderen Anlagen" in den §§ 5 und 6 G. geregelt ist. Wenn § 6 Abs. 6 die Vorschriften des Abs. 1 bis 5 auf spätere Änderungen vorhandener besonderer Anlagen für entsprechend anwendbar erklärt, so ist damit zum Ausdrucke gebracht, daß diese Änderungen vorhandener Anlagen ebenso wie spätere Neuanlagen behandelt werden sollen. Da nun § 6 Abs. 2 die dort erwähnte Vergünstigung nur eintreten läßt bei solchen späteren Anlagen, die von dem Wegeunterhaltungspflichtigen oder unter seiner überwiegenden Beteiligung zur Ausführung gebracht werden sollen, so ergibt sich auch für die entsprechend zu behandelnden späteren Änderungen vorhandener besonderer Anlagen, wenn ihnen das Vorrecht des § 6 Abs. 2 zukommen soll, in subjektiver Hinsicht das gleiche Erfordernis. Die notwendige Beteiligung des Wegeunterhaltungspflichtigen bezieht sich dabei nur auf die Änderung, nicht auf die ganze Anlage. In dem zur Entscheidung stehenden Falle liegt eine überwiegende Beteiligung des Wegeunterhaltungspflichtigen nicht vor (anders OLG. Hamburg, JW. **11** 737). Die von der beklagten Straßenbahn vorgenommene Gleisverlegung war nicht durch eine Aufnahme und Wiederherstellung des Pflasters seitens des Wegeunterhaltungspflichtigen bedingt, da schon anläßlich der Verbreiterung und Regulierung der Straßen eine vollständige Neupflasterung ausgeführt wurde. Da die Pflasterarbeiten hiernach von dem Wegeunterhaltungspflichtigen zum Zwecke der Unterhaltung und Änderung von Straßen vorgenommen wurden, so können sie nicht gleichzeitig Aufwendungen darstellen, die im Interesse der Änderung einer an dem Verkehrsweg errichteten Anlage eines Privatunternehmers gemacht wurden und eine finanzielle Unterstützung des Unternehmers bei der Ausführung dieser Änderung bezweckten. Es handelte

sich nicht darum, einen Teil der Kosten der Verschiebung der Gleise mit Rücksicht darauf, daß diese im öffentlichen Verkehrsinteresse auf Anordnung der Baudeputation erfolgte, der verklagten Straßenbahn abzunehmen und aus Staatsmitteln zu decken; vielmehr stehen solche Kosten der Neupflasterung in Frage, die unmittelbar für den Staat infolge der Straßenregulierung gänzlich unabhängig von der Gleisverlegung entstanden sind und auch genau in derselben Höhe entstanden wären, wenn überhaupt keine Verschiebung der Gleise stattgefunden hätte. Die verklagte Straßenbahn hat deshalb als alleinige Unternehmerin der Änderung der Straßenbahnanlage die aus der Verlegung oder Veränderung der vorhandenen Telegraphenlinien erwachsenden Kosten zu tragen.

2. Grisebach, EisenbE. **29** 371, führt bei Besprechung dieses Erkenntnisses aus, daß ein Obsiegen der Telegraphenverwaltung in solchem Falle nicht dem Billigkeitsgefühl entspreche, und regt folgende Auslegung des § 6 Abs. 6 an: auf spätere Änderungen vorhandener besonderer Anlagen finden die Vorschriften des Abs. 1—5 entsprechende Anwendung mit der Maßgabe, daß dem Verlangen der Verlegung oder Veränderung einer Telegraphenlinie auf Kosten der Telegraphenverwaltung auch dann stattgegeben werden muß, wenn der Wegeunterhaltungspflichtige die spätere Änderung aus Gründen des öffentlichen Interesses, insbesondere aus volkswirtschaftlichen oder Verkehrsrücksichten erzwungen hat.

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetze.

§ 4. Literatur: Hartmann, Die Unzulässigkeit des Rechtswegs in Verbrauchssteuersachen, DJZ. **13** 691—693.

1. Die Übertragung kann nur an die Landesgerichte, auch nicht mittelbar durch diese an das Reichsgericht erfolgen. Hartmann, DJZ. **13** 691 ff. § 4 bestimmt, daß jede Gerichtsbarkeit, die nicht zu der ordentlichen streitigen gehört, durch die Landesgesetzgebung nur den Landesgerichten zugewiesen werden kann; daß diese Sachen auch nicht etwa im Instanzenzuge an das RG. gebracht werden können, ergibt sich aus einem Vergleiche des § 4 mit § 3, wo bei Regelung einer ähnlichen Frage die Landesgerichte in einen ausgesprochenen Gegensatz zum Reichsgerichte gestellt werden.

2. Wie OLG. Hamburg JDR. **11** Nr. 2 a jetzt auch HansGZ. **13** Beibl. 55 (Hamburg).

§ 5 BreslauAK. **13** 61 (Breslau). In Preußen bildet der mit dem KG. verbundene Geheime Justizrat für die Mitglieder der Königlichen Familie den ausschließlichen Gerichtsstand. (Das RG. hat das für die Revisionsinstanz nachgesuchte Armenrecht verweigert.)

§ 11. Abs. 2 Ziff. 1. Verhältnis der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs über das dienstliche Verschulden eines Beamten zur Entscheidung des Gerichts über die aus fahrlässiger Verletzung der Amtspflicht für den Beamten erwachsende Schadensersatzpflicht. SeuffBl. **13** 115 (BayObLG.). Der Verwaltungsgerichtshof hat lediglich über die Ordnungswidrigkeit des Verhaltens des Beamten und über dessen dienstliches Verschulden zu entscheiden; insoweit ist die Entscheidung für das Gericht bindend. Die Frage nach dem subjektiven Verschulden im Sinne der §§ 839, 276 BGB. ist davon unberührt geblieben. Sache des Zivilrichters ist es, zu prüfen, ob die Schuld des Beamten, ihre Kausalität zur eingetretenen Schädigung vorausgesetzt, derartig war, daß sie die Verpflichtung zum Schadensersatze begründet. — Vgl. OLG. Colmar, JDR. **10**.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Erster Titel. Richteramt.

§ 1. Literatur: Arndt, Was bedeutet oder wollte § 1 GVG. bedeuten? R. **13** 77—82. — Dreyer, Inwieweit gilt die richterliche Unabhängigkeit auch für das gerichtliche Nebenpersonal, besonders für den Gerichtsschreiber? R. **13** 743—745. — Kade, Über richterliche Unabhängigkeit, DJZ. **13** 1193—1194. — Derselbe, Zur Gleichstellung der Richter mit den Regierungsbeamten, DJZ. **13** 1310—1311. — Derselbe, Geheime Personalakten für Richter. DJZ. **13** 347—349. — Kraft, Gefahren der richterlichen Unabhängigkeit, DJZ. **13** 1039—1044. — Kübel, Gefahren der richterlichen Unabhängigkeit? DRZ. **13** 817—825. — von Neumann-Ettenreich, Zur Frage der richterlichen Unabhängigkeit, DJZ. **13** 1429—1430. — de Niem, Die Offenlegung der Personalakten. DJZ. **13** 259—262. — Perl, Zur Frage der richterlichen Unabhängigkeit, DJZ. **13** 1319—1320. — Rosbund, Zur praktischen Anwendung des § 1 GVG., DRZ. **13** 385—386. — Sommer, Englische und deutsche Richter, DRZ. **13** 495—497. — Tophoff, Einiges über die Rechtsstellung der Justizaufsichtsbehörde zum Richter in Preußen, DRZ. **13** 30—32.

1. Was bedeutet: „nur dem Gesetz unterworfen"? Arndt, R. **13** 17 ff. Mit den Worten, daß die Gerichte „nur dem Gesetz unterworfen" seien, die sich an Art. 107 der Belgischen und Art. 86 PrVerfU. anlehnen, hat man beabsichtigt auszusprechen, daß von den ordentlichen Gerichten nur solche Vorschriften als für sie gültige Rechtsnormen anzuwenden sind, die entweder in einem (formellen) Gesetz oder unter der Autorität eines solchen (d. i. kraft ausdrücklicher Ermächtigung des Gesetzgebers) erlassen sind, nicht sog. selbständige, noch allgemeine Ausführungsverordnungen, welche letzteren die Verwaltungsbehörden und die Gerichte unter Umständen (**RG. 77** 287) nur inzidenter binden. Es handelt sich somit bei § 1 um ein liberal-konstitutionelles Prinzip, das aus der Gewaltenteilung, insbesondere dem Satze hergeleitet wird, daß die Gerichte nicht der Exekutive, sondern dem Gesetz und nur dem Gesetz unterworfen sein sollen. Aus § 1 wie aus der Lehre von der Gewaltenteilung folgt keineswegs, daß der Richter mechanischen Gehorsam dem Gesetze zu leisten habe, daß er „un être animé", ein bloßer „Subsumtionsapparat" sein soll. Das hat mit § 1 nicht gemeint sein sollen. Andrerseits muß sich das Gericht stets bewußt bleiben, daß das Gesetz die höchste Potenz im Staate ist, dem alle, die Gerichte voran, Gehorsam schulden, daß das Gericht das Gesetz also nicht, weil und wenn es es für töricht hält, außer Anwendung lassen darf. § 1 bezieht sich nur auf die richterliche Gewalt und erstreckt sich nicht, wie Wach bei Binding 1 313 meint, auf die „Gerichtsbarkeit"; denn Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher sind der Anweisung unterworfen.

2. Unzulässigkeit des Eingreifens der Dienstaufsichtsbehörde wegen unrichtiger Gesetzesanwendung (vgl. JDR. **10** Nr. 1). Tophoff, DRZ. **13** 30 ff. Die Justizaufsichtsbehörde ist, abgesehen von den in den Disziplinargesetzen vorgesehenen Fällen, nicht befugt, im Einzelfalle einem Richter gegenüber auszusprechen, daß seine Entscheidung wegen unrichtiger Gesetzesauslegung und Anwendung mißbilligt werde. Diese Befugnis kann auch nicht aus § 23 PrG. betr. die Abänderung von Bestimmungen der Disziplinargesetze vom 9. April 1879 hergeleitet werden, da die hier geregelten Aufsichtsrechte nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nur in bezug auf die Richterledigung oder ordnungswidrige Ausführung eines einzelnen Amtsgeschäfts gegeben sind und sich nicht auf die Ausübung des freien richterlichen Ermessens erstrecken.

3. Empfiehlt sich ein weiterer Ausbau des GVG. über die Unabhängigkeit der Richter? a) Kraft, DJZ. **13** 1049 ff. wendet sich gegen eine reichsgesetzliche Festlegung der Grenzen zwischen Disziplinargewalt und richterlicher Unabhängigkeit, die Gleichstellung aller Richter in Rang und Besoldungsverhältnissen und ihre völlige Heraushebung aus dem Beamten-

körper, hält im Gegenteil einen gewissen Abbau der Sonderstellung des Richters für im Interesse der Rechtspflege erwägenswert. Was insbesondere die Grenze zwischen Disziplinargewalt und richterlicher Unabhängigkeit anlangt, so wird sie nach ihm am besten durch die Formel ausgedrückt: der Dienstaufsicht unterliegt das außerdienstliche Verhalten des Richters, seine justizverwaltende Tätigkeit und die Form der Rechtsprechung; unbedingte Unabhängigkeit dagegen gilt auf dem Gebiete des Inhalts der Rechtsprechung einschließlich der ihr vorausgehenden vorbereitenden Tätigkeit, namentlich der Prozeßleitung. Eine bestimmtere Bezeichnung würde auch einem Reichsrichtergesetz kaum möglich sein. Auf dieser Formel beruht aber tatsächlich durchweg im Deutschen Reiche die Handhabung der Disziplinargewalt gegen die Richter. Es erübrigt nur noch, daß im Wege einer Justizverwaltungsanordnung eine Anregung dahin erfolge, daß zweifelhafte Grenzfälle stets als der Dienstaufsicht nicht unterstehend angesehen werden sollen. Soweit in einzelnen kleineren oder mittleren Staaten noch abweichende Ansichten obwalten sollten, würde es keinen Eingriff in die Justizhoheit der einzelnen Bundesstaaten bedeuten, wenn das Reich gemäß Art. 4 Ziff. 13 RV. Anlaß nehmen würde, die im Deutschen Reiche herrschende Ansicht über die Bedeutung des § 1 auch als seine Ansicht zur Geltung zu bringen. — Hiergegen wenden sich unter Festhalten an ihrem früheren Standpunkte (vgl. JDR. **10** 11) **b)** Kübel, DRZ. **13** 817 ff. und **c)** Kade, DJZ. **13** 1193 f.

4. Erstreckt sich die richterliche Unabhängigkeit auch auf das gerichtliche Nebenpersonal? Dreyer, R. **13** 743 ff. Dem Gerichtsschreiber ist im Rahmen seiner Entscheidungsgewalt die Unabhängigkeit nicht nur der Justizverwaltung, sondern auch dem Richter gegenüber zuzuerkennen. Das gleiche gilt für die Stellung des Gerichtsvollziehers gegenüber dem Vollstreckungsgerichte gemäß § 766 ZPO., auch hier darf das Gericht nur im einzelnen Falle auf erhobene Erinnerung und mit nur für diesen Fall bindender Wirkung eingreifen. Zu weit geht es dagegen, auch dem Gerichtsdiener in seiner Eigenschaft als Zustellungsorgan richterliche Unabhängigkeit zuzuerkennen.

§ 2. Literatur: Behrend, Zur Reform des zivilistischen Rechtsunterrichts, RuW. **13** 48—51. — Bloch, Die wirtschaftliche Ausbildung der Juristen, JBl. **13** 49. — Hellwig, Eine Schicksalsstunde der juristischen Fakultäten, RuW. **13** 1—2. — Langer, Gegen den Vorschlag einer neuen juristischen Disziplin, DJZ. **13** 954—958. — Marck, Numerus clausus — der Referendare, JW. **13** 810—814. — Marcus, Richterliche Vorbildung und Selbsterziehung, DRZ. **13** 430—431. — v. Miltner, Neue Prüfungsvorschriften für die Juristen in Preußen, RuW. **13** 227—230. — Neubecker, Studenten und juristische Studienreform, RuW. **13** 137—138. — Oppler, Die neue juristische Prüfungsordnung in Elsaß-Lothringen, DJZ. **13** 1242—1245. — Pfahler, Wissenschaftliche Fortbildung, AGAw. **13** 49—50, 79—80. — Piloty, Gedanken über eine Reform des verwaltungsrechtlichen Studiums an den deutschen Universitäten, RuW. **13** 68—73. — Schellhas, Eine neue juristische Disziplin, DJZ. **13** 501—504. — Derselbe, Nochmals: Eine neue juristische Disziplin, JW. **13** 852. — Supper, Die staatsanwaltliche und richterliche Laufbahn in Preußen, DJZ. **13** 249—253. — Vierhaus, Eine neue juristische Disziplin, JW. **13** 666—667. — Waldschmidt, Die Zukunft des Juristenstandes, RuW. **13** 33—35. — Zacharias, Die Beschäftigung der Assessoren in Privatbetrieben, DJZ. **13** 309—314.

Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit.

§ 13. Literatur: Alsberg, Sicherung der Kosten des Strafverfahrens durch Arrest. DJZ. **13** 442—445. Fuchs, Der Kolonialgerichtshof nach dem neuen Gesetzentwurf, DJZ. **13** 1419—1422. — Hartmann, Die Unzulässigkeit des Rechtswegs in Verbrauchssteuersachen, DJZ. **13** 691—693. — Derselbe, Die Zulässigkeit des Rechtswegs in Steuersachen, DJZ. **13** 1195—1196. — Derselbe, Ist der Rechtsweg für Gehaltsansprüche der Beamten zulässig? R. **13** 736—739. — Derselbe, Zur Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs in Gemeindesteuersachen, HansGZ. **13** Beibl. 5—7. — Derselbe, Rechtsgültigkeit des Enteignungskommissars? DJZ. **13** 1433—1434.

I. Allgemeines und Grundsätzliches über die Zulässigkeit des Rechtswegs. Unterschied zwischen bürgerlichen und öffentlichen Rechtsstreitigkeiten. 1. Bürgerliche Rechtsstreitigkeit. a) **RG.** V. JW. **13** 930. Für die Grenzbestimmung zwischen der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte und der ordentlichen Gerichte ist nicht entscheidend, ob der geltend gemachte Anspruch seinem Inhalte nach dem Gebiete des öffentlichen oder des Privatrechts angehört, sondern ob die Begründung des Anspruchs aus öffentlich rechtlichen oder privatrechtlichen Verhältnissen hergeleitet wird (**RG. 22** 289, **74** 282, JW. **10** 300). Diese Grundsätze gelten insbesondere auch dann, wenn ein von einer Gemeindebehörde zur Leistung von Anliegerbeiträgen herangezogener Straßenanlieger seine Abgabepflicht bestreitet unter Berufung auf einen besonderen Vertrag mit der Gemeinde, durch den ihm die Nichterhebung der Abgabe mit Rücksicht auf die Abtretung von Land zu Straßenzwecken zugesichert worden sei; auch hierüber steht die Entscheidung ausschließlich den Verwaltungsgerichten zu (**RG.** JW. **10** 300, auch **RG. 46** 246). b) FrankfRundsch. **47** 163 (Frankfurt). Über Fragen des öffentlichen Rechtes darf der ordentliche Richter nur dann entscheiden, wenn sie Vorfragen (Inzidentpunkte) eines Privatrechtsanspruchs bilden. Es kommt hierbei keineswegs ausschließlich auf den Inhalt der Klage an. Maßgebend ist vielmehr das Gesamtrechtsverhältnis und die Natur des erhobenen Anspruchs. Oft ergibt erst die Verteidigung der beklagten Partei, ob es sich um einen Anspruch aus öffentlich-rechtlichem Gebiete handelt (**RG. 71** 423, **77** 412). So kann bei negatorischen Ansprüchen, wo die Störung zum Klagegrunde gehört, von dem Beklagten jederzeit eingewendet werden, daß die Berechtigung zur Störung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhe, und ihre Prüfung deshalb dem Richter entzogen sei (**RG. 75** 398). Der Streit betrifft dann im eigentlichen Sinne die Frage, ob ein solches Gegenrecht besteht. In derartigen Fällen kann die Frage der Ausübung öffentlicher Rechte nicht einfach dadurch dem Rechtswege zugänglich gemacht werden, daß man behauptet, durch die Ausübung widerrechtlich und schuldhaft in seinen Privatrechten verletzt zu sein, und Schadensersatz oder die Bereicherung begehrt (**RG. 62** 196, **70** 398, **79** 429, GruchotsBeitr. **53** 1082). Vielmehr bildet hier regelmäßig das Bestehen und die Ausübung des öffentlichen Rechtes den unmittelbaren Gegenstand der Klage und keineswegs eine bloße Vorfrage. c) Hartmann, DJZ. **13** 691 ff. Handelt es sich um ein reichsgesetzlich geregeltes Rechtsverhältnis, so ist der Landesgesetzgeber an den Charakter, den der Reichsgesetzgeber ihm hat beilegen wollen, unbedingt gebunden. Kein Bundesstaat kann bestimmen, daß Ansprüche, die aus einem solchen als öffentlich-rechtlich anerkannten Rechtsverhältnis abgeleitet werden, den Charakter von bürgerlichrechtlichen Ansprüchen haben sollen. Reichsrechtlich geregelte Rechtsverhältnisse können immer nur einheitlich beurteilt werden. Soweit das Reich für gewisse Zweige der staatlichen Tätigkeit durch seine Gesetze die Normen aufgestellt und die Grenzen bezeichnet hat, bis zu denen das öffentliche Recht sich erstreckt, ist der Begriff der bürgerlichen Rechtssache (vgl. Laband, Staatsrecht (4) III 358) nach der negativen Seite hin festgestellt worden. Die Überweisung solcher Ansprüche an die Zivilgerichte kann also nur auf Grund des § 4 EGGVG. erfolgen.

2. **RG.** V. WarnE. **13** 216. Für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs ist der Klagevortrag als richtig zu unterstellen (**RG. 69** 51, GruchotsBeitr. **54** 1086, JW. **08** 653).

3. Der Rechtsweg umfaßt auch das Arrestverfahren. a) HansGZ. **13** Beibl. 130 (LG. Hamburg). Das Arrestverfahren gehört zum Rechtsweg im Sinne der §§ 9, 13, 17 GVG., §§ 4, 5 EGZPO., §§ 274 Ziff. 2, 547 Ziff. 1 ZPO. Die Zulässigkeit des Rechtswegs für den Arrest ergibt sich mittelbar aus derjenigen für die Hauptsache. Kann die „Hauptsache" nicht durch Klage anhängig gemacht

werden, weil für sie der Rechtsweg des Zivilprozesses unzulässig ist, so darf auch der Arrest nicht erlassen werden. **b)** SchlHolstAnz. **13** 333 (Kiel). Der Arrestprozeß begründet keine Ausnahme; die Gewährung des Rechtsschutzes erfolgt hier auf andere Art und unter anderen Voraussetzungen als im ordentlichen Verfahren, aber es ist der Rechtsschutz für bürgerlich-rechtliche Ansprüche, der auch hier gewährt wird. Wo kein im ordentlichen Klagewege verfolgbarer Anspruch vorliegt, kann auch ein Arrestschutz im Wege der Zivilgerichtsbarkeit nicht gewährt werden.

4. Unwirksamer Ausschluß des Rechtswegs. **RG.** IV. **80** 189. Durch die Vorschrift einer Vereinssatzung, daß die von der Mitgliederversammlung beschlossene Ausschließung eines Mitglieds nicht anfechtbar sei, kann die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs nicht ausgeschlossen werden.

5. Begriff der Verwaltungsbehörde. (Enteignungskommissar in Reuß j. L.). a) **RG.** VII. R. **13** Nr. 2335 (unter Bestätigung von OLG. Jena, ThürBl. **60** 254). Unter einer Behörde ist jedes auf gesetzlicher Grundlage in dauerndem, bestimmt geregeltem Bestande geschaffene, in das Gefüge der äußeren Verfassung des Staates als Bestandteil eingegliederte Organ der Staatsgewalt zu verstehen, das dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität nach eigenem Ermessen zur Herbeiführung der Zwecke des Staates tätig zu sein (**RG. 40** 161 [Strafs.] **RG. 37** 429). Es kann daher nicht darauf ankommen, daß ständig eine physische Person oder eine Mehrheit von physischen Personen vorhanden ist, in der sich das „Behörde" genannte Organ der Staatsgewalt verkörpert. Es muß genügen, wenn diese Verkörperung kraft der durch das Gesetz geschaffenen Grundlage jederzeit im Falle des hiernach gegebenen Bedürfnisses möglich ist. Auch dann ist der Bestand der Behörde dauernd und in bestimmter Weise geregelt. Eine Verwaltungsbehörde ist daher auch der in Reuß j. L. von Fall zu Fall ernannte Kommissar zur Durchführung einer Enteignung. **b)** Hiergegen Hartmann, DJZ. **13** 1433. Der reußische Enteignungskommissar ist sowohl dann, wenn er über die Abtretungspflicht, als auch dann, wenn er über die Entschädigungspflicht entscheidet, ein Sonderrichter, der aber anders wie die preußischen Agrargerichte durch den § 14 GVG. nicht gedeckt wird. Daß nach der neueren Theorie die Enteignung ein Verwaltungsakt ist, ändert hieran nichts, da der reußische Gesetzgeber, der gemäß § 109 EGBGB. auf dem Gebiete des Enteignungsrechts völlig freie Hand hat, diese neuere Theorie mit ihren Konsequenzen sich bislang nicht zu eigen gemacht hat.

6. **RG.** VII. **82** 126, JW. **13** 695. Die Zulässigkeit des Rechtswegs ist in jeder Lage des Rechtsstreits und namentlich auch noch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen.

7. Umfang des Rechtswegs bei Gehaltsansprüchen der Reichsbeamten. **RG.** III. **82** 259. Der etatmäßig, aber unter dem Vorbehalte der Kündigung angestellte Reichsbeamte, dem aus anderen Gründen als wegen dauernder Dienstunfähigkeit gekündigt worden ist, kann nicht im Rechtswege den Nachweis führen, daß er zur Zeit der Kündigung bereits dauernd dienstunfähig gewesen sei und daß ihm deshalb ein Anspruch auf Pension zustehe. Die Klage auf Gewährung der Pension ist aber nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, sondern sachlich abzuweisen. Der Rechtsweg ist gemäß der §§ 149, 150 ReichsBeamtenG. gegeben; dagegen ist das Vorhandensein der dauernden Dienstunfähigkeit von den Verwaltungsbehörden nicht anerkannt und diese sachliche Voraussetzung des Anspruchs kann im Rechtswege nicht festgestellt werden.

8. **RG.** EisenbE. **29** 464. Bei einem Prozeß über die Höhe der Enteignungsentschädigung ist die Erweiterung des Klagantrags, insbesondere auch die Forderung von Zinsen, auch nach Ablauf der sechsmonatigen Frist des § 30 PrEnteignG. zulässig. Mit der Beschreitung des Rechtswegs innerhalb der Frist des § 30 hat die den Beschluß des Bezirksausschusses anfechtende Partei dem Gebote dieses Gesetzes genügt.

II. Zulässigkeit des Rechtswegs im einzelnen. 1. Aus prinzipiellen Gründen, weil eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorliegt. a) Ansprüche auf Grund privatrechtlicher Verträge. α. Ansprüche wegen Erstattung geleisteter Kommunalabgaben in Preußen. αα. **RG.** VII 82 326. Nach den Grundsätzen des preußischen Rechtes ist zwar in Ansehung der Verbindlichkeit zur Entrichtung von Gemeindeabgaben der Rechtsweg selbst dann verschlossen, wenn sich der Herangezogene auf einen privatrechtlichen Vertrag als Befreiungsgrund beruft (vgl. § 160 ZuständigkeitsG. vom 1. August 1883, §§ 69, 70 KommunalabgabenG. vom 14. Juli 1893). Die Klägerin hat indes ihre Verpflichtung zur Entrichtung von Gemeindesteuern nicht in Zweifel gezogen, aber aus dem Inhalte des im Herbste 1895 mit der Rechtsvorgängerin der jetzigen Beklagten abgeschlossenen privatrechtlichen Gaslieferungsvertrags ein Garantieversprechen ihrer Vertragsgegnerin entnommen, wonach ihr diese den vertragsmäßigen Verdienst unverkürzt durch Gemeindeabgaben zu gewähren und demzufolge für den Aufwand an solchen Abgaben aufzukommen habe. Der Klaganspruch ist somit unmittelbar weder auf Befreiung von der Steuerpflicht, noch auf Rückzahlung entrichteter Steuern, sondern auf Erfüllung eines Privatabkommens durch Leistung der dem Steueraufwand entsprechenden Geldbeträge gerichtet. Wenn auch der Anspruch wirtschaftlich auf den gleichen Erfolg wie eine Rückforderung der geleisteten Gemeindesteuern abzielt, so ist darum noch nicht die Annahme berechtigt, daß er mit einer solchen Rückforderung zusammenfalle. Der Anspruch gehört nicht bloß nach der Form der Klage, sondern auch nach seiner Natur, die entscheidend durch seine Grundlage und seinen Inhalt bestimmt wird, dem Gebiete des Privatrechts an und fällt auch nicht in den Teil dieses Gebiets, für den nach den obigen Bemerkungen Verwaltungsgerichte über Streitfragen zu entscheiden haben würden. Darum handelt es sich um einen bürgerlichen, der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte unterliegenden Rechtsstreit, und daran könnte der Umstand nichts ändern, daß hier Bedenken nach der Richtung bestehen, ob nicht das Abkommen, auf das sich die Klägerin stützt, mit unabänderlichen Grundsätzen des öffentlichen Rechtes unvereinbar und daher nichtig ist. Greifen die Bedenken durch, so ist der Klaganspruch für unbegründet zu erklären. Dagegen können sie nicht dahin führen, den Rechtsweg zu verschließen. ββ. **RG.** V. JW. **13** 930. Wird ein Anspruch auf Rückzahlung von Straßenanliegerbeiträgen gegen eine Gemeinde damit begründet, daß die Gemeinde durch einen Vertrag mit dem Rechtsvorgänger des Klägers als Gegenleistung für den Verkauf von Grundstücken die Verpflichtung übernommen habe, auf ihre Kosten die Straße zu eröffnen und ordnungsmäßig auszubauen und daß sie daher durch den ihr zugeflossenen Anliegerbeitrag in dessen Höhe auf Kosten des Klägers zu Unrecht Deckung wegen der Straßenbaukosten erhalten habe, so ist eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit gegeben, die gemäß § 13 vor die ordentlichen Gerichte gehört. Der Klaganspruch gründet sich im wesentlichen auf die angeblich durch den Kaufvertrag übernommene, auch dem Kläger gegenüber bestehende Verpflichtung der Gemeinde, die für sich selbst besteht und an sich keine Beziehung hat zu der Ausübung des Besteuerungsrechts durch den Gemeindevorstand. b) **RG.** JW. **13** 388, R. **13** 142. Ist eine Bauerlaubnis unter der Bedingung erteilt, daß vor Beginn der Bauarbeiten die Einzahlung eines Betrags von 1250 M. erfolge, den der Gemeindevorstand demnächst, d. h. nach Fertigstellung der Straße, auf die zu entrichtenden ortsstatutarischen Straßenbau- und auf die Kanalbaubeiträge in Anrechnung bringen werde, so ist für den Anspruch auf Rückzahlung dieser Baukaution, durch welche der Eingang der erst später zu berechnenden Anliegerbeiträge gesichert werden sollte, der Rechtsweg nicht ausgeschlossen. Nach § 12 Abs. 2 FluchtlG. ist die Gemeinde befugt, sich nach ihrem Ermessen Befreiungen

von dem Bauverbot in Einzelfällen vorzubehalten und im Falle eines solchen Vorbehalts kann sie mit den Anliegern Verträge abschließen, in denen die Voraussetzungen der Zulässigkeit des Anbaues geregelt werden (**RG. 56** 4). Derartige Vereinbarungen haben einen rein privatrechtlichen Charakter (vgl. **RG.** JW. **10** 766 und **12** 531). Der Rechtsweg ist auch nicht zufolge der §§ 127 ff. LVG. vom 30. Juli 1883 verschlossen. Die Aufnahme der von der Gemeinde gestellten Baubedingungen in den Baukonsens liegt außerhalb des Bereichs der Polizeigewalt und damit auch der polizeilichen Anordnung. Ein Rechtsmittel gegen letztere kann also den Erfolg der Beseitigung einer derartigen Bedingung niemals haben. γ. **RG.** V **80** 371. Ein Anspruch auf Verzinsung eines zu Unrecht eingezogenen Steuerbetrags steht nicht in Frage, der Rechtsweg ist also zulässig, wenn der Kläger, der ein Grundstück an eine preußische Stadtgemeinde verkauft und dem diese einen Teil des geschuldeten Kaufpreises unter Verrechnung auf eine Wertzuwachssteuer einbehalten hat, von dem einbehaltenen Betrage Zinsen fordert, nachdem er im Verwaltungsstreitverfahren die Freistellung von dieser Steuer wegen Ungültigkeit der Steuerordnung durchgesetzt hat. Es werden in Wirklichkeit Zinsen von dem einbehaltenen Kaufgeldbetrage verlangt. δ. DJZ. **13** 106 (PrKompGH.). Die Herstellung eines Anschlußkanals von der städtischen Kanalisationsanlage nach einem Hause ist privatrechtlicher Natur und zwar auch dann, wenn die Anlage in einem von der Aufsichtsbehörde genehmigten Ortsstatut vorgesehen und die Einziehung der Kosten im Verwaltungszwangsverfahren für zulässig erklärt ist. Für den Anspruch des Hauseigentümers auf Erstattung der von der Stadt eingezogenen Beträge ist daher der Rechtsweg zulässig. ε. OVG. **62** 241 (PrOVG.). Wenn die Gemeinde ein städtisches Wasserwerk als privatwirtschaftliches Unternehmen betreibt, so erlangen die für die Entnahme von Wasser aus diesem Werke erhobenen privatrechtlichen Vergütungen die rechtliche Eigenschaft einer öffentlich-rechtlichen Gebühr auch nicht dadurch, daß durch die Polizeibehörde Anschlußzwang an das Wasserwerk verordnet ist. Über die Verpflichtung zu ihrer Entrichtung ist daher im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden. ζ. Privatrechtliche Verträge auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes. αα. **RG.** R. **13** 245. Über die Anlegung und Bebauung öffentlicher Straßen, insbesondere Herbeiführung der Fluchtlinienänderung, können privatrechtliche Verträge von den Stadtgemeinden geschlossen werden, weil die Wahrnehmung der dabei in Frage kommenden öffentlichen Interessen nicht ihnen, sondern den Ortspolizeibehörden obliegt. ββ. **RG.** R. **13** 174. Die nach § 6 KleinbahnG. vom 28. Juli 1892 erforderliche Zustimmung des zur Unterhaltung des Weges Verpflichteten hat zweifellos öffentlich-rechtlichen Charakter. Dies schließt aber nicht aus, daß über die Zustimmung zwischen dem Betriebsunternehmer und dem Straßeneigentümer Abmachungen privatrechtlicher Natur getroffen werden. **b)** Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. PrOVG. **62** 232 (PrOVG.). Für die Geltendmachung von Ansprüchen desjenigen, der eine Unternehmerstraße im Sinne des § 15 FluchtlG. vom 2. Juli 1875 angelegt hat, wegen ungerechtfertigter Bereicherung der Gemeinde aus dem Unternehmerverhältnis ist das Verwaltungsstreitverfahren nicht zugelassen. **c)** Ansprüche aus Eigentum und sonstigen dinglichen Rechten. α. Überweg über einen Eisenbahndamm. DJZ. **13** 1143 (PrKompGH.). Für den auf einen besonderen privatrechtlichen Titel gestützten Anspruch auf Benutzung eines Überwegs über einen Eisenbahndamm ist der Rechtsweg zulässig, soweit nicht durch seine erfolgreiche Durchführung die Innehaltung des staatlich genehmigten Fahrplans verhindert oder polizeiliche Anordnungen der zuständigen Behörde durchkreuzt oder Neuanlagen bestimmter Art erforderlich werden. Unzulässig ist der Rechtsweg insoweit, als die öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden

oder beeinträchtigt werden können, die bei der Genehmigung der Gesamtanlage und ihrer Veränderung maßgebend waren. Dasselbe gilt hinsichtlich der Nebenanlagen im Sinne des § 14 EisenbahnG. vom 3. November 1838 oder des § 14 EnteignungsG. vom 11. Juni 1874, der Fahrplanfestsetzung oder der polizeilichen Maßnahmen. β. **RG.** R. **13** 139. Die im öffentlichen Interesse erfolgte landespolizeiliche Genehmigung der von einer Gemeinde betriebenen Kanalisations- und Kläranlage ist eine polizeiliche Verfügung im Sinne des Gesetzes vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen. Der Rechtsweg ist aber nicht ausgeschlossen für eine Klage, mit der ein Dritter nicht die Beseitigung oder Änderung der genehmigten Anlage verlangt, sondern nur die Verhinderung der angeblich durch einen genehmigungswidrigen Betrieb verursachten Zuführungen mit der Behauptung begehrt, daß dies geschehen könne, ohne daß die genehmigte Anlage geändert werde. γ. R. **13** 245 (KG.). Eine Gemeinde nahm für ihre Einwohner das Recht in Anspruch, in einem dem Kläger gehörigen See baden zu dürfen und der Gemeindevorsteher hatte im Auftrage des Amtsvorstehers am See, aber an einer nicht mehr dem Kläger gehörigen Stelle, eine Tafel errichten lassen mit der Aufschrift: „Öffentliche Badestelle". Für den Antrag auf Wegschaffung der Tafel ist der Rechtsweg für unzulässig erklärt, dagegen der Feststellungsklage gegen die Gemeinde, anzuerkennen, daß die Einwohner zum Baden nicht berechtigt seien, stattgegeben worden. Die Tafel hat der Gemeindevorsteher als Hilfsorgan des Amtsvorstehers errichten lassen, es handelte sich also um eine polizeiliche Verfügung, bei welcher der Rechtsweg nach dem Gesetze vom 11. Mai 1842 ausgeschlossen ist. Bei dem zweiten Anspruche handelt es sich dagegen um eine im privatrechtlichen Eigentume des Klägers wurzelnde Streitigkeit. δ. SchlHolstAnz. **13** 156 (Kiel). Die Wasserlösungsordnung für die holsteinischen Geestdistrikte vom 16. Juli 1857 findet keine Anwendung auf die Zuleitung von Kanalisationsabwässern u. dergl. Gegen die durch solche Zuleitungen herbeigeführten Eigentumsbeeinträchtigungen ist daher der Rechtsweg zulässig. ε. **RG.** WarnE. **13** 181. Der Rechtsweg ist zulässig für Ansprüche einer Gemeinde der Provinz Hessen-Nassau, auf Bezug von Holz aus Staatswaldungen auf Grund des PrG. vom 6. Juni 1873 betr. die Verwertung der Forstnutzungen aus den Staatswaldungen in den vormals kurhessischen Landesteilen. Das Holzbezugsrecht ist eine deutschrechtliche Reallast, der Anspruch daher privatrechtlicher Natur. **d)** **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1045, JW. **13** 652. Für den Anspruch der Hinterbliebenen gegen eine jüdische Gemeinde auf Duldung der Ausgrabung und Überführung einer Leiche aus einem Erbbegräbnis ist in Preußen der Rechtsweg zulässig. Abgesehen davon, daß sich aus dem Rechte zur Benutzung des Erbbegräbnisses (vgl. **RG. 71** 22) vielleicht auch das Recht herleiten läßt, die in dem Erbbegräbnisse beigesetzte Leiche wieder herauszunehmen, handelt es sich um das Recht der Hinterbliebenen, über den Leichnam, was namentlich den Ort und die Art und Weise der Bestattung betrifft, zu verfügen. Dieses Verfügungsrecht hat sich von privatrechtlicher Grundlage aus in der Rechtslehre entwickelt (vgl. Gareis, Das Recht am menschlichen Körper, in der Festgabe der juristischen Fakultät Königsberg für Schirmer 59 ff.). Die Rechtssätze, die es regeln, finden nicht in den Bedürfnissen des Gemeinwesens, sondern in erster Reihe in dem individuellen Bedürfnisse des einzelnen ihre Rechtfertigung, und es ist deshalb ihr privatrechtlicher Charakter nicht zu leugnen. § 49 PrG. vom 23. Juli 1847 über die Verhältnisse der Juden, der für Beschwerden der einzelnen über die Verletzung der ihnen als Mitglieder der Synagogengemeinde zustehenden Rechte nur den Rekurs an die Regierung zuläßt, steht der Zulässigkeit des Rechtswegs nicht entgegen, da ein solches aus der Gemeindemitgliedschaft folgendes Recht hier nicht in Frage kommt. **e)** Ansprüche aus unerlaubter Handlung.

α. RG. GruchotsBeitr. 57 1042, MschutzuWettbew. 12 646. Zulässig ist der Rechtsweg für eine Klage gegen den Reichspostfiskus auf Unterlassung der Verbreitung der unwahren Behauptung, die Reichstelegraphenverwaltung liefere die Fernsprechnebenanschlüsse besser als die Privatindustrie. Hier stehen Handlungen in Frage, die überhaupt nicht zum ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebe des Postfiskus gehören können. Auch ist insoweit ein privatrechtlich unerlaubter Eingriff in die Rechtsstellung der Klägerin denkbar, weil die staatliche Postverwaltung jedenfalls in dem Sinne an dem allgemeinen Erwerbsleben sich beteiligt, daß ihre Organe Handlungen vornehmen können, die nach privatrechtlichen Grundsätzen, insbesondere nach den Vorschriften des UnlWG. einen Schutzanspruch privater Gewerbetreibender begründen. β. ElsLothJZ. 13 206 (Colmar). Der Rechtsweg ist zulässig für den Schadensersatzanspruch gegen eine Gemeinde, der damit begründet wird, der Kläger sei infolge mangelhafter Straßenbeleuchtung an einer auf dem Bürgersteige der öffentlichen Ortsstraße errichteten Bretterbude eines Konditors zu Fall gekommen. Er wäre nur dann ausgeschlossen, wenn sich die Klage darauf stützte, daß die Gemeinde dem Konditor die Aufstellung der Bude erlaubt habe, ohne ihm zugleich die Pflicht zur Beleuchtung der Stelle aufzuerlegen, weil die Prüfung dieser, einen Verwaltungsakt darstellenden Erlaubnis der gerichtlichen Zuständigkeit entzogen ist. f) Sonstige Schadensersatzansprüche. RG. R. 13 309. Nur für Klagen auf Unterlassung einer in Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechts erfolgenden Maßnahme ist der Rechtsweg ausgeschlossen, nicht für die auf solche Maßnahmen gestützten Entschädigungsklagen, die auf Grund des § 75 Einl. zum PrALR. oder der entsprechenden Vorschrift des gemeinen Rechtes erhoben werden (RG. 71 44, 73 270, 79 427). g) Landkonzessionen in den deutschen Schutzgebieten. RG. JDR. 11 Nr. II 2 f α jetzt auch RG. 80 19. h) Streitigkeiten zwischen einer Minengesellschaft und der Diamantenregie des südwestafrikanischen Schutzgebiets. RG. JDR. 11 Nr. II. 2 i jetzt auch LeipzZ. 13 155. i) Rechtsweg bei Streitigkeiten über die Unterhaltung öffentlicher Volksschulen, wenn die Unterhaltspflicht auf unvordenkliche Verjährung gestützt wird. RG. GruchotsBeitr. 57 1049, PrVolksschulA. 12 177. Nach § 54 des Gesetzes betr. die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen in Preußen vom 28. Juli 1906 kann der Gesamtschulverband Ansprüche auf Schulleistungen gegen Dritte auf Grund öffentlich-rechtlichen Titels nicht im ordentlichen Rechtswege geltend machen. Zu den dritten Verpflichteten kann auch der Fiskus gehören. Der Rechtsweg für einen Anspruch gegen den Fiskus auf Erstattung von sogenanntem Gastschulgeld ist also nur zulässig, wenn der Anspruch auf einen privatrechtlichen Titel gestützt wird. Einen solchen Titel bilden rechtskräftige Urteile in Vorprozessen, durch die die Verpflichtung des Fiskus zur Tragung derartiger Kosten festgestellt ist. Die unvordenkliche Verjährung selbst ist kein Titel zum Rechtserwerbe, sondern begründet nur die Vermutung, daß der Rechtsausübung ein Erwerbstitel zugrunde liegt. Sie macht den Nachweis eines besonderen Titels überflüssig und kann daher selbst dann zum Siege führen, wenn gar kein Titel vorliegt. Der Rechtsweg wird durch sie weder begründet noch ausgeschlossen. Ergibt sich im Laufe des Rechtsstreits, daß nur ein öffentlich rechtlicher Titel in Frage kommen kann, so ist die Klage nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abzuweisen, sondern weil dem Kläger der von ihm behauptete Privatrechtstitel nicht zur Seite steht und deshalb der erhobene Anspruch sachlich unbegründet ist (RG. 51 317, GruchotsBeitr. 51 317).

2. Einzelfälle der Zulässigkeit nach Landesrecht. A. Preußen. a) RG. JDR. 11 Nr. II 3 A a jetzt auch PrVolksschulA. 12 348.

b) Enteignungssachen. α. Entschädigung bei Einverleibung von Parzellen in Straßenland. RG. R. 13 437. Die Entschädigungsvorschriften des EnteignungsG. beruhen auf dem Grundsatze des § 75 Einl. Pr. ALR., und bilden in ihrem Anwendungsbereiche die Ausführung jenes Grundsatzes. Auf Ansprüche aber, die außerhalb dieses Anwendungsbereichs liegen und ihre Grundlage unmittelbar im § 75 haben, sind die in jenem Sondergesetz enthaltenen, den Rechtsweg erst nach vorausgegangener Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde öffnenden Bestimmungen nicht zu übertragen. Für derlei Ansprüche ist denn auch stets die sofortige Klage vor den ordentlichen Gerichten unbedenklich zugelassen worden. β. RG. EisenbE. 29 351. Die Geltendmachung eines erweiterten Entschädigungsanspruchs auf Grund des PrEnteignungsG. im Rechtswege wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß dieser erweiterte Anspruch im Planfestsetzungsverfahren nicht erhoben ist. c) Ablösung einer Fischereiberechtigung. RG. R. 13 172. Die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts für die Frage der Ablösung einer Fischereiberechtigung ist nicht nur nach Bestätigung des Rezesses (§ 20 V. wegen Organisation der Generalkommissionen usw. vom 20. Juni 1817), sondern auch nach Zurücknahme der Provokation des Fiskus und Einstellung des Verfahrens vor der Generalkommission gegeben. d) Gehaltsansprüche der Beamten. α. RG. 82 39. Durch Nr. 5 AVf. vom 16. September 1895 (JMBl. 273) haben die Rechnungsbeamten bei den preußischen Justizbehörden ein im Rechtsweg als Gehaltsanspruch verfolgbares Recht auf die ihnen festgesetzten und bei der Gerichtskasse zur Einziehung gelangten Gebühren erhalten. Als festgesetzte Gebühren kommen jedoch nur die endgültig festgesetzten Gebühren in Betracht. Der OLG.-Präsident ist befugt, die gerichtlich festgesetzten Gebühren von Amts wegen herabzusetzen. β. R. 13 310. Die Beamten der Landwirtschaftskammern sind mittelbare Staatsbeamte. Der Rechtsweg für ihre vermögensrechtlichen Ansprüche aus ihrem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis ist nicht beschränkt, das Gesetz vom 24. Mai 1861 betr. Erweiterung des Rechtswegs findet auf sie insoweit keine Anwendung. γ. RG. JW. 13 106. Für die Gehaltsansprüche der von einer Stadtgemeinde angestellten Lehrer ist der Rechtsweg zulässig. Vgl. JDR. 11 Nr. II 3 A g. δ. Ebenso RheinA. 110 238 (Köln). Der Rechtsweg ist für die Gehaltsansprüche der Lehrer an mittleren Gemeindeschulen zulässig.

B. Braunschweig. a) BraunschwZ. 15 21 (Braunschweig). Für die Feststellung der Entschädigung bei Enteignungen zu Bergbauzwecken ist der ordentliche Rechtsweg zulässig. b) BraunschwZ. 13 55 (Braunschweig). Die vom Notar auf Anordnung des Kontrollbeamten grundlos nachverwandten Stempel können im ordentlichen Rechtswege nicht durch den Notar, sondern nur durch den zur Zahlung des Stempelbetrags Verpflichteten zurückgefordert werden.

C. Hamburg. a) HansGZ. 13 Beibl. 55 (Hamburg). Es ist bei Erlaß des § 13 nicht die Absicht gewesen, in die landesrechtlichen Vorschriften, welche die Zuständigkeit von Justiz und Verwaltung regeln, einzugreifen. Die Bestimmung des Begriffs der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit ist vielmehr dem Landesrecht überlassen worden. Das Hamburgische Staatsrecht enthält die der Bestimmung dieses Begriffs dienenden Vorschriften in Art. 89 der Hamburgischen Verfassung, der jedem, der sich durch amtliche Handlungen der Verwaltungsbehörden in seinem Privatrechte verletzt glaubt, gestattet, die Behörden gerichtlich auf Entschädigung oder Genugtuung zu belangen, und in dem in Ausführung dieser Verfassungsbestimmung erlassenen vierten Abschnitt des sog. Verhältnisgesetzes vom 23. April 1879. In § 24 Abs. 2 dieses Gesetzes heißt es, daß, abgesehen von den Fällen, in denen es sich um kontraktliche oder andere privatrechtliche Verhältnisse handelt, wegen Verletzung von Privatrechten durch Verfügungen oder Maßregeln

von Verwaltungsbehörden, welche nicht unter die Bestimmungen des ersten und zweiten Abschnittes des Gesetzes fallen, gegen die betreffende Verwaltungsbehörde Klage vor den Gerichten erhoben werden kann. Damit präzisierte der hamburgische Gesetzgeber seinen Standpunkt mit aller Deutlichkeit: bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind selbstverständlich Streitigkeiten mit dem Staate aus Kontrakten oder anderen dem bürgerlichen Rechte angehörenden Titeln, wie Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung, unerlaubte Handlung, Eigentum, Dienstbarkeit usw. Als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sollen aber auch solche Ansprüche gegen den Staat angesehen werden, welche auf einem öffentlich-rechtlichen Verhältnisse, z. B. auf der Steuerhoheit des Staates gegenüber seinen Angehörigen beruhen. Denn auch für sie ist die Zivilklage zulässig und sie ist zulässig, weil der Gesetzgeber durch den rechtswidrigen Staatshoheitsakt gerade ein Privatrecht, also die nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes zu beurteilende Rechtssphäre seines einzelnen Angehörigen als verletzt ansieht. Nur hinsichtlich der in Abschnitt 1 und 2 des Verhältnisgesetzes behandelten Akte der Staatsgewalt wird eine Ausnahme gemacht: sofern durch sie der einzelne verletzt wird, wird er es nicht mehr in seiner Privatrechtssphäre, sondern in seinen staatsbürgerlichen Rechten. Es mag sein, daß der hamburgische Gesetzgeber zu dieser Regelung durch die damals in der Wissenschaft des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts herrschende Anschauung, daß Ansprüche gegen den Staat wegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden den Gegenstand einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit bilden, bestimmt oder doch mitbestimmt ist und es mag ferner richtig sein, daß in der Doktrin eine Wandlung dieser Anschauung sich vorzubereiten beginnt. Das einmal bestehende Recht vermöchte solche Wandlung aber niemals zu berühren. **b)** Hartmann, R. **13** 736 ff. wendet sich gegen ein Urteil des OLG. Hamburg vom 11. Juli 1913, das die Zulässigkeit des Rechtswegs für die Gehaltsansprüche der Beamten in Hamburg bejaht, weil für die Frage der Zulässigkeit allein die Auffassung maßgebend sei, die zur Zeit des Inkrafttretens des GVG. gegolten habe und damals die Zulässigkeit des Rechtswegs für derartige Ansprüche nicht zweifelhaft gewesen sei, da sie im Gebiete des gemeinen Rechtes und insbesondere auch in Hamburg als privatrechtliche angesehen worden seien. Wenn der § 13 bestimmt, daß alle Streitigkeiten aus zivilrechtlichen Verhältnissen vor die ordentlichen Gerichte gehören, so verweist er allerdings auf die Theorie über die Abgrenzung zwischen privatem und öffentlichem Rechte, erklärt aber keineswegs, daß diese zur Zeit bestehende Theorie nun für alle Zeiten maßgebend sein solle. Das kann namentlich dann nicht gewollt sein, wenn die Anschauung über die Natur eines Rechtsverhältnisses sich gewandelt hat, wenn insbesondere ein Umbildungsprozeß vor sich gegangen ist, in welchem die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften durch öffentlich-rechtliche ersetzt worden sind. Solange das Beamtenverhältnis unter den Normen des Dienstvertrags stand, galt der Gehaltsanspruch natürlich nur als ein privatrechtlicher. Nachdem sich aber jetzt der Umbildungsprozeß vollendet und die Auffassung sich durchgesetzt hat, daß der Gehaltsanspruch nicht nach den Regeln irgendeines im Privatrechte normierten kontraktlichen oder quasikontraktlichen Rechtsverhältnisses zu beurteilen ist, sondern seinen Rechtsgrund in dem öffentlichen durch die Anstellung begründeten Rechtsverhältnisse hat, kann die Zulässigkeit des Rechtswegs auf die allgemeine Vorschrift des § 13 nicht mehr gestützt werden. Das Urteil des OLG. Hamburg ist um so weniger verständlich, weil der Umbildungsprozeß erade in Hamburg ein besonders einschneidender gewesen ist, da das Disziplinar- und Pensionsgesetz vom 7. Januar 1884 die Rechtsstellung der Beamten von Grund aus verändert und auf eine rein öffentlich-rechtliche Grundlage gestellt hat. **c)** HansGZ. **13** Beibl. 44 (Hamburg). Der Rechtsweg ist nach hamburgischem Rechte auch für Gemeindesteuersachen zulässig. § 24 des Hamburgischen sog. Verhältnisgesetzes muß, obwohl in ihm nur die Staatsbehörden genannt sind, auch auf die Gemeinde-

behörden bezogen werden. d) Hiergegen wendet sich Hartmann, HansGZ. **13** Beibl. 5 ff.

D. Lübeck. a) HansGZ. **13** Beibl. 185 (Hamburg). § 10 des Lübecker AGGVG. vom 3. Februar 1879 gibt demjenigen, der sich durch eine Verwaltungsbehörde in seinem Rechte verletzt glaubt, sofern die Zuständigkeit der Gerichte begründet ist, das Recht, nach freier Wahl die Gerichte anzurufen oder den Beschwerdeweg beim Senat einzuschlagen. Im Gegensatze zu dem die Rechtsverletzungen durch behördliche, auf Amtspflichtverletzungen beruhende Maßnahmen behandelnden § 12 ist der Fall des § 10 dann gegeben, wenn jemand in einer behördlichen Verfügung oder Maßnahme als solcher einen Eingriff in seine Privatrechtssphäre erblickt. b) Rechtsweg in Steuersachen. HansGZ. **13** Beibl. 93 (Hamburg). § 28 Abs. 2 lübeckischen Gewerbesteuergesetzes vom 19. Januar 1911 schließt den Rechtsweg nur gegen solche Bescheide der Steuerbehörde aus, welche die Feststellung des Ertrags oder Umsatzes und die Feststellung des Steuersatzes, die Androhung und Festsetzung von Zuschlägen oder Ordnungsstrafen oder die Feststellung nachzuzahlender Beträge betreffen, nicht aber gegen einen die Feststellung des Umfanges der Steuerpflicht betreffenden Bescheid der Steuerbehörden.

E. Elsaß-Lothringen. 1. ElsLothJZ. **13** 304, RheinZ. **5** 402 (Colmar). Die ordentlichen Gerichte sind in Elsaß-Lothringen zuständig zur Entscheidung über das Vorhandensein der Voraussetzungen des Anspruchs des Grundeigentümers gegen die Stadtgemeinde auf Erwerb seines ganzen, nur zu einem Teile in eine projektierte städtische Straße gefallenen Grundstücks auf Grund des Dekrets vom 26. März 1852.

2. R. **13** Nr. 3289 (Colmar). Für Schadensersatzansprüche gegen den Staat, die darauf gegründet sind, daß Leute in einen öffentlichen Kanal gefallen und ertrunken sind, weil an der Unfallstelle nicht die erforderlichen Schutzmaßregeln angebracht waren, ist in Elsaß-Lothringen der ordentliche Rechtsweg zulässig.

3. Erst nach Anrufung anderer Behörden. a) EisenbE. **30** 93, SchlHolstAnz. **13** 142 (PrKompGH.). Für Ansprüche auf Entschädigung, die dem Enteigneten auf Grund der §§ 7 ff. EnteignungsG. vom 11. Juni 1874 zustehen, ist der Rechtsweg vor Abschluß des Entschädigungsfeststellungsverfahrens auch dann ausgeschlossen, wenn der Enteigner außer auf Grund der Vorschriften des Enteignungsgesetzes noch auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen haftet. b) Bay. RpflZ. **13** 233, SeuffBl. **13** 437 (München). Filmzensur ist Ausübung öffentlicher Gewalt. Für den Anspruch auf Ersatz eines dem Kinematographenunternehmer hierbei zugefügten Schadens (Verbrennen eines Films) gegen den Staat ist daher in Bayern der Rechtsweg erst zulässig, wenn der VGH. eine Vorentscheidung gegen einen bestimmten Beamten getroffen hat.

III. Unzulässigkeit des Rechtswegs. 1. Aus prinzipiellen Gründen. a) Fragen des staatlichen Hoheitsrechts. α. **RG. 82** 126, JW. **13** 695. Gegenüber der Beschlagnahme eines Kraftwagens auf Grund des § 64 Abs. 4 RStempG. besteht kein im Rechtswege verfolgbarer Anspruch wegen angeblicher Verletzung fremden Eigentums an dem Wagen. Die Beschlagnahme steht der Pfändung im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens (§§ 53, 19 V. betr. das Verwaltungszwangsverfahren vom 15. November 1899) nicht gleich, sondern entspricht der Beschlagnahme nach § 14 VereinsZollG. vom 1. Juli 1869. Das steuerpflichtige Fahrzeug wird hier also durch einen öffentlich-rechtlichen Willensakt der Steuerbehörde in Besitz genommen, damit die Feststellung der Steuerschuld und ihr Eingang tunlichst gesichert werde. In Ermangelung anderweiter Bestimmungen gilt daher für die Zulässigkeit des Rechtswegs der preußisch-rechtliche Grundsatz, daß Eingriffe in das Privateigentum kraft der Betätigung der öffentlichen Gewalt im Rechtswege nicht gerügt werden können. β. HansGZ. **13** Beibl. 70 (Hamburg). Für die Klage gegen den Reichspostfiskus wegen unlauteren Wettbewerbs auf dem

Gebiete der Installation und Erhaltung von Fernsprechnebenanschlüssen ist der Rechtsweg zulässig. Ein staatliches Hoheitsrecht steht schon deshalb nicht in Frage, weil der Privatindustrie die Anlage von Fernsprechnebenanschlüssen ausdrücklich freigegeben ist. γ. Hiergegen **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1042, MSchutzuWettbew. **12** 646 (unter Aufhebung des Urteils zu β). Der Rechtsweg ist unzulässig für eine Klage gegen den Reichspostfiskus, mit der von diesem die Beobachtung eines bestimmten Verhaltens bei der Herstellung von Fernsprechnebenanschlüssen verlangt wird (Unterlassung der Verbindung von mehr als 5 Nebenanschlüssen mit einem Hauptanschluß und der Vermietung der Nebenanschlußeinrichtungen unter bestimmten Mindestsätzen). Es kann dahingestellt bleiben, ob der staatliche Post- und Telegraphenbetrieb als Gewerbebetrieb oder als Ausübung eines Hoheitsrechts zu gelten hat. Jedenfalls unterscheidet er sich von gewöhnlichen gewerblichen Unternehmungen dadurch, daß er nicht nur dem Gelderwerbe dient, sondern wesentlich dazu bestimmt ist, in Erfüllung der staatlichen Aufgaben das Gemeinwohl zu fördern. Das zur Erreichung dieses Zweckes Erforderliche haben die berufenen Organe der Verwaltung innerhalb ihrer Zuständigkeit frei zu bestimmen. Das schließt aus, daß der Verwaltung über die Art, wie sie die Geschäfte zu führen hat, allgemeine Weisungen erteilt werden. Ein Urteil solchen Inhalts würde nicht mehr auf dem Gebiete der bürgerlichen Rechtspflege liegen, sondern einen unzulässigen Eingriff in ein nicht dem Privatrecht angehöriges Gebiet enthalten. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß die Klägerin in den §§ 226, 826 BGB. und den Vorschriften des UnlWG. eine privatrechtliche Stütze für ihre Anträge sucht. **b)** Gehaltsansprüche gegen den Fiskus. α. **RG.** R. **13** 526. Der Kläger (ein früher städtischer, jetzt in den Staatsdienst übernommener Eichmeister) hat beantragt, festzustellen, daß er städtischer Beamter gewesen sei und daher bei eintretender Dienstunfähigkeit einen Anspruch auf Ruhegehalt erworben hätte. Er behauptet, dieser Feststellung zu bedürfen, um als pensionsberechtigter Beamter vom Staate angestellt zu werden. Hierfür ist der Rechtsweg unzulässig, weil die erhobene Feststellungsklage ungeeignet ist, einem vermögensrechtlichen, insbesondere einem Ruhegehaltsanspruche des Klägers zur Unterlage zu dienen. Auch den mittelbaren Staatsbeamten ist in Preußen der Rechtsweg für Ansprüche, welche nicht einen vermögensrechtlichen Inhalt haben, verschlossen, es ist daher auch für die Feststellungsklage eine Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtswegs, daß das streitige Rechtsverhältnis zur Begründung eines vermögensrechtlichen Anspruchs, und zwar gegen denjenigen, gegen den die Feststellungsklage sich richtet, geeignet ist. β. **RG.** WarnE. **13** 456. Durch die Bestimmung des § 23 Abs. 1 BesoldG. vom 15. Juli 1909: „Auf die vorgeschriebene Gehaltsfestsetzung und die Gewährung von Dienstalterszulagen sowie das Aufrücken in höhere Gehaltsstufen haben die Offiziere keinen Rechtsanspruch" ist diesen ein Recht auf das Gehalt und die Dienstalterszulagen gegeben und nur der Rechtsweg für die Verfolgung ihres Rechtes versagt. **c)** Steuerstreitigkeiten. α. ElsLothJZ. **13** 582 (Colmar). Für die Entscheidung der Frage, ob eine gewisse Ware unter eine bestimmte Tarifposition des VZG. falle, und wie hoch sich der zu entrichtende Zollbetrag berechne, ist der Rechtsweg ausgeschlossen. β. SchlHolstAnz. **13** 72 (Kiel). Der Rechtsweg für die Klage auf Rückerstattung angeblich zu Unrecht erhobenen Zolls ist unzulässig, wenn die Sicherstellung des Zolles bei Einführung der Waren in das Zollinland durch Deponierung der Eingangsabgaben erfolgt und der Kläger nach Festsetzung des Zolles Rückgabe des hinterlegten Betrags mit der Behauptung fordert, es liege ein privatrechtlicher Hinterlegungsvertrag vor. γ. SächsRpflA. **13** 421 (Dresden). Für die Entscheidung über den Anspruch auf Zinsen von einem Steuerbetrage, der nach der Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde zu Unrecht erhoben worden ist, ist der Rechtsweg ausgeschlossen. δ. ElsLothJZ. **38** 366 (Colmar). Im Rechtsstreite des Steuerschuldners gegen die Verkehrssteuerverwaltung auf Aufhebung eines von ihr auf

Grund des § 103 RStempG. erlassenen Zahlbefehls ist der Rechtsweg für die gerichtliche Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Zahlbefehl ausgeschlossen. **d) RG.** GruchotsBeitr. **58** 205, BayRpflZ. **13** 423. Für die Regelung des Verkehrs zwischen geschiedenen Eltern und ihren minderjährigen Kindern ist, auch wenn es sich um Ausländer handelt, der Rechtsweg nicht zulässig, vielmehr ausschließlich das Vormundschaftsgericht zuständig. **e)** Kosten des Strafprozesses. α. HansGZ. **13** Beibl. 130 (LG. Hamburg) Wegen der künftigen Kosten eines Strafprozesses ist der Rechtsweg des Zivilprozesses, wenn auch nur in dem beschränkten Umfange des Arrestverfahrens, nicht gegeben. Darüber, ob der Angeklagte die Kosten des Verfahrens zu tragen hat und in welchem Umfange, kann und darf nur im Rahmen des Strafprozesses nach strafprozessualen und materiell strafrechtlichen Grundsätzen entschieden werden. β. SchlHolstAnz. **13** 333 (Kiel). Der Anspruch des Staates auf Ersatz der Kosten des Strafverfahrens und der Strafvollstreckung hat keine bürgerlich-rechtliche Grundlage, er beruht vielmehr auf der öffentlich-rechtlichen Norm des § 497 StPO. und ist lediglich ein Ausfluß des in der Strafgewalt liegenden staatlichen Hoheitsrechts. Der Klageweg ist für diese Ansprüche ausgeschlossen; gemäß §§ 16, 118 PrGKG. in der Fassung vom 25. Juli 1910) erfolgt die Beitreibung der Gerichtskosten im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens. Eines gerichtlichen Vollstreckungstitels (Urteil oder Arrestbefehl) bedarf es nicht nur nicht, sondern seine Erteilung ist unzulässig, da eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit überall nicht in Frage kommt. γ. Ebenso Alsberg, DJZ. **13** 442 ff. δ. Abweichend für Baden. BadRpr. **13** 225 (LG. Karlsruhe). ε. DJZ. **13** 1327 (SächsOLG.). Der Anspruch des Staates auf Ersatz der für den Unterhalt eines Strafgefangenen gemachten Aufwendungen ist, gleichviel, ob er gegen den Gefangenen selbst oder gegen den nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes unterhaltspflichtigen Dritten erhoben wird (§ 6 SächsAGBGB.), öffentlich-rechtlicher Natur und ist deshabe im Verwaltungswege zu verfolgen. **f)** Enteignungssachen. **RG.** EisenbE. **30** 111. Unzulässig ist der Rechtsweg über die Frage, ob einzelne nach der Auffassung der Enteignungsbehörde durch den Verleihungsbeschluß betroffenen Grundstücke in Wirklichkeit von dem Enteignungsrechte nicht betroffen sind. Daran kann auch die Berufung auf einen etwaigen Verstoß gegen die guten Sitten nichts ändern. Es muß nach der ständigen Rechtsprechung des RG. für unzulässig erachtet werden, Ansprüchen, die zufolge gesetzlicher Vorschriften dem Rechtsweg entzogen sind, diesen Rechtsweg dadurch zu erschließen, daß sie in das Gewand einer scheinbar privatrechtlichen Klage, so namentlich in das einer Schadensersatzklage nach § 826 BGB. oder in das einer Bereicherungsklage, eingekleidet werden. **g)** R. **13** 678 (KG.). Im Zweifel ist anzunehmen, daß ein Ortsstatut, das die Verhältnisse zwischen der Gemeinde und dem Unternehmer einer Straßenanlage regelt, dies Verhältnis als ein öffentliches Recht, die Verpflichtungen des Unternehmers gegen die Gemeinde als eine Gemeindelast ausgestaltet hat. Gehören diese Verpflichtungen zu den Gemeindelasten, so ist für Streitigkeiten über sie der Rechtsweg unzulässig und zwar auch dann, wenn noch keine Veranlagung oder Heranziehung des Unternehmers stattgefunden hat. **h)** HessRspr. **13** 358 (Darmstadt). Der Rechtsweg ist unzulässig für Ansprüche gegen eine Gemeinde aus einem Vertrag über die Tragung von Kosten der Zwangserziehung. Das Rechtsverhältnis, das zum Gegenstande des Vertrags gemacht ist, ist ein öffentlich-rechtliches. **i)** SchlHolstAnz. **13** 166 (PrKompGH.). Der Rechtsweg ist unzulässig für die Klage eines Grundeigentümers gegen den Eisenbahnfiskus auf Feststellung, daß er nicht verpflichtet sei, die Tore eines lediglich seiner Benutzung dienenden Eisenbahnüberganges zu schließen, der die Verbindung zwischen seinen zu beiden Seiten des Bahnkörpers liegenden, vor Anlegung der Bahn zusammenhängenden Grundstücken vermittelt. **k)** HessRspr. **14** 98 (HessVG.). Der

Rechtsweg ist unzulässig für die Klage einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft gegen den Eisenbahnfiskus, mit der verlangt wird, daß er es unterlasse, seinen Angestellten zu verbieten, Mitglieder der Genossenschaft zu werden, oder sie zu veranlassen, die Mitgliedschaft aufzugeben. l) BuschsZ. **43** 511 (LG. Dresden). Der Verzug bei öffentlich-rechtlichen Ansprüchen begründet wieder einen öffentlich-rechtlichen Anspruch. Daher unzulässig der Rechtsweg für die Klage auf Leistung von Verzugszinsen von einem zu Unrecht erhobenen und später zurückerstatteten Wertzuwachssteuerbetrage.

2. Unzulässigkeit kraft positiven Rechtes. a) Katastergebühren. PosMSchr. **13** 70 (Posen). Der Rechtsweg ist unzulässig für den Anspruch auf Rückerstattung zuviel gezahlter Katastergebühren. Unter Anlagen im Sinne des § 78 II. 14 ALR. sind alle Beiträge zu verstehen, die der Staat zur Deckung der Staatsbedürfnisse aus öffentlich-rechtlichem Titel kraft seiner Finanzhoheit erhebt. Dazu gehören nicht bloß Steuern, die zur Kostendeckung allgemeiner Leistungen des Staates erhoben werden, sondern auch die Gebühren, die von den einzelnen als ein besonderes Entgelt der für sie zu öffentlichen Zwecken geleisteten Ausgaben oder Dienste in einer von der Staatsgewalt einseitig festgestellten Art und Höhe erhoben werden. **b)** Gemeindeabgaben. α. **RG.** JW. **13** 930. Nach den im Gebiete des preußischen Rechtes herrschenden Grundsätzen ist in Ansehung der Verbindlichkeit zur Entrichtung allgemeiner öffentlicher Anlagen und Abgaben der Rechtsweg ausgeschlossen. Maßgebend sind immer noch im wesentlichen die Vorschriften des § 78 II. 14, ALR. der §§ 36, 41 V. vom 26. Dezember 1808 und der Kabinettsorder vom 4. Dezember 1831, wonach über die Verbindlichkeit zur Entrichtung allgemeiner Anlagen und Abgaben kein Prozeß stattfindet (**RG. 49** 220, **60** 353, **67** 402, **74** 282). Zu den dem Rechtswege verschlossenen Abgaben gehören nach feststehender Rechtsprechung auch die Gemeindeabgaben (**RG. 49** 220, **67** 402, **74** 282), insbesondere auch die Straßenanliegerbeiträge, die nach Maßgabe der auf Grund der §§ 12 und 15 FluchtlG. vom 2. Juli 1875 erlassenen Ortsstatute von den Gemeindebehörden erfordert werden (**RG.** GruchotsBeitr. **44** 1129, **53** 1083, JW. **10** 300). β. **RG.** JW. **13** 388. Streitigkeiten über Anliegerbeiträge im Sinne des § 15 FluchtlG. sind dem ordentlichen Rechtsweg entzogen. Auch die Befreiung von solchen Leistungen auf Grund eines Vertrags kann nicht im Rechtswege geltend gemacht werden (**RG. 74** 281). Selbst, wenn die Beiträge wider das Gesetz erfordert wären, würde das Verwaltungsstreitverfahren gegeben sein. γ. OVG. **62** 380 (PrOVG.). Die Gemeinden haben die ihnen im § 84 KommAbG. vom 14. Juli 1893 eingeräumten Rechte gegenüber den Erben eines steuerfrei veranlagten oder übergangenen Pflichtigen nicht im ordentlichen Rechtswege, sondern im Wege der Veranlagung gemäß §§ 61 ff. aaO. geltend zu machen. **c)** Kirchen- und Schulangelegenheiten. α. HessRspr. **13** 221 (Darmstadt). Für die Klage eines Kirchenpatrons gegen das (hessische) Oberkonsistorium auf Feststellung, daß das Oberkonsistorium verpflichtet sei, dem Inhaber des Patronats- und Präsentationsrechts hinsichtlich einer Pfarrstelle bei einer Vakanz dieser Stelle über alle Bewerber Auskunft zu erteilen, eine Klassifikation und Würdigung vorzunehmen, ist der Rechtsweg verschlossen. β. Ebenso **RG.** aaO. (unter Zurückweisung der gegen das Urteil des OLG. Darmstadt eingelegten Revision). γ. Schl. HolstAnz. **13** 118 (LG. Kiel). Die von den Grundbesitzern an die Kirche oder Pfarre zu entrichtenden Leistungen, die an die Stelle früherer Naturalabgaben an den einzelnen Pastor oder Kompastor getreten sind, haben in Schleswig-Holstein öffentlich-rechtlichen Charakter. Ihretwegen ist daher der Rechtsweg nicht gegeben. δ. WürttRpflZ. **13** 15 (Württ. KompGH.). Für Streitigkeiten zwischen dem Schulpatron und dem Fiskus über das Bestehen eines Lehrerernennungsrechts des Patrons ist nach württembergischen Landesrechte der Rechtsweg

ausgeschlossen. Vgl. dazu H e p p, WürttRpflZ. **13** 16—17. ε. DJZ. **13** 1447 (PrKompGH.). Der Rechtsweg ist unzulässig für die Klage eines Schulverbandes gegen eine für erloschen erklärte Parochie, vertreten durch die Verwaltungskommission für das Vermögen der für erloschen erklärten katholischen Pfarreien in Breslau, auf Zahlung bestimmter Beträge auf Grund eines über diese Vermögensverwaltung erlassenen Regulativs von 1863. Das von dem staatlichen und dem fürstbischöflichen Kommissare verfaßte Regulativ ist durch die Genehmigung der Schulaufsichtsbehörde ein Teil der örtlichen Schulverfassung geworden und öffentlichrechtlichen Charakters. **d)** K r a n k e n v e r s i c h e r u n g s s a c h e n. α. **RG.** **81** 206. Die Frage, ob die im § 45 Abs. 5 KrankVersG. aufgestellten gesetzlichen Voraussetzungen des Einschreitens der Aufsichtsbehörde gegeben und die ihr dort gesteckten Grenzen eingehalten sind, unterliegt nicht der Prüfung der ordentlichen Gerichte. β. SchlHolstAnz. **13** 145 (Kiel). Die im § 47 Abs. 6 KrankVG. getroffene Bestimmung, daß beim Ausscheiden von Kassenmitgliedern aus einer Ortskrankenkasse die höhere Verwaltungsbehörde über die Verwendung und Verteilung des Vermögens der bisherigen Gesamtkasse zu verfügen hat, greift auch Platz, wenn nur Passivvermögen vorhanden ist und es sich um die Verteilung der Schulden handelt. Der Rechtsweg ist auch in diesem Falle ausgeschlossen. γ. HansGZ. **13** Beibl. 239 (Hamburg). Streitigkeiten über den Anspruch auf Überweisung von Sterbegeld gemäß § 26 Abs. 2 GewUnfVersG. sind nicht von den ordentlichen Gerichten, sondern im Verwaltungsstreitverfahren auszutragen. Dies gilt auch, wenn sich zwei Kassen um das von der Berufsgenossenschaft hinterlegte Sterbegeld streiten. **e)** W a s s e r p o l i z e i s a c h e n. α. **RG.** SchlHolstAnz. **13** 139. In Schleswig-Holstein ist der Rechtsweg ausgeschlossen für eine Klage gegen den Oberlieger eines Flusses, mit der die Herstellung von Einrichtungen zur Beseitigung des unregelmäßigen Wasserzuflusses für die Mühle des Klägers, hilfsweise Ersatz des hierdurch verursachten Schadens begehrt wird. Der Anspruch hat seine rechtliche Grundlage in der Wasserlösungsordnung für die Geestebezirke des Herzogtums Holstein vom 22. Mai 1857, die den Rechtsweg für unzulässig erklärt. β. WürttJ. **25** 186 (Stuttgart). Für den Anspruch aus Art. 38 des württembergischen WasserG. auf Schadloshaltung ist der Rechtsweg nicht zulässig. Der Anspruch ist nicht privatrechtlicher Art, sondern wendet sich gegen einen auf einem öffentlichen Nutzungsrechte beruhenden Eingriff. **f)** U n z u l ä s s i g k e i t d e s R e c h t s w e g s g e g e n ü b e r p o l i z e i l i c h e n V e r f ü g u n g e n. α. **RG.** JW. **13** 995, RheinA. **111** 5. Der Umstand, daß d i e p o l i z e i l i c h e V e r f ü g u n g e r s t n a c h Z u s t e l l u n g d e r K l a g e e r g a n g e n ist, steht dem Ausschlusse des Rechtswegs nicht entgegen. Denn wenn gegen eine solche Verfügung der Rechtsweg ausgeschlossen ist, dann kann ein Anspruch, der sich sachlich auf die Aufhebung dieser Verfügung richtet, nunmehr im ordentlichen Rechtswege nicht mehr verfolgt werden. Während das Gesetz vom 11. Mai 1842 dies noch zuließ, wenn die Befreiung von der durch die polizeiliche Verfügung auferlegten Verpflichtung auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vorschrift oder eines besonderen Rechtstitels behauptet wurde, ist durch § 127 vorletzter Absatz des Ges. vom 30. Juli 1883 auch diese Prüfung den bürgerlichen Gerichten entzogen. Ob die Klägerin infolge des Dazwischentretens der die weitere gerichtliche Verfolgung dieses Anspruchs verhindernden polizeilichen Verfügung etwa gemäß § 268 Nr. 3 ZPO. Schadensersatz fordern könnte, kann unerörtert bleiben, da sie einen derartigen Anspruch nicht erhoben hat. β. **RG.** PrVerwBl. **34** 281. Für eine Klage auf Unterlassung weiterer Eigentumsstörungen durch eine polizeilich genehmigte, im öffentlichen Interesse hergestellte Anlage ist der Rechtsweg unzulässig. Die polizeiliche Genehmigung steht in einem solchen Falle einer polizeilichen Anordnung gleich (**RG.** GruchotsBeitr. **34** 1134, **39** 682). γ. **RG.** EisenbE. **13** 455. Für eine Klage, mit der verlangt wird, daß der Eisenbahnfiskus die Entnahme zur Speisung der

Lokomotiven aus dem Flusse unterlasse, weil den Klägern (Mühlenbesitzern) das Betriebswasser entzogen werde, ist der Rechtsweg unzulässig. Eisenbahnanlagen unterliegen in Preußen der landespolizeilichen Genehmigung. Die Genehmigung hat sich auf die ganze Bahnanlage, d. h. auf den Inbegriff aller Anlagen zu erstrecken, die zur Herstellung und Erhaltung der Bahn in betriebsfähigem Zustande erforderlich sind, namentlich auch auf die Bahnhofsanlagen und die Wasserstation. Sie bezieht sich auch auf die bestimmungsmäßige Benutzung der Anlage. Sie ist nicht nur eine Bauerlaubnis, hat vielmehr den Charakter einer polizeilichen Verfügung im Sinne des Gesetzes vom 11. Mai 1842, der gegenüber nach dessen §§ 1, 4 der Rechtsweg nur für einen Entschädigungsanspruch eröffnet ist (**RG. 31** 64, **59** 72). δ. RheinA. **110** 221 (Köln). Für die Klage gegen eine Gemeinde auf Umänderung einer dem öffentlichen Interesse dienenden, von den maßgebenden landespolizeilichen Behörden genehmigten Brücke ist der Rechtsweg unzulässig. Die erteilte Genehmigung hat den Charakter einer polizeilichen Verfügung im Sinne des Pr.G. über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen vom 11. Mai 1842, und das Eigentum gehört nicht zu den im § 2 G. erforderten Rechtstiteln. ε. ThürBl. **60** 18 (Jena). Nach § 100 WasserG. für Reuß j. L. vom 6. April 1872 ist der Rechtsweg unzulässig für die Klage auf Beseitigung eines angeblich störenden, polizeilich genehmigten Überbaues über den Geraer Mühlgraben; ebenso für die Klage auf Unterlassung fernerer Störungen, sofern hierunter nur ebenfalls polizeilich genehmigte Überbauten zu verstehen sind. **g)** PrVerwBl. **34** 140 (PrKompG.). Über eine Klage, deren Antrag dahin geht, eine Provinzialverwaltung zu verurteilen, auf einer Provinziallandstraße dagegen Vorkehrungen zu treffen, daß durch Kraftfahrzeuge oder andere Verkehrsmittel starker Staub aufgewirbelt wird und in den Garten und das Haus des Klägers eindringt, findet der Rechtsweg nicht statt. **h)** WürttRpflZ. **13** 183, DJZ. **13** 815 (Württ. KompGH.). Eine Klage auf Feststellung des Bestehens einer dinglichen Wirtschaftsgerechtigkeit gegen den Fiskus ist vor den ordentlichen Gerichten nicht zulässig. Die dingliche Wirtschaftsberechtigung des württembergischen Rechtes ist eine öffentlich-rechtliche Befugnis. Daß sie dem Privatrecht angehöre, ist nirgends in der württembergischen Literatur und Rechtsprechung anerkannt; sie wird überall, wenn auch nicht immer gleich deutlich, dem öffentlichen Rechte zugewiesen. Für einen Streit über die Frage ihres Bestandes sind, da der Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zugewiesen ist, lediglich die Verwaltungsbehörden zuständig. **i)** HansGZ. **13** Beibl. 63 (Hamburg). Die Gerichte haben nicht nachzuprüfen, ob ein Beschluß der Gemeindeversammlung einer hamburgischen Landgemeinde gültig zustande gekommen ist. Ob die Versammlung der Gemeinde, in der das Statut beschlossen ist, gehörig berufen ist, bildet ein öffentlich-rechtliches Verhältnis, das nach staatsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist. Für Streitigkeiten über solche Verhältnisse ist aber die Zuständigkeit der Gerichte ebenso ausgeschlossen wie für die Frage, ob staatsbürgerliche Rechte der einzelnen verletzt sind (§ 1 Abs. 1 VerhältnisG.). Vielmehr entscheiden auch hier ausschließlich die Verwaltungsbehörden oder die gesetzgebende Gewalt.

§ 14. Literatur: Abel, Die Rechtsanwaltschaft und die Vertretung vor den Gewerbegerichten, GewuKfmG. **13** 515—519. — Bewer, Unterbrechung des Verfahrens durch Aufhebung des Gewerbegerichts (anläßlich der Aufhebung der Kaiserl. Gewerbegerichte in Elsaß-Lothringen), GewuKfmG. **19** 217—221. — Derselbe, Zuständigkeit der landesgesetzlichen Gewerbegerichte in Elsaß-Lothringen, GewuKfmG. **18** 162—164. — Derselbe, Das Recht auf ein eigenes Gewerbegericht, DJZ. **13** 324—328. — Derselbe, Einigungsamt und Tarifinstanz, GewuKfmG. **18** 463—468. — Bovensiepen, Das Verbot der Zulassung von Rechtsanwälten vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten, JW. **3** 729—730. — Erdel, Handlungsgehilfe oder Handlungsagent? BadRpr. **14** 19—20. — Derselbe, Mängel des Kaufmannsgerichtsgesetzes, BadRpr. **13** 138—140.

— Finger, Kaufmannsgerichte und Anwaltschaft, DJZ. **13** 1044—1048. — Haarhaus, Die Reichsversicherungsordnung und die ordentlichen Zivilgerichte, LeipzZ. **13** 920—928. — Hawlitzky, Ist das Kaufmannsgericht für Ausländer unzuständig? AGAnw. **13** 69—70. — Heidecker, Aufnahme des Verfahrens zwischen Verkündung und Zustellung des GewG.Urteils, GewuKfmG. **19** 259—262. — Lebrecht, Sind deutsche Kaufmannsgerichte für Rechtsstreitigkeiten gegenüber ausländischen Firmen zuständig? SeuffBl. **13** 499—500. — Levin, Über geschäftsmäßige Vertretung und Anwaltszwang, KGBl. **13** 130—132. — Mantel, Die Bedeutung und Feststellung der Ortsgebräuche vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten, GewuKfmG. **13** 497—502. — Schultz, Aus dem Rechte der Filmschauspieler, GewuKfmG. **19** 185—191. — Vogt, Die Kaiserlichen Gewerbegerichte in Elsaß-Lothringen, ElsLothJZ. **13** 280—285. — Walsmann, Zivilprozessuale Bedeutung der Schiedssprüche der Einigungsämter und der tariflichen Schiedsgerichte, GewuKfmG. **18** 482—489. — Wedemeyer, Einigungsämter als Schiedsgerichte im Sinne der ZPO., GewuKfmG. **18** 468—477. — Wölbling, Arbeitsnachweis und Gewerbegerichte, GewuKfmG. **18** 529—533. — Derselbe, Zivilprozessuale Bedeutung der Schiedssprüche der Einigungsämter und der tariflichen Schiedsgerichte, GewuKfmG. **18** 477—482. — Wolff, Zuständigkeit der Gewerbegerichte für Filmschauspieler, DJZ. **13** 1495—1496.

Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. I. Allgemeines. 1. Allgemeine Zuständigkeitsfragen. **a)** Hawlitzky, AGAnw. **13** 69 f. Die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts wird dadurch, daß eine Partei Ausländer ist, nicht ausgeschlossen. **b)** Lebrecht, SeuffBl. **13** 499. Auch ausländische Firmen können vor deutschen Kaufmannsgerichten verklagt werden. Ist in Deutschland ein Kaufmannsgericht für die Entscheidung des Prozesses nicht zuständig, jedoch gemäß § 23 ZPO. ein Gerichtsstand des Vermögens gegeben, so kann in diesem Gerichtsstande vor dem ordentlichen Gerichte gegen die ausländische Firma prozessiert werden. **c)** HessRspr. **19** 85 (LG. Gießen). Nach dem GewGG. entscheidet über die Zuständigkeit, ob der Streit zwischen Arbeiter und Arbeitgeber auszutragen ist, während bei dem KfmGG. der Gegenstand der Streitigkeit entscheidend ist. Die Zuständigkeit des GewG. entfällt daher, wenn die Forderung des Arbeiters an den Arbeitgeber oder dieses an jenen durch Abtretung, durch zwangsweise Überweisung oder Erbgang auf eine dritte Person übergegangen ist, oder wenn über den Anspruch mit dem Konkursverwalter über das Vermögen eines der ursprünglich Beteiligten gestritten wird, selbst schon dann, wenn nur über einen behaupteten Übergang der Forderung gestritten wird. **d)** Erdel, BadRpr. **13** 19 bespricht die Bedeutung der vertraglichen Festlegung zwischen Prinzipal und Angestelltem, daß das Dienstverhältnis als Handlungsagentenverhältnis gemeint sei, für die Zuständigkeit des KfmG. **e)** GewuKfmG. **19** 15 (AG. Charlottenburg). Das ordentliche Gericht hat die Klage gegen einen Kaufmann abzuweisen, wenn der Kläger nicht genügend klar stellt, ob er Agent oder Handlungsgehilfe ist. **f)** OLG. **27** 8 (Celle). Die Zuständigkeit des KfmG. und die Unzuständigkeit der ordentlichen Gerichte ist auch noch in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen. § 528 Satz 2 ZPO. ist auf die hier zu entscheidende Frage nicht anzuwenden, weil er sich nicht auf die sachliche Zuständigkeit bezieht, besonders nicht darauf, ob für den Rechtsstreit ein ordentliches oder ein besonderes Gericht zuständig ist. Ebenso versagt der Hinweis auf § 21 ZPO. Ist auch nur irgend ein KfmG. zuständig, so ist damit die Zuständigkeit jedes ordentlichen Gerichts ausgeschlossen. **g)** SchlHolstAnz. **13** 363 (Kiel). Die Zuständigkeit des KfmG. wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Forderung von einem Rechtsnachfolger geltend gemacht wird. Sie ist aber nur dann begründet, wenn die Forderung sich auf Verpflichtungen aus dem Dienstverhältnisse stützt, nicht, wenn sie aus Anlaß des Dienstvertrags entstanden ist.

2. Vertretung durch Anwälte. **a)** OLG. Dresden JDR. **11** Nr. IV 7 jetzt auch SächsOLG. **34** 103. **b)** Levin, KGBl. **13** 130 ff. bekämpft die Ausschließung der Anwälte von dem Auftreten vor den GewG und KfmG., die er als „ein rechtspolitisches Unding von höchster Absurdität" bezeichnet. **c)** Finger,

DJZ. **13** 1044 ff. Die Zulassung der Rechtsanwaltschaft bei den KfmG. ist nicht nur eine ersehnte Erweiterung des Tätigkeitsgebiets der Rechtsanwaltschaft, sondern zugleich ein soziales Bedürfnis und eine Reform von allgemeinem sozialen Werte. Alles das gilt in gleichem Maße auch von den GewG.

3. GewuKfmG. **18** 131 (LG. Dresden). Bei Prüfung der Berufungsfähigkeit sind die in einer Klage geltend gemachten Ansprüche mehrerer Streitgenossen nach § 5 ZPO. zusammenzurechnen.

4. Wirkung der Aufhebung der Landesgewerbegerichte in Elsaß-Lothringen auf schwebende Rechtsstreitigkeiten. Bewer, GewuKfmG. **19** 217 ff. Die Kais. V. vom 29. Januar 1913, die die LandesgewG. in Elsaß-Lothringen mit dem 1. Januar 1914 aufgehoben hat, läßt die Frage offen, wo und wie die bei den GewG. anhängig gebliebenen Streitsachen zu erledigen sind. Durch die Aufhebung der GewG. ist prozessual das Verfahren unterbrochen (§ 245 ZPO.), und zwar endgültig. Es würde aber einer geordneten Rechtspflege widersprechen, die Parteien zur vollständigen Erneuerung des Prozesses vor dem nunmehr zuständigen Gerichte zu zwingen. Den Ausweg eröffnet § 36 Ziff. 1 ZPO., wonach bei Verhinderung des an sich zuständigen Gerichts die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das im Instanzenzuge höhere Gericht zu erfolgen hat. Nach § 40 ElsLothGGG. ist das im Instanzenzuge höhere Gericht das LG., in dessen Bezirke das aufgehobene GewG. seinen Sitz hatte. Es wird zu prüfen haben, ob etwa an Stelle des aufgehobenen LGG. ein reichsrechtliches errichtet ist, das nach § 6 Abs. 1 GewGG. die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausschließen würde. Der Beschluß überträgt die Wirkungen der Rechtshängigkeit auf das bestimmte Gericht, vor dem das unterbrochene Verfahren fortgesetzt werden kann, ohne daß es einer besonderen Aufnahme oder Anzeige nach § 250 ZPO. bedarf.

II. Zuständigkeit der Gewerbegerichte im einzelnen 1. Zuständigkeit. a) GewuKfmG. **18** 225 (GG. Leipzig). Der Büfettier ist Gewerbegehilfe des Inhabers der Schankstätte im Sinne von § 3 GewGG., und zwar auch dann, wenn das Entgelt für die geleisteten Dienste nicht in einem bestimmten bezifferten Lohne, sondern in einer Beteiligung am Gewinne besteht (vgl. JDR. **11** Nr. V b). **b)** Schultz, GewuKfmG. **19** 185 ff. Abgesehen von einigen Ausnahmefällen, deren Vorliegen im einzelnen Falle nachzuweisen ist, unterstehen die Filmschauspieler der Gewerbeordnung. Sie haben demnach auch vor dem GewG. Recht zu nehmen. **c)** Wolff, DJZ. **13** 1495 bekämpft ein Urteil des GG. Berlin, wonach die Zuständigkeit des GewG. bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Kinounternehmer und Kinoschauspieler gegeben ist. **d)** GewuKfmG. **19** 196 (GG. Halle). Der Küchenchef eines Hauptbahnhofs ist nicht Betriebsbeamter oder Werkmeister, da er nicht lediglich mit der Leitung oder Beaufsichtigung eines Teiles des Betriebs betraut ist, sondern eigenhändig alle Arbeiten miterledigt. **e)** GewuKfmG. **18** 114 (LG. Dresden). Die Köchin einer ärztlichen Privatklinik ist Gewerbegehilfin des Arztes. Der Klinikbetrieb schließt neben der ärztlichen eine eigene gewerbliche Tätigkeit in sich. **f)** GewuKfmG. **19** 221 (GG. Mannheim). Das GG. ist zuständig für die Ansprüche aus einem „Pachtvertrag" über die Garderobe in einem Restaurant. Der Pachtvertrag ist in Wirklichkeit ein Arbeitsvertrag. **g)** GewuKfmG. **18** 229 (GG. Nürnberg). Der gegen Provision angestellte Wäscheeinsammler einer Waschanstalt ist, auch wenn er daneben die Aufgabe hat, für die Waschanstalt Kunden zu gewinnen und Gelder einzukassieren, Gewerbe-, nicht Handlungsgehilfe. **h)** SeuffBl. **13** 320 (LG. München). Der Maurerpolier ist als Betriebsbeamter oder Werkmeister nicht anzusehen.

2. Unzuständigkeit. a) GewuKfmG. **18** 184 (GG. Leipzig). Das GewG. ist nicht zuständig für den Schadensersatzanspruch eines Arbeitgebers gegen

seinen Markthelfer, der damit begründet wird, daß der Markthelfer wider besseres Wissen eine Verhaftung des Arbeitgebers herbeigeführt habe. Klagegrund ist nicht die Verletzung einer Pflicht aus dem Arbeitsvertrage, sondern eine Zuwiderhandlung gegen allgemeine Rechtsgrundsätze. b) GewuKfmG. **19** 6. Das GewG. ist nicht zuständig für die Klage gegen einen Unternehmer für Streikarbeiten. Der Unternehmer ist nicht gewerblicher Arbeitgeber, sondern lediglich Vermittler für den Abschluß von Dienstverträgen. c) GewuKfmG. **18** 150 (Colmar). Die landesgesetzlichen GewG. in Elsaß Lothringen sind nicht zuständig für Wächter einer Wach- und Schließgesellschaft. d) GewuKfmG. **18** 152, RheinZ. **5** 400 (Colmar). Ebensowenig für Lohnklagen im Bergwerksbetrieb angestellter Schlepper gegen die Gewerkschaft. e) Hierzu Bewer, GewuKfmG. **18** 162 ff.

III. Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte im einzelnen. 1. Gehaltsberechnung. OLG. **27** 7 (München). Als Arbeitsverdienst eines Reisenden im Sinne des § 4 KfmGewG. kommt nicht lediglich das feste Gehalt, sondern auch die Provision in Betracht. Daß umständliche Beweiserhebungen über die Höhe des Arbeitsverdienstes dem Sinne und Zwecke des Gesetzes widersprechen würden, kann zugegeben werden; daraus folgt jedoch lediglich, daß dem richterlichen Ermessen hinsichtlich dieser Frage ein gewisser Spielraum bleiben muß (vgl. OLG. **20** 283), nicht aber, daß Provisionen nicht zum Jahresarbeitsverdienste zu rechnen seien.

2. GewuKfmG. **19** 201 (KfmG. Duisburg). Das KfmG. ist nicht zuständig für Bureauangestellte einer Innung. Es fehlt der Innung an der Kaufmannseigenschaft.

3. GewuKfmG. **19** 227 (KfmG. München). Der sog. Wanderdekorateur (Dekorateur, der bei verschiedenen Firmen im Turnus die Schaufensterdekorationen gegen Bezahlung besorgt) ist nicht Handlungsgehilfe.

4. a) GewuKfmG. **18** 105 (KfmG. Fürth). Ein Zeitungsberichterstatter ist nicht Handlungsgehilfe. b) GewuKfmG. **18** 106 (KfmG. Fürth). Auch nicht, wenn er nebenbei Inserate vermitteln soll, da die überwiegende Tätigkeit entscheidet.

5. GewuKfmG. **19** 251 (KfmG. Schöneberg). Das KfmG. ist nicht zuständig für die Klage des für eine nicht zustandegekommene GmbH. angenommenen Handlungsgehilfen gegen denjenigen, der für die Gesellschaft kontrahiert hat. Die noch nicht existierende Gesellschaft kann keinen Handlungsgehilfen haben, ebensowenig wird der Haftende zum Prinzipale des von ihm für die zu gründende Gesellschaft angenommenen Gehilfen.

6. GewuKfmG. **19** 252 (KfmG. Potsdam). Ein ständig angestellter Bücherrevisor ist Handlungsgehilfe. Ebenso gehört ein Kraftwagenvermietungsunternehmen zu den Handelsgewerben.

§ 19. KGBl. **13** 137 (KG.). Die Ladung eines fremden Gesandschaftsbeamten (Botschaftsportier) vor ein deutsches Gericht ist auch dann unzulässig, wenn er als gesetzlicher Vertreter eines Nicht-Exterritorialen verklagt werden soll.

Dritter Titel. Amtsgerichte.

§ 23. Literatur: Seyfart, Zur praktischen Brauchbarkeit des Verfahrens in Mietstreitigkeiten, BuschsZ. **43** 433—440. — Sommer, Die Umgestaltung des Unterhaltsprozesses, BraunschwZ. **46** 15—20. — Wetzlar, Das Einigungsamt für Mietstreitigkeiten in Frankfurt a. M., RuW. **13** 46—47.

1. Ziff. 2. Abs. 1. Seyfart, BuschsZ. **43** 433 ff. macht Vorschläge für eine praktischere Gestaltung des Verfahrens in Mietstreitigkeiten. Insbesondere empfiehlt er einen ausdrücklichen Zusatz zu Abs. 1 Satz 2, daß auch Ansprüche wegen „Zurück-

schaffung" eingebrachter Sachen (§ 561 Abs. 2 BGB.) zur Zuständigkeit des AG. gehören, und die Bestimmung, daß Widerklagen bei Streitigkeiten im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 2, insbesondere, wenn durch sie die Zuständigkeit des LG. begründet wird (§ 506 ZPO.), unzulässig sind.

2. Ziff. 2. Abs. 6. Sommer, BraunschwZ. **13** 15 f. befürwortet eine gesetzliche Sonderbehandlung des Unterhaltsprozesses des unehelichen Kindes in der Richtung, daß besondere Bestimmungen die Durchführung und Verwirklichung der Ansprüche des unehelichen Kindes sichern. Als solche Bestimmungen schlägt er u. a. vor Zulässigkeit der Erhebung der Unterhaltsklage vor dem Gerichte des Wohnsitzes des Kindes, Bestellung eines besonderen Vertreters nur zur Geldendmachung seiner vermögensrechtlichen Ansprüche und Befugnis der Armenverwaltungen zur Beitreibung rechtskräftig festgestellter Unterhaltsbeiträge.

Fünfter Titel. Landgerichte.

§ 62. 1. DJZ. **13** 415, HessRspr. **14** 8 (Darmstadt). Die Verteilung der dem Gerichte vermöge seiner Zuständigkeit obliegenden Geschäfte unter die einzelnen Abteilungen ist lediglich ein dem Gerichte selbst zustehender Akt der Justizverwaltung, durch den die dem Gericht als solchem und ohne Rücksicht auf seine Gliederung in Abteilungen anhaftende Zuständigkeit nicht berührt wird (**RG. 47** 380). Daher darf eine Kammer des an sich zuständigen LG. nicht ihre Unzuständigkeit aussprechen, weil die Sache ihrer Ansicht nach vor eine andere Kammer gehört. Zweifel über die Zuteilung einer Sache an die eine oder andere Kammer sind gemäß § 63 durch ergänzende Anordnung des Präsidiums zu beseitigen.

2. Kein Recht der Partei auf Verhandlung der Sache vor einer bestimmten Kammer des LG. Vgl. § 70 Nr. 1.

§ 70. Literatur: Bartmann, Die sachliche Zuständigkeit bei Ansprüchen aus § 4 des preuß. Beamtenhaftpflichtgesetzes, DJZ. **13** 581—582.

1. Kein Recht der Partei auf Verhandlung der Sache vor einer bestimmten Kammer des LG. — SächsOLG. **34** 85 (Dresden). Die Geschäftsverteilung unter den einzelnen Zivilkammern ist eine innere Angelegenheit des Gerichts. Daraus, daß sich eine Zivilkammer mit einer ihr nach der Geschäftsverteilung nicht zukommenden Sache befaßt, kann weder der Einwand der Unzuständigkeit noch überhaupt ein Grund zur Beanstandung des Verfahrens von einer Partei hergeleitet werden. Insoweit ist vielmehr eine Einwirkung der Parteien ausgeschlossen (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **33** 449, SeuffA. **35** Nr. 323, BuschsZ. **15** 74 ff.).

2. Abs. 2 Ziff. 1. **RG. 82** 407. Das KolonialbeamtenG. vom 8. Juni 1910 erklärt zwar nur die Vorschriften des ReichsbeamtenG. und des BeamtenhinterbliebenenG. auf die Kolonialbeamten und deren Hinterbliebenen für anwendbar, nicht auch die Vorschrift des § 70 Abs. 2 Nr. 1. Gleichwohl ist eine entsprechende Anwendung auch dieser Vorschrift geboten, so daß auch für die Ansprüche der Kolonialbeamten aus ihrem Dienstverhältnisse die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind.

3. Abs. 3. a) Bartmann, DJZ. **13** 581. Die ausschließliche Zuständigkeit des LG. ist in Preußen nach § 39 AGGVG. auch gegeben für die Ansprüche gegen Kommunalverbände wegen Verschuldens von mittelbaren und unmittelbaren Staatsbeamten, die für ihren Dienst angestellt sind. b) **RG.** EisenbE. **29** 342, JW. **13** 149. Für Ansprüche gegen den Fiskus wegen eigenen Verschuldens, sei es aus einem Vertragsverhältnis, sei es aus unerlaubter Handlung, ist in Preußen eine ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte nicht gegeben. c) HessRspr. **13** 276 (LG. Mainz). Auch für Ersatzansprüche des Reichsmilitärfiskus gegen nichthessische Beamte (preußische

Offiziere), die ihren Wohnsitz in Hessen haben, ist in Hessen die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte gegeben.

Siebenter Titel. Kammern für Handelssachen.

§ 100. Literatur: Beseler, Kammern für technische Sachen, RuW. **13** 251—253.

Beseler, RuW. **13** 251 ff., empfiehlt die Einführung von Kammern für technische Sachen nach Art der Kammern für Handelssachen. Unter „technischen Sachen" versteht er Rechtsstreitigkeiten, in welchen es sich bei dem Klaganspruch um technische Fragen handelt, d. h. um Fragen, zu deren fachmännischer Beurteilung wissenschaftliche und praktische Kenntnisse in einer der folgenden Disziplinen erforderlich sind: Architektur, Bauingenieurwesen, Maschineningenieurwesen, Chemie, Hüttenkunde, Elektrotechnik, Bergbau, Schiff- und Schiffsmaschinenbau. Zum technischen Richter soll jeder Deutsche ernannt werden können, dem der akademische Grad eines Diplomingenieurs oder eines Dr.-Ingenieur von einer deutschen technischen Hochschule erteilt ist, oder der die zur Anstellung im höheren technischen Dienste eines deutschen Staates erforderlichen Prüfungen bestanden hat und in dem Bezirke der Kammer für technische Sachen wohnt.

§ 101. Literatur: Kirchberger, Die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen für Klagen aus dem Wettbewerbsrechte, MschutzuWettbew. **13** 12—15.

Ziff. 4. Kirchberger, MschutzuWettbew. **13** 12 ff. Werden Klagansprüche geltend gemacht, auf die nach der in der Klage gegebenen Sachdarstellung möglicherweise nicht ausschließlich das allgemeine bürgerliche Recht, sondern auch das besondere Wettbewerbsrecht zur Anwendung gelangt, so hat der Beklagte das Recht, die Verweisung dieser (von Anfang an einzeln erhobenen oder aber abzutrennenden) Ansprüche an die Kammer für Handelssachen herbeizuführen. Liegt keine trennungsfähige Klagenhäufung vor, sondern erklärt der Kläger, daß er seine Klage auch kumulativ, alternativ, eventuell auf das Wettbewerbsgesetz stütze, so ist die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen ohne weiteres begründet.

Dreizehnter Titel. Rechtshilfe.

Literatur: Josef, Austrittserklärung aus der Kirche vor dem ersuchten Richter, JW. **13** 1032—1033. — Kirschner, Zur Frage der eidlichen Zeugenvernehmung, R. **13** 237—238. — Landsberg, Fragen der Rechtshilfe, PosMSchr. **13** 21. — Pöhl, Die Rechtshilfe in Entscheidungen des Oberlandesgerichts Rostock, MecklZ. **31** 410—413. — Püschel, Austrittserklärung aus der Kirche vor dem ersuchten Richter, JW. **13** 527—528. — Saar, Aus der Rechtshilfepraxis, DRZ. **13** 265—266. — Stepp, Rechtshilfe zwecks Vernehmung eines nicht im Bezirke des ersuchten Gerichts sich aufhaltenden Zeugen, SeuffBl. **13** 320—322.

§ 157. I. Umfang der Rechtshilfepflicht der ordentlichen Gerichte gegenüber den Einkommensteuerbehörden. OLG. **27** 3, R. **13** 679 (Stettin). Der Wortlaut des § 48 Abs. 4 PrEinkStG. setzt voraus, daß dem Ersuchen der Steuerbehörde um die Beeidigung eine Vernehmung der zu beeidigenden Personen vorangegangen ist. Eine „Vernehmung" kann man aber auch dann als erfolgt annehmen, wenn der Zeuge seine Aussage verweigert hat. Es können daher auch in diesem Falle zur Erzwingung einer eidlichen Aussage die Amtsgerichte angegangen werden (vgl. Delius, Rechtshilfe 87). Eine Verweigerung des Zeugnisses oder Gutachtens liegt aber nicht schon dann vor, wenn jemand die erforderten Auskünfte verweigert. Darüber hinaus besteht eine Rechtshilfepflicht des AG. nicht, sie läßt sich auch nicht aus anderen Bestimmungen des EinkStG., insbesondere § 40, herleiten. Auch der § 38 V. vom 2. Januar 1849 begründet keine weitergehende Rechtshilfepflicht der AG., denn gegenüber dieser allgemeinenn Vorschrift sind für das Verhältnis der AG. zu dem Vorsitzenden der

Berufungskommission die besonderen Bestimmungen des EinkStG. maßgebend. Die Feststellung der zu vernehmenden Personen ist nicht Sache des Gerichts.

II. Ersuchen der Verwaltungsbehörden in Wahlprüfungssachen. 1. Kirschner, R. **13** 237 führt einen Beschluß des OLG. Naumburg vom 30. November 1900 an, in dem sich dieses dahin ausspricht, daß die Gerichte dem Ersuchen der Verwaltungsbehörden um Zeugenvernehmungen in Reichstagswahlprüfungssachen stattzugeben und die Zeugen auf Verlangen der Verwaltungsbehörde auch zu beeidigen hätten. Vgl. JDR. **11** Nr. II.

2. DJZ. **13** 103 (KG.). Die AG. in Preußen sind verpflichtet, dem durch die Vermittelung der zuständigen Verwaltungsbehörden an sie gerichteten Ersuchen des Reichstags um eidliche oder uneidliche Vernehmung von Zeugen aus Anlaß von Protesten gegen die Wahl eines Abgeordneten zu entsprechen, und zwar gemäß § 38 V. vom 2. Januar 1849. (Es hatte hier der Berliner Magistrat im Auftrage des Oberpräsidenten das Ersuchen gestellt.)

III. Ersuchen der Versicherungsträger. OLG. **27** 5 (Colmar). Da die Berufsgenossenschaften nach § 1571 RVO. grundsätzlich berechtigt sind, die AG. um Vernehmung von Zeugen und anderen Personen zu ersuchen, kann das ersuchte AG. deren Vernehmung nicht aus dem Grunde ablehnen, weil es die Voraussetzungen dafür nach § 1571 Abs. 2 Satz 2 RVO. nicht für gegeben erachtet; denn ihm steht eine Nachprüfung der Entscheidung des ersuchenden Versicherungsträgers nicht zu.

§ 158. 1. Das LG. als Prozeßgericht kann nicht im Wege der Rechtshilfe das um die Vornahme einer Beweisaufnahme ersuchte AG. ersuchen, einer Partei für das Beweisverfahren einen Armenanwalt beizuordnen. **RG.** Bay. Rpfl. **13** 70, GruchotsBeitr. **57** 1054, JW. **13** 214, PosMSchr. **13** 19. Von Rechtshilfe im Sinne der §§ 157 bis 160 kann nur die Rede sein, wenn das Ersuchen eine Amtshandlung betrifft, die an sich das ersuchende Gericht vorzunehmen berechtigt wäre, die es aber aus Zweckmäßigkeitsgründen einem anderen Gericht überträgt (sog. abstrakte Zuständigkeit des ersuchenden Gerichts). Wird ein Gericht von einem anderen Gericht um eine Amtshandlung ersucht, die zu seiner eigenen Zuständigkeit gehört, so liegt nicht ein Rechtshilfeersuchen im Sinne und mit den Folgen der §§ 157 bis 160, sondern nur eine Anregung vor, über die das ersuchte Gericht nach seinem eigenen, durch § 159 nicht beschränkten sachlichen Ermessen zu befinden hat.

2. RheinARV. **31** 80, RheinA. **111** 33 (Düsseldorf). Die Zulässigkeit der Rechtshilfe setzt begriffsgemäß voraus, daß es sich dabei um Ausübung einer Tätigkeit des ersuchten Gerichts handelt, deren die ersuchende Behörde bedarf und die sie nicht ebensogut und ebenso leicht selbst vernehmen kann. Das Ersuchen um Rechtshilfe darf mit anderen Worten nicht dazu führen, daß die ersuchende Behörde einer anderen eine Amtshandlung überträgt, zu deren Vornahme sie selbst berufen ist. Die Ablehnung eines Rechtshilfeersuchens ist daher gerechtfertigt, wenn es sich um schriftlich oder telephonisch vorzunehmende Ermittelungen durch das ersuchte Gericht handelt.

3. Stepp, SeuffBl. **13** 320 ff. Der Umstand allein, daß ein Zeuge in der „Umgebung" des Sitzes eines Gerichts reist und sich ab und zu kurzzeitig an diesem Sitze aufhält, begründet noch nicht die Zuständigkeit dieses Gerichts zur Vernehmung des Zeugen (aM. OLG. Nürnberg ebenda).

§ 159. I. Begriff der verbotenen Handlung im Sinne des Abs. 2. 1. HansGZ. **13** Beibl. 39 (Hamburg). „Verboten" ist eine Handlung nicht nur dann, wenn sie ausdrücklich untersagt, sondern auch, wenn sie nach Reichs- oder Landesrecht unzulässig, insbesondere um deswillen für unstatthaft zu erachten ist, weil sie klaren Rechtsgrundsätzen widerstreitet (JW. **86** 113). Hierunter fällt das

Ersuchen um Verpflichtung eines gemäß Art. 136 EGBGB. landesgesetzlich bestellten Berufsvormunds. Ein solcher Vormund bedarf keiner Verpflichtung nach § 1789 BGB.

2. Landsberg, PosMSchr. **13** 21. Die Vernehmung einer minderjährigen Prozeßpartei als Zeugen ist im Sinne des § 159 Abs. 2 „nach dem Rechte des ersuchten Gerichts verboten".

II. Rechtshilfe in Grundbuchsachen. Grenzen der Zulässigkeit von Rechtshilfeersuchen des Anlegungsrichters behufs Ermittelung der Eigentümer. 1. OLG. **27** 6, ElsLothJZ. **13** 330 (Colmar). Das mit der Anlegung des Grundbuchs befaßte Gericht kann nicht allgemein um Vornahme der zur Eintragung des Eigentums an einem Grundstück erforderlichen Ermittelungen ein anderes Gericht ersuchen. So darf abgelehnt werden das Ersuchen, bei dem Verkehrssteueramte am Sitze des ersuchten Gerichts das Vermögensblatt der Eheleute L. einzusehen, sich von dem Amte die dort aufgeführten Urkunden vorlegen zu lassen und daraufhin nachzuprüfen, ob in einer der Urkunden sich der Erwerb bestimmter Grundstücksparzellen feststellen läßt.

2. ElsLothJZ. **13** 594 (Colmar). Die Bestimmung darüber, welche Personen im Grundbuchanlegungsverfahren zum Zwecke der zur Eintragung des Eigentums erforderlichen Ermittelungen gerichtlich zu vernehmen sind, liegt in allen Fällen dem Anlegungsrichter ob. Nur um die Ausführung der Vernehmung kann er, wenn diese im Bezirk eines anderen Gerichts vorgenommen werden soll, das örtlich zuständige AG. ersuchen.

III. Rechtshilfe im Verfahren zur Bereinigung der Handelsregister. BayRpflZ. **13** 133, LeipzZ. **13** 410 (Nürnberg). Das Ersuchen des Registergerichts um Entgegennahme der Löschungserklärungen der Inhaber erloschener Firmen darf nicht abgelehnt werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob den Gerichten durch Reichsgesetz die gerichtliche Beurkundung von Anmeldungen zum Handelsregister übertragen ist oder nicht und ob das Registergericht mittels der Rechtshilfe eine solche Beurkundung von einem anderen Gerichte schlechthin verlangen kann oder nicht (**RG. 57** 397, **58** 97; anders **RG. 67** 417). Denn hier handelt es sich nicht um eine von den Beteiligten ausgehende Beurkundung, für deren Form die Beteiligten selbst zu sorgen haben, sondern es liegt ein von Amts wegen eingeleitetes Verfahren zur Bereinigung des Handelsregisters vor, um den anscheinend unrichtigen Inhalt des Registers zu berichtigen (§§ 14, 31 HGB., §§ 132, 141 FGG.), die dem Registergerichte im § 12 FGG. auferlegte Verpflichtung zu Ermittelungen macht es ihm auch möglich, nicht sofort das Ordnungsstrafverfahren einzuleiten, sondern zunächst die Beteiligten wegen der Löschungserklärungen zu vernehmen oder durch die AG. ihrer Wohnsitze vernehmen zu lassen. Das Ersuchen des Registergerichts an ein anderes AG. um Entgegennahme der Löschungserklärungen ergeht in solchen Fällen in der allgemeinen nach §§ 1, 125 ff. FGG. den Gerichten übertragenen Angelegenheit der Handelsregisterführung.

IV. Rechtshilfe in Nachlaßsachen. OLG. München. JDR. **11** Nr. III 2 jetzt auch DNotV. **13** 369.

V. Rechtshilfe in Vormundschaftssachen. 1. BadRpr. **13** 127, WürttZ. **13** 333 (Karlsruhe). Dem Ersuchen des (württembergischen) Vormundschaftsgerichts, bei dem Vormund einen „Kassensturz" vorzunehmen, ist in der Weise stattzugeben, daß sich das ersuchte Gericht den Bestand des Mündelvermögens durch Vorlegung der in den Händen des Vormunds befindlichen Urkunden, Wertpapiere und Gelder nachweisen läßt.

2. ElsLothJZ. **13** 327 (Colmar). Das Ersuchen eines Vormundschaftsgerichts an ein anderes Gericht, sich zur Übernahme der Vormundschaft bereit zu erklären und zugleich den Vormund darüber zu befragen, ob er der Abgabe der Vormundschaft zustimmt, darf nicht abgelehnt werden.

3. Vernehmung von Zeugen zur Ermittelung des Schwängerers (vgl. JDR. **10** Nr. III 1, **11** Nr. VI 2). RheinA. **110** 143 (Düsseldorf). Das Ersuchen des Vormundschaftsgerichts um Vernehmung von Zeugen zur Ermittelung des Vaters eines unehelichen Kindes darf nicht abgelehnt werden. Wenn das AG. diese Vernehmung als eine vorweg genommene Prozeßhandlung als unzulässig bezeichnet, so verkennt es, daß durch die in der Vormundschaftsache erfolgende Zeugenvernehmung nach anerkannter Rechtsprechung keinem der Beteiligten das Recht genommen wird, die vernommenen Personen in einem anderen Rechtsstreite als Zeugen zu benennen, und daß ein derartiger Antrag auf Zeugenvernehmung nicht mit Rücksicht auf die früher erfolgte Vernehmung abgelehnt werden könnte.

VI. Erklärung des Austritts aus der Kirche. 1. Josef, JW. **13** 1032 f. Ein Ersuchen um Rechtshilfe liegt nur vor, wo dem ersuchenden Gericht in einem bei ihm anhängigen Verfahren die Herbeiführung der nachgesuchten Handlung als Amtspflicht obliegt, daher kann das Nachlaßgericht, bei dem eine Auseinandersetzung schwebt, ein anderes Gericht um Anberaumung des Verhandlungstermins und Beurkundung der Auseinandersetzung (§§ 89, 91, 93 FGG.) ersuchen. Zeigt dagegen jemand dem AG. an, daß er vor Gericht eine öffentlich-urkundliche Erklärung abgeben wolle (z. B. den Austritt aus der Kirche), so erhält das AG. nur die Pflicht, diese Erklärung zu beurkunden, wofern der Beteiligte auf der Gerichtsstelle erscheint und den Antrag auf Beurkundung stellt. Eine Amtspflicht, die Beurkundung selbsttätig herbeizuführen, hat das Gericht nicht; es kann daher auch nicht im Wege der Rechtshilfe die Tätigkeit eines anderen Gerichts hierzu in Anspruch nehmen. Ein ersuchtes Gericht wäre auch nicht einmal berechtigt, das Ersuchen um Entgegennahme der kirchlichen Austrittserklärung zu erledigen; denn ausschließlich zuständig zur Entgegennahme ist das Gericht des Wohnsitzes, und seine Mitwirkung zu rechtsunwirksamen Handlungen hat jedes Gericht zu versagen, gleichgültig, ob diese von den Beteiligten selbst oder von einer Behörde verlangt wird.

2. Püschel, JW. **13** 527 tritt KG. JDR. **11** Nr. VIII bei, wonach der Austritt aus der Kirche mit Rechtswirksamkeit nur vor dem Richter des Wohnsitzes des Austretenden erklärt werden kann und ein auf die Entgegennahme einer solchen Erklärung gerichtetes Rechtshilfeersuchen abzulehnen ist, weil die vorzunehmende Handlung verboten ist.

VII. Vgl. *Dickel, Rechtsf. Heft 1, Erläuterungen 121 ff.

Vierzehnter Titel. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei.

§ 179. Literatur: Levin, Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei in Theorie und Praxis. Berlin 1913.

I. Begriff der Sitzung. 1. OLG. **27** 6, BayRpflZ. **13** 203 (München). Bei der Art des großstädtischen amtsgerichtlichen Sitzungsdienstes gehört zur Sitzung auch die Zeit von der Verkündung der Entscheidung in der einen Sache bis zum Aufruf des nächsten Falles; auch in dieser Zeit fordert die Würde des Gerichts sofortige Ahndung jeder Ungebühr.

2. SeuffBl. **13** 137 (BayObLG.). Auch für eine in Abwesenheit des Gerichts — während dessen Beratung — vorgenommene Handlung kann eine Ordnungsstrafe ausgesprochen werden.

II. Ungebühr. BayRpflZ. **13** 203 (München). Eine Ungebühr stellt auch der Vorwurf des Schwindels gegenüber der Gegenpartei dar.

III. Kann der an erster Stelle erkannten Geldstrafe eine Freiheitsstrafe substituiert werden? (vgl. JDR. **11** Nr. III) SeuffBl. **13** 137 (BayObLG.). Als Ordnungsstrafe ist Geld- oder Haftstrafe zulässig, nicht aber auch Umwandlung der Geld- in Haftstrafe.

§ 182. OLG. 27 7, MecklZ. **31** 191 (Rostock). Eine Ordnungsstrafe darf auch in diesem Falle nur während der Verhandlung und vor Beendigung des Termins festgesetzt werden.

§ 183. Literatur: Delius, Über sitzungspolizeiliche Ungebührstrafen, DJZ. **13** 677—680.

*Delius, DJZ. **13** 677 ff. Die Beschwerde gegen eine Ungebührstrafe ist stets die einfache, nicht die sofortige. Der judex a quo kann also abändern. Über die Beschwerde gegen die von einem beauftragten Richter des LG. verhängte Ungebührstrafe entscheidet nicht die Kammer, sondern unmittelbar das OLG.; der beauftragte Richter des OLG. oder des RG. entscheidet nicht endgültig, sondern die Beschwerde geht an denjenigen Senat, der nach der Geschäftsordnung mit der Beschlußfassung über Ungebührstrafen betraut ist.

§ 184. I. SeuffBl. **13** 137 (BayObLG.). Die nach § 184 vorgeschriebenen Feststellungen zum Sitzungsprotokolle können auch auf Grund von Zeugenaussagen oder nach einem Geständnisse gemacht werden.

II. KGBl. **13** 50 (KG.). Die für den Fall der Festsetzung einer Ordnungsstrafe vorgeschriebene Aufnahme der Veranlassung des Beschlusses in das Protokoll kann durch eine, wenn auch protokollierte, Begründung des Beschlusses nicht ersetzt werden. Vgl. JDR. **11** Nr. II, III.

Siebzehnter Titel. Gerichtsferien.

§ 202. Literatur: Haberstrumpf, Formalismus bei Anwendung der §§ 226 ZPO. und 202 GVG., BayRpflZ. **13** 293.

I. Abs. 1 Ziff. 2. OLG. **27** 225 (Dresden). Auch die Beschwerde über den Ansatz einer Gerichtsgebühr für den Beschluß, durch den die Rückgabe einer im einstweiligen Verfügungsverfahren geleisteten Sicherheit angeordnet ist, ist Feriensache.

II. Abs. 2. Haberstrumpf, BayRpflZ. **13** 293. Wird kurz vor Beginn oder während der Gerichtsferien beim AG. eine Klage eingereicht mit der Bitte um Ansetzung „eines möglichst nahen Termins", so liegt hierin ein Antrag auf Bezeichnung als Feriensache.

Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

§ 12. 1. **RG. 82** 279. Die Verfügungen des preußischen Justizministers vom 7. September 1857 und vom 24. Juni 1907, wonach den suspendierten Justizbeamten die Hälfte ihres Diensteinkommens belassen werden soll, sind von einer Zentralbehörde ergangene, den Provinzialbehörden mitgeteilte allgemeine Verfügungen im Sinne des § 6 PrG. betr. die Erweiterung des Rechtswegs vom 24. Mai 1861, enthalten also objektive Rechtsnormen.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1358. Die „Satzungen für die Anstellung und die besonderen dienstlichen Verhältnisse der Beamten der Landwirtschaftskammer für die Provinz Schlesien" vom 22. Januar 1904 sind ein Gesetz im Sinne des § 12.

3. **RG.** R. **13** Nr. 1357. Die Statuten der Landschaftlichen Bank der Provinz Westpreußen und die Reglements der Landschaft sind objektive Rechtsnormen, weil sie die Verfassung und das Beamtenrecht öffentlich-rechtlicher Körperschaften regeln.

§ 15. 1. Ziff. 1. **RG.** III. JDR. **11** Nr. I 1 jetzt auch RheinA. **110** 370.

2. Ziff. 2. **RG.** R. **13** Nr. 2334. Die Landesgesetzgebung kann die Entscheidung in Enteignungssachen nicht einem Sondergerichte, wohl aber einer Verwaltungsbehörde oder einem Verwaltungsgericht übertragen.

Zivilprozeßordnung.

Allgemeine Vorbemerkung. (Allgemeine Fragen und Zivilprozeßreform.)

A. Allgemeines.

Literatur: Francke, Forderung und prozessualer Vertrag, BuschsZ. **44** 118—124. — Katz, Internationaler Schiedsgerichtshof für bürgerlichen Rechtsstreit, DJZ. **13** 837 bis 841. — Löning, Zur Frage eines internationalen Schiedsgerichts für Ansprüche gegen fremde Staaten, RuW. **13** 199—205. — Schultzenstein, Die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozeßarten, BuschsZ. **43** 301—347. — Stein, Bedingte Prozeßhandlungen, DJZ. **13** 35—42.

I. Schultzenstein, BuschsZ. **43** 301 ff. Weder die Untersuchungsmaxime als solche noch die Verhandlungsmaxime als solche noch gewisse Abschwächungen der einen Maxime zugunsten der anderen sind für den Prozeß im allgemeinen wesentlich; keine der beiden Maximen und keine der Abschwächungen folgt aus dem Begriff und Zwecke des Prozesses mit logischer Notwendigkeit. Für jede Prozeßart könnte, ohne gegen ihren Begriff zu verstoßen und ihren Zweck ganz zu vereiteln, nicht bloß die Untersuchungsmaxime oder die Verhandlungsmaxime, welche dafür gilt, in anderer Weise und in größerem Umfange zugunsten der anderen Maxime ausgestaltet sein, sondern sogar ganz an deren Stelle die andere gesetzt werden. Die Frage ist deshalb allerdings noch nicht legislatorisch bedeutungslos. Aber sie beschränkt sich doch immer lediglich darauf, ob denn der Zweck der Prozeßart noch ebenso gut oder besser erreicht werden würde. Ihre Beantwortung dreht sich mithin nur um die größere oder geringere Brauchbarkeit, also bloß um Zweckmäßigkeitserwägungen und Dinge, die nur so weit und so lange gelten, als ihnen nicht eine begrifflich sehr wohl mögliche, andere positivrechtliche Ausgestaltung zuteil geworden ist.

II. Die Verfolgung vermögensrechtlicher Ansprüche gegen ausländische Staaten. 1. Katz, DJZ. **13** 837 ff. Die praktische Verwirklichung eines internationalen Schiedsgerichtshofs bedarf folgender notwendigen Grundlagen: Der Schiedsgerichtshof ist durch Staatsvertrag zu begründen. Der Gerichtshof ist zuständig für die Entscheidung des bürgerlichen Rechtsstreits zwischen den Angehörigen der Vertragsstaaten, sofern beide Streitparteien den Gerichtshof zur Entscheidung anrufen. Der Gerichtshof entscheidet in einer Instanz. Die Urteile des Schiedsgerichtshofs sind rechtskräftig und vollstreckbar von dem Tage an, an welchem der Präsident des Gerichtshofs die Urschrift des Urteils durch seine Unterschrift vollzieht. Die Vollstreckung der Urteile erfolgt in den einzelnen Vertragsstaaten nach Maßgabe der Landesgesetze, aber ohne sachliche Nachprüfung.

2. Loening, RuW. **13** 199 ff. spricht sich gegen die Errichtung eines internationalen Schiedsgerichts für Ansprüche gegen fremde Staaten aus.

III. Prozeßhandlungen. SeuffA. **68** 6 (Rostock). Ein Armenrechtsgesuch und der Bescheid darauf sind Prozeßhandlungen im Sinne des § 211 Abs. 2 BGB. Vgl. JDR. **10** Nr. A III 2, **11** Nr. A III.

IV. Bedingte Prozeßhandlungen. Stein, DJZ. **13** 35 ff.

V. Gegensätzliches Handeln. Vgl. §§ 84, 138.

VI. Willensmängel bei Prozeßhandlungen (irrtümliche Zurücknahme eines Rechtsmittels). Vgl. § 515.

VII. Ausbeutung der Rechtskraft. Anwendung des § 826 BGB. Hierüber s. unten § 322.

VIII. Vergleich. Vgl. § 794, aber auch §§ 160, 256, 263.

B. Die Zivilprozeßreform.

Literatur: Andersen, Die Zivilprozeßreform in Norwegen, DJZ. **13** 1229—1233. — Bondi, Zur Frage der Wahrheitspflicht im Zivilprozeß und der Prozeßverschleppung,

DJZ. 13 1492. — Bovensiepen, Der Anwaltszwang, RuW. 13 210—214. — Bührer, Eine Milderung des Verhandlungsprinzips, BadRpr. 13 194—195. — Clauß, Rechtsauskunftsbewegung und die Gerichte der Zukunft, DRZ. 13 15—22. — Derselbe, Die Rechtsauskunft auf dem Lande, DRZ. 13 288—294. — v. Freytag-Loringhoven, Reform des russischen Zivilrechts, DJZ. 13 63—67. — Fürst, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß und der Anwaltszwang, JW. 13 825—831. — Gumbinner, Zur Frage der Wahrheitspflicht im Zivilprozeß und der Prozeßverschleppung, DJZ. 13 1380. — Derselbe, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, DJZ. 13 404—405. — Haeger, Die Kostenvorschußpflicht als Mittel zur Prozeßverhütung, DRZ. 13 241—246. — Derselbe, Der obligatorische Sühneversuch, DJZ. 13 580—581. — Hagemann, Die Wahrheitspflicht des Anwalts im bürgerlichen Zivilprozesse, JW. 13 1080—1081. — Hoerle, Zur Justizreform, DRZ. 13 428—430. — Josef, Die Teilung der Objekte und die Prorogationen (Eine Rückerinnerung an die Altpreußische Gerichtsverfassung), DRZ. 13 257—261. — Kann, Die Ermittlung der Wahrheit im Zivilprozeß, DJZ. 13 1009—1015. — Keller, Vorschläge zur Besserung der Rechtspflege, DJZ. 13 275—278. — Kloß, Terminsvertagungen, DJZ. 13 460—461. — Emil Koffka, Die Ermittlung der Wahrheit im Zivilprozesse. Gutachten, erstattet im Auftrage des Vorstandes des deutschen Anwaltsvereins für den XXI. Anwaltstag zu Breslau, Beilageheft zu JW. 13 Nr. 15. — Johannes Koffka, Die Wahrheitspflicht des Anwalts im bürgerlichen Zivilprozesse, JW. 13 1077—1080. — Kohler, Alexander Plosz und die Offizialmaxime im ungarischen Zivilprozesse, RheinZ. 6 1—33. — Derselbe, Die Wahrheitspflicht im Prozeß, DJZ. 13 1286—1289. — Mangler, Zu den Vorschlägen über Prozeßverhütung und Prozeßverbilligung, DRZ. 13 460—469. — Matthießen, Vorverfahren und Eidesreform im Rahmen der geltenden ZPO., DJZ. 13 1405—1411. — Mendelssohn-Bartholdy, Reform des Zivilprozeßwesens, DRZ. 13 273—280, 313—322, 439—449, 483—491. — Neukamp, Wie ist den hauptsächlichsten Klagen des Volkes über den Zivilprozeß abzuhelfen? DJZ. 13 1004—1009. — Oelenheinz, Vom richtiggehenden Instanzenzug, BadRpr. 13 195. — Oertel, Wahrheit und Parteieid, DRZ. 13 364—373. — Peters, Der Staatsgedanke und die Zivilprozeßreform, DJZ. 13 997 bis 1004. — Pfahler, Die Ermittlung der Wahrheit im Zivilprozeß, AGAnw. 13 41. — Reichel, Das schweizerische Zivilprozeßrecht, RheinZ. 5 273—312. — Riedinger, Verhandlungsmaxime und Beweweisaufnahme, DJZ. 13 268—271. — Rosenberg, Formelles Recht und Rechtskniffe, R. 13 149—154. — Rumpf, Zwei Anregungen zur Zivilprozeßreform, RuW. 13 253—259. — Schmidt, Die Wahrheitsermittlung im Zivilprozesse, JW. 13 764—776. — v. Seuffert, Über die neue Ungarische Zivilprozeßordnung, RheinZ. 5 161—173. — Springer, Das Beweisverfahren im Zivilprozeß und seine Reformbedürftigkeit, BuschsZ. 43 521—540. — Tollkiemitt, Zur Frage der Wahrheitspflicht im Zivilprozeß und der Prozeßverschleppung, JW. 13 1190—1191. — Verhandlungen des Dritten Deutschen Richtertages in Berlin am 12. und 13. September 1913, DRZ. 13 709—812. — Verhandlungen des XXI. Deutschen Anwaltstages zu Breslau am 12. und 13. September 1913, Beilageheft zu JW. 13 Nr. 20. — Volkmar, Eine Landgerichtsnovelle, DJZ. 13 1015—1021. — Weißler, Zur Psychologie der Prozeßverschleppung, DNotV. 13 385—392. — Wildhagen, Die Wahrheitspflicht des Anwalts im bürgerlichen Rechtsstreite, JW. 13 963—966. — Witthoff, Das Notariat als Friedensamt, DNotV. 13 630—635.

I. Allgemeine Vorschläge zur Prozeßreform. 1. Mendelssohn-Bartholdy, DRZ. 13 273 ff., stellt zwölf Forderungen an ein gutes Prozeßwesen auf, die er im deutschen Zivilprozeß erfüllt sehen möchte, aber nicht erfüllt findet. Drei Forderungen an das Gesetz: größte Elastizität, vollkommene Klarheit (Eindeutigkeit) und endlich Gemeinverständlichkeit. Drei Forderungen an den Richterstand: Ausbildung des Richters zur Selbständigkeit und möglichste Emanzipation vom Examen; daß der Richter die ihm von der Prozeßordnung gewährten Mittel zur Beherrschung des Prozesses blank halte und Bequemlichkeit und Routine als ärgste Feinde erkenne; daß er über seine Aufgabe der Entscheidung des einzelnen Rechtsstreits klar werde, sich streng auf sie beschränke (Präjudizienwesen!), in ihren Grenzen aber seine Unabhängigkeit unerbittlich wahre. Eine Forderung an Richter und Anwälte zusammen: sie müssen sich als gemeinsame Diener der Rechtspflege fühlen. Fünf Forderungen an die Gestaltung des Verfahrens selbst, die aber

alle von der ersten regiert werden: Mündlichkeit und Unmittelbarkeit und im Zusammenhange damit die wirkliche, nicht bloß im Gesetze fingierte Einheit der mündlichen Verhandlung; Sicherung der Vorbereitung dieser mündlichen Verhandlung und entsprechende Gestaltung des Versäumnisverfahrens; regelmäßige Erledigung der Beweisaufnahme in der mündlichen Verhandlung und vollkommene Freiheit in der richterlichen Beweiswürdigung, auch gegenüber dem Parteieid; Einführung eines einheitlichen Verfahrens für den ganzen ordentlichen Prozeß der ersten Instanz; Aufhebung des Rechtes der Parteien auf zwei volle Instanzen und Abhängigmachung jedes Rechtsmittels von einer ausdrücklichen Erlaubnis des judex a quo oder des Rechtsmittelgerichts.

2. DRZ. **13** 715 ff. Der Dritte Deutsche Richtertag in Berlin hat nach dem Vortrage des RGR. Dr. Lobe, Leipzig: Wie ist den hauptsächlichsten Klagen des Volkes über den Zivilprozeß abzuhelfen? folgende Leitsätze angenommen. Der Richtertag erkennt an, daß das Volk berechtigten Anlaß zu Klagen über den heutigen Zivilprozeß hat. Zu deren Abhilfe bedarf es einer Umgestaltung des Prozeßverfahrens. Für diese empfiehlt sich insbesondere: 1. Es ist von vornherein auf eine bessere Scheidung zwischen streitiger und nichtstreitiger Rechtspflege Bedacht zu nehmen und für letztere ein einfaches, schnelles und billiges Mahnverfahren obligatorisch zu machen. 2. Die vorbeugenden Mittel zur Verhütung von Prozessen sind auszubauen. 3. Bei dem landgerichtlichen Prozeßverfahren ist ein Vorverfahren in geeigneten Fällen vor dem Einzelrichter zur besseren Vorbereitung der Hauptverhandlung vor dem Kollegium einzurichten. 4. Der geformelte Eid ist durch die eidliche Vernehmung der Parteien zu ersetzen. — Der weitere von Lobe gestellte Antrag, für das Berufungsverfahren das Vorbringen neuer Tatsachen und neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel auszuschließen, wurde abgelehnt.

3. Prozeßverhütung. a) Haeger, DRZ. **13** 241 ff. Zur Verhütung unbegründeter Klagen zahlungsunfähiger Parteien empfiehlt sich eine ähnliche Vorschrift wie die des § 554 Abs. 7 auch für die Berufungsinstanz und vor allem für die erste Instanz. Es darf nicht eher Termin auf eine Klage anberaumt werden, als bis der erforderte Kostenvorschuß eingezahlt ist, und zwar in Höhe der einmaligen Gebühr, was ohne jegliche Verzögerung durch Verwendung von Kostenmarken geschehen könnte. b) Clauß, DRZ. **13** 15 ff., empfiehlt die Ausgestaltung der gemeinnützigen Rechtsauskunftsstellen zu einer Art „Unterbau" unserer Rechtspflege, in dem der Leiter der Rechtsauskunftsstelle zum Schiedsmanne bestellt wird und bei Streitobjekten bis etwa 200 M. die Anrufung des Gerichts erst erfolgen darf, wenn der Sühneversuch vor dem Schiedsmanne, dem in gewissen Grenzen die Befugnis zur Aufklärung des Sachverhalts und Verhandlung mit den Parteien zu gewähren ist, erfolglos geblieben ist. c) Haeger, DJZ. **13** 580, wendet sich gegen den Vorschlag von Clauß.

4. Anwaltszwang. Bovensiepen, RuW. **13** 210 ff., empfiehlt anstatt des gesetzlichen Anwaltszwanges wenigstens für die erstinstanzlichen Rechtsstreitigkeiten den Anwaltszwang auf Grund freien, pflichtgemäßen richterlichen Ermessens, das durch kein Beschwerderecht der Parteien eingeengt werden dürfte (sog. „gerichtlicher" Anwaltszwang). Ausnahmslos verwirft er den Anwaltszwang für selbst rechtskundige Parteien, insbesondere die öffentlichen Behörden des Reichs, der Einzelstaaten und der Kommunen und für alle Rechtsstreitigkeiten, die vor den Kammern für Handelssachen anstehen.

II. Vorschläge zur Verbesserung des Beweisverfahrens. (Ermittlung der Wahrheit im Zivilprozesse. Wahrheitspflicht. Eidesreform.) 1. Riedinger, DJZ. **13** 268 ff. Es ist Sache der Partei, die Behauptungen aufzustellen, und Aufgabe des Richters, die Beweise

über streitige Behauptungen zu erheben, nicht aber, durch Beweisaufnahmen die Unterlagen für die Behauptungen der Parteien zu schaffen. Diese in der Theorie von niemandem bezweifelte Wahrheit wird in der Praxis leider oft nicht beachtet. Ihre genaue Einhaltung würde zu einer Vermeidung überflüssiger Beweisaufnahmen und damit zu einer Beschleunigung des Verfahrens führen.

2. JW. **13** Beilageh. zu Nr. 20. Der XXI. Deutsche Anwaltstag in Berlin hat nach einem Referat der Rechtsanwälte Dr. Heilberg und Dr. Mittelstädt über „die Ermittlung der Wahrheit im Zivilprozesse" folgende Leitsätze angenommen: 1. Die Wahrheitsermittlung hat sich nur auf die rechtlich erheblichen Anführungen zu erstrecken, soweit diese bestritten sind, vorbehaltlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte. 2. Innerhalb dieser Grenzen ermöglicht erst eine eingehende und genaue Ermittlung der tatsächlichen Vorgänge und Verhältnisse, aus denen der Rechtsstreit hervorgegangen ist, eine dem Rechte und den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechende Zivilrechtspflege. 3. Innerhalb der streitigen Tatsachen ist es unzulässig, wissentlich unwahre Behauptungen aufzustellen oder wahre Behauptungen wissentlich zu bestreiten. 4. Die zweckmäßigsten Mittel zur Wahrheitserforschung sind die kontradiktorische mündliche Verhandlung der Parteien, unterstützt durch eingehende Erörterung der Sach- und Rechtslage seitens des Gerichts, unter Ablehnung der Eventualmaxime. 5. Die Mitwirkung der Anwälte ist eine erhebliche Erleichterung der Wahrheitsermittlung. 6. Es ist wünschenswert, daß die Fragen, welche in der mündlichen Verhandlung vorgelegt werden sollen, den Parteivertretern vorher schriftlich übermittelt werden. Die Gerichte dienen zweckmäßigerweise der Wahrheitsermittlung durch umfassende Beweiserhebung, allgemeinere Fassung der Beweisbeschlüsse, eingehende Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen, möglichst vor dem Prozeßgerichte selbst. Eine Änderung der Gesetzgebung dahin, daß für Beweisbeschlüsse eine allgemeinere Fassung zugelassen werde, ist erwünscht. 7. Die uneidliche Vernehmung der Partei als Beweismittel ist abzulehnen. Dagegen ist, unter Aufrechterhaltung der bisherigen Vorschriften über die Auferlegung des Eides bei Abnahme des durch Beschluß oder Urteil auferlegten Eides, an Stelle eines formulierten Eides die Partei über den Gegenstand des Eides eidlich zu vernehmen. 8. Der Beweis für eine bestrittene Tatsache kann auch durch Antrag auf Beiziehung einer behördlichen Auskunft angetreten werden. Die Behörde kann die Auskunft nur dann verweigern, wenn wichtige Gründe zur Geheimhaltung vorliegen. 9. Die Vorlegung einer Urkunde nach § 422 ZPO. kann nur dann verweigert werden, wenn der Besitzer der Urkunde wichtige, außerhalb des Prozesses liegende Gründe hat, die Urkunde nicht vorzulegen.

3. **a)** Fürst, JW. **13** 825 ff. Eine Wahrheitspflicht besteht im Prozesse, bedarf aber keiner gesetzlichen Vorschrift oder gar der Strafandrohungen. Als verboten ist zu erachten das Vorbringen von Behauptungen und Bestreitungen, welches trotz Kenntnis der Unwahrheit erfolgt. Es wird weiter die wahrheitsliebende Partei möglichst darauf achten, daß dem Gerichte die verschiedene Herkunft der Parteibehauptungen nicht verborgen bleibt, daß also z. B. bloße Annahme oder Schlußfolgerungen nicht als wirkliche eigene Kenntnis ausgegeben werden. Ein weiteres aber zu fordern, etwa daß man Behauptungen unterläßt, bezüglich deren man selbst zweifelt, würde zu weit gehen; die Erfahrung hat schon oft gezeigt, daß Behauptungen, die auf dem ersten Blick unglaublich erscheinen mochten, sich hinterher als wahr erwiesen. **b)** Ähnlich Kohler, DJZ. **13** 1286 ff. und Wildhagen JW. **13** 963 ff.

4. Gegen das Bestehen oder die Einführung einer gesetzlichen Wahrheitspflicht sprechen sich Joh. Koffka, JW. **13** 1077 ff., und Hagemann, JW. **13** 1080 ff. aus.

5. Oertel, DRZ. 13 364 ff., schlägt folgende Grundzüge für ein zukünftiges Eidesrecht vor: Durch die Erweiterung der Rechte des Richters bei der Sammlung des Streitstoffs wird der Parteieid mehr noch als heute zum äußersten Notbehelfe. Wo er als solcher nicht zu entbehren ist, wird aus demselben Grunde doch verhältnismäßig öfter als jetzt und mit überzeugenderer Wirkung der richterliche Eid angewandt werden können. Nur für die seltenen Ausnahmefälle, in denen auch dafür die Grundlage fehlt, bleibt der Schiedseid bestehen. Jeder Parteieid wird durch Beschluß aufgelegt und in der Weise abgenommen, daß der Schwurpflichtige sich zunächst nach der jetzigen Art des Zeugen zu gerichtlichem Protokoll über das auszusprechen hat, was er zum Beweissatze selbst getan oder wahrgenommen oder was er über Handlungen oder Wahrnehmungen seines Vertreters oder Rechtsvorgängers hat in Erfahrung bringen können; dann erst beschwört er, daß er damit alles gesagt habe, was er zur Sache wisse, so jedoch, daß der Natur des Beweisbeschlusses entsprechend der Richter zwischen Vernehmung und Vereidigung von sich aus wie auf Antrag der Parteien, die vielleicht erst aus jener das Vorhandensein noch unbenutzter Beweismittel erfuhren, neue Anordnungen treffen kann. Der Parteieid muß aber auch in dieser Gestalt seine Formalwirkung behalten. Es würde zu ganz unhaltbaren Zuständen führen, wenn man gegen den Eid, vor dessen Abnahme so reichliche Gelegenheit gegeben war, andere Beweise anzutreten, noch einen einfachen Gegenbeweis gestatten wollte. In dieser Beziehung muß der Parteieid sich zuletzt doch wesentlich von der Zeugenaussage unterscheiden, genau so wie die echte Urkunde. Das wird aber um so eher zu ertragen sein, je seltener er wird und je besser zugleich dafür gesorgt ist, daß seine Überzeugungskraft mit seiner Formalwirkung übereinstimmt.

Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt. Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit.

§ 3. Literatur: Schönfeld, Der Wert des Streitgegenstandes bei Alternativanträgen, R. 13 710—712.

I. Allgemeines. Anwendbarkeit von § 3. Grenzfälle gegen §§ 4—9. 1. Streitwert bei Alternativanträgen. Schönfeld, R. 13 710 ff. Bei Einklagung mehrerer Leistungen gemäß § 262 BGB. ist § 5 unanwendbar und kommt für die Kostenberechnung der höhere der mehrfachen Werte allein in Betracht. Diese Art des Kostenansatzes gilt auch für die Klage aus § 256, unter Umständen sogar für die aus § 280. Ganz ebenso verhält es sich, falls mit der Klage ein Betrag aus verschiedenen Rechtsgründen, also eine Leistung aus mehrfachen Schuldverhältnissen verlangt wird, und falls die Verteidigung in die Form einer der gedachten Feststellungsklagen gebracht wird und daraufhin das Urteil gegen den Gläubiger ergeht, es stehe ihm weder a noch b zu. Insbesondere findet im letzten Falle keine Zusammenrechnung der Gegenstände aus a sowohl als auch aus b statt. Die Widerklage mit weder a noch b greift nicht weiter als die Klage mit entweder a oder b. Gibt für die positive Klage der höhere der mehreren Streitgegenstände das Wertobjekt für die Kostenberechnung ab, dann gibt er das auch für die negative Feststellungsklage, insonderheit für die Feststellung im Kleide der Widerklage.

2. R. 13 Nr. 1327 (Colmar). Der Wert des Streitgegenstandes bei einer Klage auf Feststellung, daß die vom Beklagten erklärte Anfechtung des Kaufvertrags nicht berechtigt sei, ist nicht gleich dem Werte der Leistung, die von der einen oder anderen Partei als Folge der Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vertrags beansprucht oder verweigert werden dürfte, sondern gemäß § 3 nach freiem Ermessen zu bestimmen.

3. KGBl. **13** 20 (KG.). Der Wert des Streitgegenstandes für die persönliche Klage aus der Hypothek ist nach freiem Ermessen zu schätzen.

4. OLG. Dresden IDR. **11** Nr. I 4 jetzt auch OLG. **27** 10.

5. Übung des richterlichen Ermessens. OLG. **27** 9 (Hamburg). Das Gericht muß darauf sehen, daß die Genauigkeit der auf die Wertabschätzung abzielenden Untersuchung in einem normalen Verhältnisse zu den in Betracht kommenden berechtigten Interessen bleibt. Es entspricht nicht den Erfordernissen einer guten Rechtspflege, wenn bei dieser Untersuchung mit einer Peinlichkeit und einem Arbeitsaufwande verfahren wird, die zu dem verfolgten Zwecke in offenbarem Mißverhältnisse stehen würden. Ist eine sichere Festsetzung des Wertes auf einen bestimmten Geldbetrag überhaupt unmöglich, so bedarf es keiner Schätzung durch Sachverständige; das Gericht kann sein eigenes Ermessen zum Maßstabe nehmen.

6. OLG. **27** 103 (Posen). Die Festsetzung des Streitwerts nach freiem Ermessen findet in der höheren Instanz uneingeschränkt nur dann statt, wenn diese mit der Sache selbst befaßt ist. Hat die höhere Instanz als Beschwerdegericht über die Festsetzung zu befinden, so bildet der Antrag die äußerste Grenze der Festsetzung.

II. Grundsätze für die Schätzung. 1. Begrenzung des Streitwerts durch den Inhalt der Klageschrift und die mündliche Verhandlung. **a)** RheinA. **110** 244 (Düsseldorf). Eine in einem Schriftsatz angekündigte, bei der mündlichen Verhandlung aber nicht verlesene Klagerweiterung kommt für die Wertfestsetzung nicht in Betracht. **b)** RheinA. **110** 246 (Düsseldorf). Bei der Festsetzung des Streitwerts ist eine in einem Schriftsatz angekündigte, bei der mündlichen Verhandlung aber nicht verlesene Klagerweiterung oder Widerklage auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn die Festsetzung von einem der Rechtsanwälte beantragt ist.

2. **RG.** WarnE. **13** 179. Beispiel der Bemessung des Streitwerts bei einer aus § 844 Abs. 2 BGB. und § 10 Abs. 2 KraftFahrzG. erhobenen unbezifferten Feststellungsklage.

3. Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines mehrjährigen Milchlieferungsvertrags. OLG. **27** 10, MecklZ. **31** 196 (Rostock). Bezweckt die Klage die Feststellung der Nichtigkeit eines auf 10 Jahre abgeschlossenen Milchlieferungsvertrags, von dessen Pflichten sich die Kl. durch Zahlung einer bestimmten Entschädigung befreien können, so ist der Wert des Streitgegenstandes nicht höher als der von den Klägern für diesen Fall zu berichtigende Betrag.

4. Wert des Streitgegenstandes für die Klage auf Löschung eines Gebrauchsmusters. **a)** **RG.** LeipzZ. **13** 473, MSchutz uWettbew. **12** 555. Während in einzelnen Entscheidungen (IW. **96** 1, **02** 309) nur das Interesse des jeweiligen Klägers an der Nichtbeeinträchtigung seines Gewerbebetriebs durch das Gebrauchsmuster für maßgebend erachtet worden ist, findet sich bereits in der IW. **02** 131 abgedruckten Entscheidung die Ansicht vertreten, daß der Wert zugrunde zu legen sei, den das Gebrauchsmuster allgemein in der Hand eines Gewerbetreibenden habe. Dieser Ansicht ist der Vorzug vor der ersten zu geben, da sie allein dem Umstande, daß die Klage auf Löschung des Gebrauchsmusters in § 6 Abs. 1 GebrMG. als Popularklage ausgestaltet worden ist, genügend Rechnung trägt. Nicht nur zwischen dem jeweiligen Kläger und dem Inhaber des Gebrauchsmusters wirkt das Urteil, das die Löschung eines Gebrauchsmusters anordnet, vielmehr wird diesem die Wirkung auch gegenüber jedem Dritten entzogen. Der jeweilige Kläger braucht ein Interesse an der Nichtigkeit des Gebrauchsmusters weder darzulegen noch überhaupt zu besitzen. Deshalb erscheint es billig und der Natur der Löschungsklage angemessen, daß bei ihr nicht das Interesse des Klägers, sondern der gemeine Wert des Gebrauchsmusters den Maßstab für die Bestimmung des

Streitgegenstandes bildet. b) **RG.** LeipzZ. **13** 219. Für den Streitwert der Popularklage auf Löschung eines Gebrauchsmusters wegen mangelnder Schutzwürdigkeit ist nicht das ökonomische Interesse des Klägers an der Löschung, sondern der Wert maßgebend, den das Gebrauchsmuster in der Hand des Beklagten hat (JW. **02** 131).

5. MschutzuWettbew. **12** 586 (KG.). Die Klägerin hat als Inhaberin eines Gebrauchsmusters Klage auf 1. Unterlassung der Störung 2. Rechnungslegung, 3. Schadensersatz erhoben. Das LG. hat durch den angefochtenen Beschluß den Streitwert auf 1000 M. festgesetzt. Der Klägerin ist darin beizutreten, daß für die Streitwertfestsetzung ihr Interesse maßgebend ist, das sie mit der Klage verfolgt. Dies kann aber nicht dahin führen, daß sie ihr Interesse beliebig verwertet. Die Klägerin hat der Beklagten das Recht bestritten, die Doppeltasche herzustellen und feilzubieten. Ihr Interesse wird also durch den Mehrgewinn bestimmt, den sie erzielen könnte, wenn der Mitbewerb der Beklagten beseitigt werden würde. Hierbei ist natürlich der Geschäftsumsatz der Beklagten zu berücksichtigen. Die Beklagte hat glaubhaft gemacht, daß sie in etwa 6 Monaten etwa 150 Dutzend Taschen verkauft und daran 3000 M. verdient hat. Beachtet man weiter, daß es sich nicht um einen wichtigen Bedarfsartikel, sondern um einen Artikel handelt, der gelegentlich bei Sicht gekauft wird, und daß deshalb nicht anzunehmen ist, daß jeder Käufer im Geschäfte der Beklagten die Tasche bei der Klägerin gekauft haben würde, wenn die Beklagte die Tasche nicht geführt hätte, und berücksichtigt man endlich die längste Schutzdauer des Gebrauchsmusters, so ist der Streitwert auf 5000 M. zu schätzen. Daß die Klägerin außer der Unterlassung noch Rechnungslegung und Schadensersatz fordert, kann im vorliegenden Falle nicht eine Erhöhung des Streitwerts zur Folge haben. Der Unterlassungsanspruch ist hier der umfassendere. Das Gebrauchsmuster bestand noch nicht lange.

6. Wertfestsetzung bei der Vollstreckungsgegenklage, wenn die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen Nichtfälligkeit der Forderung geltend gemacht wird. a) KGBl. **13** 61 (KG.). Gegenstand dieses Prozesses ist nicht etwa die Feststellung, daß die Forderung noch nicht fällig sei. Das ist nur ein Klagegrund für die beanspruchte Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung. Was der Kläger mit seiner Klage erstrebt, ist die Unzulässigkeitserklärung selbst. Daher bildet für den vorliegenden Rechtsstreit der Betrag der Forderung den Wert des Rechtsstreits. b) Dagegen KGBl. **13** 20 (KG.). Das Interesse des Klägers an der vorliegenden Zwangsvollstreckungsklage besteht nicht in der Verneinung des zur Zwangsvollstreckung gestellten Anspruchs der Beklagten (in Höhe von rund 22 000 M.), sondern nur in der Feststellung, daß dieser Anspruch gegenwärtig noch nicht fällig ist; es betrifft also nur die Art und Weise, wie der — an sich nicht in Abrede gestellte — Anspruch der Beklagten gegen ihn zu erfüllen ist. Dieser Anspruch muß bei der Wertbestimmung nach § 3 und zwar als ausschlaggebend mitgewürdigt werden (vgl. **RG.**, JW. **93** 466) und rechtfertigt die Annahme, daß das Interesse des Klägers an der Zwangsvollstreckungsgegenklage nur mit 3400—4300 M. zu bewerten ist.

7. Streitwert bei Klagen zwischen Miterben. OLG. **27** 12 (KG.). Zwei von 7 Miterben haben gegen einen dritten Miterben Klage auf Einwilligung in die Herausgabe von Wertpapieren erhoben, die ihnen nach ihrer Behauptung auf Grund eines Vorausvermächtnisses zukommen. Das LG. hat den Streitwert gleich dem Werte der Wertpapiere, das KG. jedoch nur auf $1/7$ dieses Wertes festgesetzt. Maßgebend ist das Interesse der Kläger, das sie durch die beiden Prozesse verfolgen. Sie wollen damit die Zustimmung des Beklagten zur Herausgabe erreichen, seinen Widerspruch beseitigen. Da sieben Erben anteilsberechtigt sind, kann der Widerspruch des Beklagten auch nicht weiter reichen, als seine etwaigen Rechte an diesen Papieren äußerstens reichen könnten. Er kann höchstens zu $1/7$ des

Wertes der Papiere an ihnen berechtigt sein, sein Widerspruch hat also auch unr diese Tragweite.

8. Streitwert, wenn der Rechtsstreit durch Konkurs einer Partei unterbrochen und demnächst aufgenommen ist. BadRpr. **13** 85 (Karlsruhe). Bis zur Aufnahme des Rechtsstreits bleibt der frühere Streitwert maßgebend, während von da an für die Streitwertsberechnung § 148 KO. entscheidend ist. Ist für die nicht bevorrechtigten Gläubiger eine Konkursdividende nicht zu erwarten, so ist der Streitwert auf 0—20 M. festzusetzen.

9. Konkursfeststellungsklage. OLG. **27** 14 (KG.). Der Umstand, daß der Kläger vor Erhebung der Klage im Wege des Arrestes eine Anzahl sicherer Forderungen des Gemeinschuldners gepfändet hatte, ist für die Bemessung des Streitwerts nach § 148 KO. ohne Bedeutung.

10. Klage auf Rechnungslegung nach § 254. OLG. **27** 15 (Hamburg). Der Streitwert ist, auch wenn ein bestimmter Herausgabeantrag noch nicht gestellt ist, gleich dem Betrage festzusetzen, den der Kläger seiner Angabe nach noch zu fordern hat.

III. Streitwert in der Revisionsinstanz. Hierüber s. § 546.

IV. Streitwert bei einstweiligen Verfügungen und Arresten in Ehestreitigkeiten. OLG. **27** 11, SeuffBl. **13** 223 (München). Der Streitwert für eine einstweilige Verfügung auf Verbot der Verfügung über das Gesamtgut in Ehestreitigkeiten, für die damit verbundene Arrestanordnung und für die Forderungspfändung auf Grund der letzteren ist gemäß § 3 nach freiem Ermessen zu bestimmen und regelmäßig für alle Anträge einheitlich auf die Hälfte des Wertes der Forderung des klagenden Ehegatten am Gesamtgute festzusetzen.

§ 4. 1. Eine Änderung lediglich des gemeinen Wertes des Streitgegenstandes ist einflußlos. OLG. **27** 10 (Hamburg). Natürlich kann sich im Laufe des Rechtsstreites durch Beschränkung oder Erweiterung des Klaganspruches der Streitwert ändern. Aber eine Änderung des Streitwertes tritt nicht ein, wenn ohne Änderung des Anspruches lediglich dessen gemeiner Wert sich verändert. Dieser Fall liegt hier nach der Behauptung des Beklagten vor, da er seinen Antrag auf Veränderung des Streitwertes lediglich darauf stützt, daß durch den Eigentumswechsel hinsichtlich des Grundstücks das Interesse der Parteien an dem Ausfalle des Rechtsstreits ein höheres geworden sei.

2. Abs. 1 Halbsatz 2. **a)** BadRpr. **13** 59 (Karlsruhe). Ein als Nebenforderung geltend gemachter Schaden bleibt, gleichgültig, wie hoch er sich beläuft, schlechthin unberücksichtigt. Dies gilt auch, wenn der Schaden nicht in einer Leistungs-, sondern in einer Feststellungsklage geltend gemacht und zugleich wegen des Schadens Sicherheitsleistung gefordert wird. **b)** HessRspr. **14** 229 (Darmstadt). Bei Berechnung des Streitwerts der Vollstreckungsgegenklage des § 767 bleiben die Kosten der Zwangsvollstreckung als Nebenforderung außer Betracht.

§ 5. Literatur: Hümmer, Streitwertfestsetzung bei verschiedener Beteiligung am Rechtsstreite, R. **13** 712—713.

Hümmer, R. **13** 712. Bei verschiedener Beteiligung mehrerer Streitgenossen am Rechtsstreite (der Kläger klagt 500 M. gegen A., 5000 M. gegen B. und 20 000 M. gegen C. ein), darf jeder Anwalt seine Gebührenberechnung nur nach dem Streitwert aufstellen, der sich aus der Beteiligung seiner Partei am Rechtsstreit ergibt.

§ 6. 1. Eigentumsklage. **a)** R. **13** Nr. 867 (BayObLG.). Der Wert des Streitgegenstandes bei einer Eigentumsklage ist gleich dem Werte des Gegenstandes, der als Eigentum beansprucht wird. Etwaige Beschränkungen des Eigentums durch Nutzungsrechte anderer kommen bei der Bemessung des Wertes nicht in Betracht. **b)** OLG. **27** 12 (München). Der Streitwert einer Klage, mit der die Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung weiterer Eingriffe in das Grundstück

des Klägers durch Entnahme von Kies begehrt wird, mit der Begründung, daß dem Beklagten lediglich die Entnahme von 2500 cbm Kies vertragsmäßig gestattet gewesen sei, ist gemäß § 3 nach freiem Ermessen auf 2000 M. festzusetzen. Die Einwendung des Beklagten, daß der Kläger die Entnahme weiterer 6000 cbm zu je 1 M. gestattet habe, hat für die Wertberechnung außer Betracht zu bleiben.

2. Klage auf Anfechtung einer Vormerkung. **RG.** R. **13** Nr. 3028. Handelt es sich um die Anfechtung der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Rechtes auf Auflassung, so sind für die Bemessung des Streitwerts nicht die Grundsätze analog anzuwenden, nach denen bei Ansprüchen auf Befreiung von Hypothekenschulden der Streitgegenstand bewertet wird. Die Forderung, wegen deren der Anfechtende Befriedigung sucht, bildet, einheitlich mit Zinsen und Kosten berechnet, die Höchstgrenze des Streitwerts. Übersteigt der Forderungsbetrag den anfechtbar aufgeopferten Zugriffswert, so ist für den Streitwert der letztere entscheidend; unangefochtene Belastungen der Sache, auf welche der Zugriff begehrt wird, kommen dabei in Abzug. Hiernach ist es für die Zulässigkeit der Revision nicht entscheidend, daß die Forderung des Klägers mehr als 4000 M. beträgt. Es kommt vielmehr weiter noch darauf an, welchen Zugriffswert die in Betracht kommenden Grundstücke dem Kläger gewähren, wenn der Beklagte nach dem Klagbegehren die Zwangsvollstreckung in sie wegen der klägerischen Forderung ohne Rücksicht auf die angefochtene Vormerkung zu dulden hat.

3. Erbschaftsklage. BadRpr. **14** 16 (Karlsruhe). Wird mit der Klage der Anspruch auf Zahlung von zum Nachlasse gehörigen Forderungen gegen einen Dritten nichterbberechtigten angeblichen Schuldner des Nachlasses geltend gemacht, so ist nicht das Interesse des klagenden Miterben, das sich nur auf seine Erbquote beschränkt, für die Streitwertfestsetzung maßgebend, sondern der Wert der Sache oder der Betrag der Forderungen, deren Zahlung der insoweit auch die Geschäfte seiner etwaigen Miterben führende klagende Erbe von dem Schuldner begehrt.

4. Wert des Streitgegenstandes, wenn der Mitbesitz einer Sache von einem Kläger gegen mehrere Beklagte in Anspruch genommen wird. HansGZ. **13** Beibl. 106 (Hamburg). Mehrere Mitbesitzer können nur gemeinschaftlich den vollen Wert der Sache in Anspruch nehmen, dem Mitbesitzanspruch eines einzelnen der Besitzgenossen entspricht nur ein entsprechender Teilwert der Sache. Da der Kläger nach dem Ziele der Klage den Besitz gemeinschaftlich mit zwei Beklagten ausüben will, ist für den Streitwert ein Drittel des Vollwerts der Sachen maßgebend. Unerheblich ist, wenn nach Lage der Sache noch weitere Personen Ansprüche auf Mitbesitz haben. Es kann nur das tatsächliche Klagbegehren beachtet werden, das auf die Besitzrechte anderer Personen als die Parteien keine Rücksicht nimmt. Für die Gestaltung der Mitbesitzerstellung eines oder mehrerer Miteigentümer ist im übrigen nicht die Größe seines ideellen Eigentumsanteils, sondern lediglich die Zahl seiner Besitzgenossen bestimmend, da das Recht einen auf einen ideellen Teil einer Sache beschränkten Besitz nicht kennt.

5. Wert des Streitgegenstandes in dem durch das französische Gesetz vom 30. März 1831 geregelten Besitzeinweisungsverfahren. ElsLothJZ. **13** 242 (Colmar). In dem Verfahren betreffend „l'expropriation et l'occupation temporaire en cas d'urgence des propriétés privées necessaires aux travaux des fortifications" ist der Streitwert weder nach dem Werte dieser Grundstücke noch nach der Höhe der dem Reichsmilitärfiskus für deren Besitzergreifung von dem Gerichte auferlegten Sicherheit, sondern nach dem Interesse des Antragstellers an der sofortigen Besitzeinweisung in die demnächst zu enteignenden Grundstücke nach freiem Ermessen zu schätzen.

6. Klage gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung. a) OLG. Colmar JDR. **11** Nr. 3 jetzt auch ElsLothJZ. **13** 187.

b) OLG. **26** 165 (Marienwerder). Der Streitwert bemißt sich nach dem Interesse des Klägers. Dieses gemäß § 3 nach freiem Ermessen zu schätzende Interesse kommt tatsächlich dem Betrage der Forderung des Klägers gleich, da erst durch die Verurteilung des Beklagten die Realisierung der Forderung des Klägers gegen die Frau des Beklagten ermöglicht wird.

§ 7. 1. R. **13** Nr. 703 (BayObLG.). Erst in der Zukunft mögliche Nachteile einer Dienstbarkeit sind bei der Streitwertsberechnung außer Betracht zu lassen.

2. R. **13** Nr. 704 (BayObLG.). Das Begehungsrecht eines Müllers längs seines Mühlkanals führt regelmäßig nicht zu einer erheblichen Entwertung des dienenden Grundstücks.

§ 8. 1. Streitwert bei der Klage auf Feststellung des Bestehens eines Mietverhältnisses, wenn gleichzeitig Zahlung des fällig gewordenen und künftig fällig werdenden Mietzinses begehrt wird. Wie OLG. Karlsruhe JDR. **11** Nr. 2a jetzt auch BadRpr. **13** 59 (Karlsruhe) und OLG. **27** 13, BadRpr. **13** 87 (Karlsruhe).

2. Räumungsklage. WürttZ. **13** 335 (Stuttgart). Wenn ein Mieter, dem auf einen bestimmten Zeitpunkt gekündigt ist, die Wohnung zu diesem Zeitpunkte nicht verläßt und dadurch den Vermieter zur Räumungsklage zwingt, so kann dies nach dem Sinne und Zwecke der Bestimmung des § 8 nicht dazu führen, daß der Wert des Streitgegenstandes gemäß § 6 festgesetzt wird. Vielmehr muß, da auch § 8 insofern nicht anwendbar ist, als ein, „auf die gesamte streitige Zeit fallender Zins" mangels Angabe in der Klage nicht zu ermitteln ist, das gerichtliche Ermessen nach § 3 Platz greifen.

3. BadRpr. **13** 59 (Karlsruhe). Der Wert des Anspruchs auf Gestattung der Besichtigung einer Mietwohnung durch Mietlustige und des Anspruchs auf Herausgabe der Wohnungsschlüssel ist gemäß § 3 nach freiem Ermessen zu schätzen.

4. **RG.** LeipzZ. **13** 219, WarnE. **13** 150. Streiten die Parteien, wenn sich auch der Klagantrag seinem Wortlaute nach auf die Feststellung der Nichtigkeit eines zwischen dem Beklagten und einem Dritten geschlossenen Pachtvertrags richtet, in Wirklichkeit nicht über das Bestehen dieses Pachtverhältnisses, so kann für die Wertberechnung die Bestimmung des § 8 nicht in Betracht kommen. Vielmehr ist nach § 3 lediglich das Interesse maßgebend, das der Kläger an der Beseitigung des Pachtvertrags hat. Dieses Interesse bemißt sich aber nach seinem Anteil an dem etwaigen Mehrbetrage der Nutzungen, die die Parteien im Falle einer anderweitigen Verpachtung hätten erzielen können.

5. SeuffA. **68** 421, ThürBl. **60** 260 (Jena). Die Vorschrift des § 9a Abs. 2 GKG. ist auch auf Rentenansprüche aus dem KraftfG. anwendbar. Denn dessen Bestimmungen über die Haftpflicht sind denen des HaftpflG. nachgebildet, die §§ 3, 3a, 7 HaftpflG. kehren darin sogar wörtlich wieder.

§ 9. 1. Streitwert der Klage, durch die eine Berufsgenossenschaft für die von ihr dem Verletzten zu zahlende Rente den Unternehmer in Anspruch nimmt. BadRpr. **13** 173 (Karlsruhe). Der Streitwert ist gemäß § 9 auf den $12^1/_2$fachen Betrag der jährlichen Rente festzusetzen. Daß die auf Grund der Reichsunfallversicherung zu zahlenden Unfallrenten keine feststehenden sind, sondern nach § 1600 RVO. Abänderungen unterliegen, je nachdem die Unfallfolgen abnehmen oder sich verschlimmern, und daß daher der Kapitalwert dieser Renten nach einem vom RVA. aufgestellten Tarife zu ermitteln und zugrunde zu legen ist, ist unzutreffend. Allerdings hatte der Kläger das Recht, von dem Haftpflichtigen an Stelle der Renten deren Kapitalwert zu fordern, er hat aber von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht. Der vom RVA.

aufgestellte Tarif ist übrigens nur für die Rechnungsabschnitte maßgebend, er ist zu Bilanzierungszwecken bestimmt.

2. BadRpr. **13** 29 (Karlsruhe). Bei einer Klage aus § 140 GewUVG. ist der Streitwert nach § 9 a GKG., nicht nach § 9 ZPO. festzusetzen. Eine unmittelbare Haftung Dritter gegenüber der Berufsgenossenschaft wird durch das GewUVG. nicht begründet. Die Berufsgenossenschaft kann stets nur als Rechtsnachfolgerin des Verletzten dessen Ersatzansprüche gegen Dritte geltend machen. § 9 a GKG. wird aber nicht dadurch unanwendbar, daß der Anspruch von einem Rechtsnachfolger des Verletzten geltend gemacht wird.

3. Bewertung von Fischereirechten. BayRpflZ. **13** 258 (München). Wenn auch § 9 auf die Bewertung von Fischereirechten nicht unmittelbar Anwendung findet, so kann doch der jährliche Ertrag nach Abzug der Auslagen in ähnlicher Weise kapitalisiert werden. Bei einem ergiebigen, wenn auch kurzen Mühlgraben kann nach einer ständigen reinen Jahresausbeute von 30 M. ein Wert von 650 M. für das Recht angenommen werden.

4. „Gesetzliche" Alimente im Sinne des § 9a GKG. OLG. **27** 14 (Hamm). Auf gesetzlicher Vorschrift beruhen die Unterhaltsansprüche der Verwandten und Ehegatten auch dann, wenn sie sich auf einen Vertrag stützen. Durch den Vertrag wird nicht das Wesen der Unterhaltspflicht als einer „gesetzlichen" geändert, sondern nur die Art der gesetzlichen Pflicht näher geregelt. Auch für die Klage aus dem Vertrag ist mithin § 9 a GKG. anwendbar.

§ 10. SächsRpflA. **13** 520 (Dresden). Die Bestimmung kann auf die Fälle, in denen es sich um eine vereinbarte Zuständigkeit handelt, nicht Anwendung finden. Wenn die Parteien ausdrücklich vereinbart haben, daß ihre Rechtsstreitigkeiten durch den Einzelrichter entschieden werden sollen, so kann das Gesetz nicht unter dem Gesichtspunkte, daß eine Kollegialentscheidung besser sei als die eines Einzelrichters, der beklagten Partei die Möglichkeit abschneiden, die landgerichtliche Entscheidung wegen Unzuständigkeit des Gerichts anzufechten.

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

Vor § 12. 1. **RG.** MschutzWettbew. **13** 15. WarnE. **13** 459. Nach der ständigen Rechtsprechung des RG. (**RG. 29** 371, **61** 70, GruchotsBeitr. **45** 1105) genügt zur Begründung der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts schon die bloße Behauptung der einschlägigen Tatsachen, wenn die zuständigkeits- und die klagebegründenden Tatsachen zusammenfallen. Diese Annahme beruht auf der Erwägung, daß unzweckmäßige Weiterungen entständen, wenn das Gericht bei Fällen der bezeichneten Art in einem besonderen Verfahren über die streitigen Behauptungen Beweis erheben und durch Urteil allein über seine Zuständigkeit entscheiden müßte (§ 275), obwohl es durch den gleichen Sach- und Streitstand bereits in die Lage gesetzt wäre, über den Klaganspruch selbst eine sachliche Entscheidung zu treffen. Hierbei besteht auch nicht etwa die Gefahr, daß der Beklagte durch einen unzuständigen Richter verurteilt werden könnte. Denn wird der Beweis der Klagebehauptungen nicht erbracht, so muß die Klage abgewiesen werden; gelingt aber der Beweis, so ist damit auch die Zuständigkeit nachgewiesen, und das Gericht, das den Beklagten zur Sache verurteilt, hat notwendigerweise auch die örtliche Zuständigkeit. Diese Voraussetzung ist aber nicht gegeben bei einer Klage aus Verletzung von Patent- und Gebrauchsmusterrechten im Gerichtsstande der unerlaubten Handlung, wenn es sich um eine unerlaubte Gesamthandlung handelt und diese sich aus mehreren Einzeltatbeständen zusammensetzt, die sich auf verschiedene Gerichtsbezirke verteilen. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist nur begründet, wenn ein Bestandteil der unerlaubten Handlung im Bezirke dieses Gerichts begangen worden ist. Hingegen würde die Klage wenigstens teilweise durchdringen, wenn die Beweisaufnahme

ergeben würde, daß der Beklagte zwar nicht im Bezirke des angerufenen Gerichts, wohl aber in anderen Gerichtsbezirken die ihm zur Last gelegten Patent- oder Gebrauchsmusterverletzungen begangen hat. Wenn unter diesen Umständen das angerufene Gericht über den gesamten Klaganspruch zu entscheiden hätte, so träte allerdings das mit der Rechtsordnung unvereinbare Ergebnis ein, daß eine Partei wider ihren Willen durch ein unzuständiges Gericht verurteilt werden könnte. Es ist daher Sache des Klägers, den Beweis dafür zu erbringen, daß die Beklagte sein Patent oder seine Gebrauchsmuster durch eine im Bezirke des angerufenen Gerichts begangene unerlaubte Handlung verletzt hat.

2. **RG.** WarnE. **13** 359. Der vom RG. eingenommene Standpunkt, daß dann, wenn die zuständigkeitsbegründenden mit den anspruchsbegründenden Tatsachen zusammenfallen, die ersteren eines Beweises nicht bedürfen, ist keineswegs ohne Anfechtung geblieben. Ob insbesondere die Gründe, die das RG. in der grundlegenden Entsch. vom 11. März 1892 (**RG. 29** 371) zu der Aufstellung des Satzes veranlaßt haben, auch dann zutreffen, wenn das deutsche Gericht gemäß § 328 Ziff. 1 auf die Prüfung der Zuständigkeitsfrage beschränkt ist und diese in maßgebender Weise festzustellen hat, ohne die klagebegründenden Tatsachen einer selbständigen Prüfung unterziehen zu dürfen, erscheint fraglich. Jedenfalls aber bedürfen die die Zuständigkeit begründenden Tatsachen nur insoweit nicht eines Beweises, als sie zugleich notwendige Tatbestandsmomente des Anspruchs selbst sind. Tatsachen, aus denen sich lediglich die Zuständigkeit ergeben soll, bedürfen unter allen Umständen des Beweises.

§ 16. OLG. 27 17, BreslauAK. **13** 26 (Breslau). Durch den Aufenthaltsort wird der allgemeine Gerichtsstand nur dann bestimmt, wenn ein Aufenthaltsort bekannt ist. Der Kläger ist nicht verpflichtet, lediglich zur Bestimmung des Gerichtsstandes den Aufenthaltsort eines Schuldners mühsam zu ermitteln, oder gar die Angehörigen des Schuldners oder seinen Prozeßbevollmächtigten, der überdies zur Verschwiegenheit verpflichtet ist und die Auskunft ohne Zustimmung seines Vollmachtgebers nicht erteilen darf, um nähere Angaben zu bitten.

§ 17. Gerichtsstand einer GmbH. 1. BadRpr. **13** 151 (Karlsruhe). Als Sitz einer GmbH. ist deren statutarischer Sitz (§ 3 GmbHG.) anzusehen, nicht aber auch gemäß Abs. 1 Satz 2 derjenige Ort, an dem tatsächlich die Verwaltung geführt wird; der Ort der Verwaltung gilt vielmehr nach der letzterwähnten Gesetzesstelle nur dann als Sitz, „wenn nichts anderes erhellt". Dies ist nicht der Fall, wenn der Sitz der Gesellschaft kraft gesetzlicher Vorschrift im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein muß. Es kann dann nicht der Ort, an dem die Verwaltung geführt wird, als weiterer Sitz neben dem statutarischen Sitz angesehen werden; denn das Gesetz kennt nur einen einheitlichen, durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Sitz der GmbH. (vgl. **RG. 59** 107).

2. Ebenso **RG.** WarnE. **13** 458 in Bestätigung von OLG. Karlsruhe.

§ 18. 1. Vertretung des Reichsmilitärfiskus. ElsLothJZ. **13** 269 (Colmar). Der Betrieb der Krümperfuhrwerke gehört nicht zu dem Geschäfts- und Verwaltungskreise der Intendanturen, sondern ist der Oberleitung und Aufsicht der betreffenden Kommandeure unterstellt. Diesen kommt daher auch die Vertretung des Militärfiskus in Prozessen zu, die aus Anlaß des Krümperfuhrwerksbetriebs erhoben werden.

2. Vertretung des Reichspostfiskus. a) HansGZ. **13** Beibl. 70 (Hamburg). Die Oberpostdirektion hat den Postfiskus auch dann zu vertreten, wenn die vom Gegner angegriffenen, im Bezirke dieser Direktion begangenen Handlungen auf Grund von Anweisungen des Reichspostamts vorgenommen sind. b) Bestätigt durch **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 646.

3. Eichwesen. **RG.** (unter Zurückweisung der Revision gegen das Urt. des

OLG. Kiel, JDR. **11** Nr. 4) SchlHolstAnz. **13** 85, JW. **13** 448. Der Eichungsinspektor ist zur Vertretung des Fiskus im Prozesse nicht legitimiert.

4. Vertretung des Justizfiskus. **RG.** SchlHolstAnz. **13** 331, R. **13** 748 (unter Bestätigung von OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **13** 157). Die Vertretung des Justizfiskus in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten erfolgt in der Regel durch die Staatsanwaltschaft des OLG. und nur für einzelne Arten von Rechtsstreitigkeiten ist die Vertretung durch besondere Bestimmungen abweichend geregelt. Eine solche besondere Bestimmung enthält die Nr. 2 der AVf. vom 23. März 1885 (JMBl. 119), die für Rechtsstreitigkeiten, die aus der Beitreibung der zu den Kassen der Justizbehörden einzuziehenden Kosten hervorgehen, die Vertretung des Fiskus dem Rendanten der Kasse zuweist, welche die Beitreibung angeordnet hat. Rechtsstreitigkeiten, die sich aus der Beitreibung einer Forderung ergeben, sind solche, in denen gerade die Vollstreckung als solche die Ursache des Rechtsstreits bildet. Um einen derartigen Rechtsstreit handelt es sich nicht, es kommen also die allgemeinen Vorschriften über die Vertretung des Justizfiskus zur Anwendung, wenn der Kläger von dem Justizfiskus Ersatz der Kosten verlangt, die ihm dadurch erwachsen sind, daß er sich zur Aufhebung eines unrichtigen Kostenansatzes des Gerichtsschreibers und zur Vermeidung der Beitreibung der Kosten der Hilfe eines Anwalts bedient hat.

5. **RG.** R. **13** 749. In den Angelegenheiten des G. zur Bekämpfung der Reblauskrankheit vom 6. Juli 1904 kommt der Oberpräsident der Provinz nicht als Provinzialaufsichts-, sondern als Provinzialverwaltungsbehörde in Betracht. Er ist deshalb auch zur Vertretung des Fiskus in einem Entschädigungsprozeß auf Grund dieses G. berufen.

6. SchlHolstAnz. **13** 347 (Kiel). Passiv legitimiert für die Klage auf Rückzahlung eines Reichsstempels ist nicht der Reichsfiskus, sondern die bundesstaatliche Behörde (vgl. JDR. **11** Nr. 2).

7. Verschiedene Stationen des Fiskus. **RG. 82** 77, R. **13** 308. Der preußische Landesfiskus und der preußische Eisenbahnfiskus stellen nur zwei verschiedene Seiten derselben einheitlichen und untrennbaren Rechtsperson, des „preußischen Fiskus", dar, selbst wenn dieser nach beiden Richtungen, sowohl als Vertreter des Gemeinwohls und Träger der Polizeigewalt, als auch als Eigentümer der Staatsbahnen in Anspruch genommen wird. Daher unzulässig, der Klage gegen den Eisenbahnfiskus stattzugeben und die Klage gegen den Landesfiskus abzuweisen. Dagegen sind die besonderen außergerichtlichen Kosten, die durch die Vertretung des Fiskus seitens der Eisenbahndirektion entstanden sind, in jedem Falle dem Kläger aufzuerlegen, da sie nicht erwachsen wären, wenn die Klage nur gegen den Staatsfiskus als solchen, abgesehen von seiner Eigenschaft als Eisenbahnfiskus, gerichtet worden wäre.

§ 23. Literatur: Breit, Zum Ausländerforum, JW. **13** 366—368.

1. Das Ausländerforum im allgemeinen (vgl. JDR. **11** Nr. 1). Breit, JW. **13** 366, führt ein Urt. des OLG. Dresden zu der Frage an, ob eine Forderung des ausländischen Schuldners, die ihm gegen den inländischen Gläubiger selbst zusteht, „Vermögen" im Sinne des § 23 ist, und sucht daraus die Unhaltbarkeit des Gerichtsstandes des Vermögens darzulegen. „Das Deutsche Reich wird endlich seinen Angehörigen den gleichen Schutz gewähren müssen, wie z. B. Frankreich und Italien den seinigen, und darf nicht weiter aus lächerlichem Doktrinarismus davor zurückschrecken, auch die Ausländer seiner Justizhoheit zu unterwerfen."

2. Zum Begriffe des Vermögens. a) HansGZ. **12** Beibl. 298 (Hamburg). Vermögen des Beklagten im Sinne des § 23 ist vorhanden, wenn sein Pflichtteilsrecht dahin beschränkt ist, daß ihm der Pflichtteil bei Lebzeiten überhaupt nicht, sondern erst nach seinem Tode seinen gesetzlichen Erben zufließen soll und die

Verwaltung des Pflichtteils einem Testamentsvollstrecker übertragen ist. Das Pflichtteilsrecht des Beklagten ist nur durch Nachvermächtnisnehmer und Anordnung der Verwaltung beschränkt worden. Träger des Rechtes ist aber der Beklagte geblieben. Auch der jährliche Reinertrag steht ihm daher zu. **b)** R. **13** Nr. 868 (Stuttgart). Zur Begründung der Zuständigkeit gemäß § 23 für die Klage des Gläubigers gegen den im Auslande wohnenden Bürgen genügt es, daß dem Bürgen gegen den Hauptschuldner der Befreiungsanspruch des § 775 BGB. zusteht.

3. SächsRpflA. **13** 309 (Dresden). Der besondere Gerichtsstand des § 21 schließt den Gerichtsstand des § 23 nicht aus.

§ 24 Literatur: Seyfart, Zur praktischen Brauchbarkeit des Verfahrens in Mietstreitigkeiten, BuschsZ. **43** 433—440.

1. BadRpr. **13** 77 (Karlsruhe). Zu den Klagen, mit denen „die Freiheit eines Grundstücks von einer dinglichen Belastung" geltend gemacht wird, gehören die Klagen auf Löschung einer Hypothek auch dann, wenn die Klage nicht die dingliche Negatorienklage ist, sondern die dingliche Last nur auf Grund eines Forderungsrechts zu beseitigen bezweckt. Somit fallen darunter auch die auf Grund der §§ 30 ff. KO. und §§ 3 ff. AnfG. gegen einen Hypothekengläubiger erhobenen Klagen auf Bewilligung der Löschung einer angefochtenen Hypothek.

2. **RG. 82** 20. Bei der Klage auf Bewilligung der Wiedereintragung einer versehentlich im Grundbuche gelöschten Verfügungsbeschränkung handelt es sich um die Geltendmachung einer bestehenden dinglichen Belastung. Die Klage ist daher im dinglichen Gerichtsstande zu erheben.

3. OLG. **27** 18 (KG.). Unter dem „Geltendmachen" der dinglichen Belastung durch eine Hypothek ist keineswegs etwa nur die Klage auf Zahlung des Kapitals, der Zinsen, auf Duldung der Zwangsvollstreckung u. dgl. zu verstehen. Vielmehr gehören dahin auch Klagen, die eine Veränderung des Inhalts der grundbuchmäßigen Eintragung bezwecken, wie die Klage auf Berichtigung des Grundbuchs.

4. *Seyfart, BuschsZ. **43** 433. De lege ferenda: Für die örtliche Zuständigkeit mietrechtlicher Streitigkeiten um Grundstücke ist eine Bestimmung gemäß den Vorschriften der §§ 24, 26 ZPO. über den dinglichen Gerichtsstand zu schaffen.

§ 29. Literatur: Jacobsohn, Kann der Notar seine Gebühren in seinem Wohnort einklagen? DJZ. **13** 1492—1493.

1. Gebührenklage des Notars. Jacobsohn, DJZ. **13** 1492. Das Geschäftslokal des Notars ist der Leistungsort für die Zahlung seiner Gebühren und Auslagen. Der Notar kann diese daher an seinem Wohnort einklagen.

2. Über die Bedeutung des Bestellscheins vgl. die Ausführungen und Mitteilungen einiger Entsch. des AG. und LG. I Berlin in *Dickel, Rechtf. Heft 1 Erl. 50 ff.

3. Gerichtsstand für die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Vertrags und Zuständigkeitsvereinbarung. BadRpr. **13** 57 (Karlsruhe). Die Bestimmung des Bestellscheins: „Für etwaige Streitigkeiten unterwerfen sich beide Teile der Zuständigkeit von Berlin-Mitte" enthält keine Vereinbarung einer ausschließlichen Zuständigkeit und ist überdies auf einen Streit über das Bestehen des Vertrags nicht zu beziehen.

4. Für Klagen aus § 25 Abs. 1 HGB. bleibt der Gerichtsstand des Vertrags, der dem ursprünglichen Schuldner gegenüber gegeben ist, bestehen. OLG. Dresden, JDR. **11** Nr. 5, jetzt auch SächsOLG. **34** 86.

5. Erfüllungsort bei der Schuldübernahme. OLG. **27** 21 (Naumburg). Durch die befreiende Schuldübernahme wird auch der Erfüllungsort

mit übernommen; die Leistungsverpflichtung am Erfüllungsorte des ursprünglichen Schuldners bildet einen Teil der übernommenen Verpflichtung.

§ 32. 1. Es genügt die Behauptung einer unerlaubten Handlung. **a)** MschutzuWettbew. **13** 36, HansGZ. **13** Beibl. 107 (Hamburg). Die Zuständigkeit gemäß § 32 wird bereits durch die bloße Behauptung der diese Zuständigkeit rechtfertigenden Tatsachen begründet. **b)** KGBl. **13** 107 (KG.). Für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zur Entscheidung über einen Anspruch aus objektiver und schuldhafter Patentverletzung genügt die bloße unerwiesene Behauptung, daß der Ort der Verletzung im Bezirke des angerufenen Gerichts liege.

2. Gerichtsstand der Unterlassungsklage (vgl. JDR. **11** Nr. 2). **a)** KGBl. **13** 21, MschutzuWettbew. **12** 528, GewRschutz **13** 20 (KG.). Auch der Unterlassungsanspruch kann im Gerichtsstande der unerlaubten Handlung verfolgt werden, wenn die neben der Unterlassung Schadensersatz begehrende Klage auf die Behauptung schuldhafter Verletzung des Rechtes des Klägers, also auf einen einheitlichen und untrennbaren Tatbestand gestützt ist, aus dem sich das Moment des unerlaubten Handelns nicht beliebig ausschalten läßt. **b)** HansGZ. **13** Beibl. 107 (Hamburg). Wird die Klage auf Unterlassung damit begründet, daß der Beklagte durch eine unerlaubte Handlung den Kläger geschädigt habe und daß weitere derartige schädigende Handlungen zu befürchten seien, so wird die Unterlassung als Teil des zu gewährenden Schadensersatzes gefordert (vgl. **RG. 56** 286). Es ist deshalb für die Klage der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gegeben, mag neben der Unterlassung noch weiterer Schadensersatz gefordert werden oder nicht.

3. Verteilung der Einzeltatbestände einer unerlaubten Handlung auf mehrere Gerichtsbezirke. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 15, JW. **13** 926. Verteilen sich die mehreren Einzeltatbestände einer unerlaubten Gesamthandlung auf verschiedene Gerichtsbezirke, so ist die Zuständigkeit für Klagen aus der gesamten Handlung bei jedem der beteiligten Gerichte begründet, so daß der Kläger unter den mehreren zuständigen Gerichten die Wahl hat. Wird vom Beklagten bestritten, daß eine der in Betracht kommenden Einzelhandlungen im Bezirke des angerufenen Gerichts verübt worden ist, so ist der Kläger hierfür beweispflichtig.

4. OLG. **26** 165 (Hamburg). Eine unerlaubte Handlung im zivilrechtlichen Sinne, die den Gerichtsstand des § 32 begründet, liegt auch vor, wenn die Handlung in Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechts begangen ist.

5. Einzelfälle der Zuständigkeit. **a)** BadRpr. **13** 77 (Karlsruhe). Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist auch für die Anfechtungsklagen aus § 30 Ziff. 1 u. 2 KO. begründet. — Ebenso BadRpr. **13** 125 (Karlsruhe). **b)** BadRpr. **13** 57 (Karlsruhe). Der Gerichtsstand des § 32 ist gegeben für eine Klage, mit der die Nichtigkeit eines Vertrags zufolge Anfechtung wegen arglistiger Täuschung sowie daraus sich ergebende Bereicherungsansprüche geltend gemacht werden. Die unerlaubte Handlung ist auch für die letzteren Ansprüche die Grundlage, wenn sie auch nicht den ganzen rechtsbegründenden Tatbestand ausmacht. **c)** **RG.** SeuffA. **68** 163, JW. **13** 202. Der Gerichtsstand ist auch für die Klage eines Ausländers gegen seine im Deutschen Reiche sich aufhaltende Frau auf Herausgabe des gemeinschaftlichen Kindes gegeben. Zu den im § 823 Abs. 1 BGB. angeführten sonstigen Rechten ist auch das als absolutes Recht dem Eigentume gleichstehende Recht der elterlichen Gewalt zu zählen. **d)** R. **13** Nr. 3149 (Hamburg). Erfüllt der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbes gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung nach dem BGB. (etwa §§ 824 oder 826 BGB.), so ist für die Klage aus diesem Tatbestande der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gegeben.

§ 33. 1. Unzulässigkeit der Widerklage wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses. a) **RG.** LeipzZ. **13** 470. Ist eine positive Feststellungswiderklage nur das Gegenstück der negativen Feststellungsklage, so fehlt es der Widerklage nicht nur an einem rechtlichen Interesse an alsbaldiger Feststellung (§ 256), sondern an jedem des Rechtsschutzes würdigen Interesse. Denn die Zuerkennung wie die Aberkennung der negativen Feststellungsklage bringt das Rechtsverhältnis, welches die Beklagte feststellen lassen will, gerade so hinsichtlich seines Nichtbestehens oder hinsichtlich seines Bestehens zur Feststellung, wie es das auf die Widerklage zu fällende Urteil tun würde; vgl. **RG. 72** 145, **71** 74. b) BadRpr. **13** 59 (Karlsruhe). Gegenüber der auf Feststellung der Rechtsgültigkeit eines Vertrags gerichteten Klage ist eine Widerklage, mit der Feststellung der Nichtigkeit desselben Vertrags begehrt wird, unzulässig, weil sie keinen neuen selbständigen Anspruch, sondern lediglich die Verneinung des Klaganspruchs enthält.

2. **RG.** WarnE. **13** 533. Gegenüber der Anfechtungsklage aus § 20 PrEnteignG. ist eine Widerklage unzulässig, durch die Rechte auf die Entschädigungssumme mit der Begründung geltend gemacht werden, daß die Klägerin vertraglich zur unentgeltlichen Übereignung der streitigen Parzellen verpflichtet sei und daß deshalb die Widerklägerin auf Grund des ihr an den Parzellen zustehenden Realrechts die an die Stelle der Grundstücke getretene Entschädigung nach Maßgabe der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung beanspruche.

3. Rechtlicher Zusammenhang. OLG. **27** 71 (KG.). Der zur Zulässigkeit der Widerklage erforderliche rechtliche Zusammenhang ist gegeben, wenn der Kläger der Beklagten vorwirft, sie rühme sich zu Unrecht eines Gebrauchsmusterschutzrechts, und auf Unterlassung der Behauptung klagt, die Kurbeln ihrer Drehrolle seien durch Gebrauchsmuster geschützt, und wenn die Beklagte darauf erwidert, auch der Kläger rühme sich zu Unrecht eines gesetzlichen Schutzes seiner Drehrollen, und auf Unterlassung der Ankündigung: „viele Reichspatente, Gebrauchsmuster angemeldet" Widerklage erhebt.

§ 34. OLG. **27** 71, SächsOLG. **34** 187 (Dresden). Die Vorschrift gilt nicht nur für Klagen der Prozeßbevollmächtigten gegen die Parteien, sondern auch für ihre Klagen gegen andere Auftraggeber, z. B. Anwälte.

Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38. 1. Vereinbarung eines Gerichtsstandes als eines ausschließlichen? a) BadRpr. **13** 57 (Karlsruhe). Die Ausschließlichkeit eines vereinbarten Gerichtsstandes ist nur dann anzunehmen, wenn eine hierauf gerichtete ausdrückliche oder stillschweigende Willenseinigung klar erkennbar ist. Diese Voraussetzung fehlt bei einer Vereinbarung in einem Mietvertrage, daß sich „die Vertragschließenden für alle etwaigen Streitigkeiten aus diesem Vertrag oder aus dem Mietverhältnis überhaupt ohne Rücksicht auf den Streitwert der Zuständigkeit des Amtsgerichts in K." unterwerfen. Die Einrede der Unzuständigkeit gegenüber einer vor dem Landgericht erhobenen Klage aus dem Mietverhältnis ist daher unbegründet. b) BadRpr. **13** 125 (Karlsruhe). Die Vereinbarung eines Gerichtsstandes kann eine zweifache Bedeutung haben: entweder soll hierdurch eine ausschließliche Zuständigkeit des bezeichneten Gerichts herbeigeführt werden oder dieses Gericht soll neben dem gesetzlich zuständigen oder den etwa zuständigen mehreren Gerichten zuständig sein. Welcher dieser beiden Fälle zutrifft, ist nach Lage des Einzelfalls zu entscheiden. c) OLG. **27** 72, NaumburgAK. **13** 43 (Naumburg). Die Klausel „beiderseitiger Gerichtsstand ist Worms" enthält im Zweifel nicht die Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes (vgl. JDR. **11** Nr. 4).

2. BadRpr. **13** 57 (Karlsruhe). Die Vereinbarung eines, selbst ausschließlichen, Gerichtsstandes bezieht sich nicht auf eine Klage aus unerlaubter Handlung, die in Beziehung auf das Vertragsverhältnis begangen ist (arglistige Täuschung).

Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

§ 42. Literatur: Baum, Ablehnung von Beisitzern wegen Zugehörigkeit zu einem Verbande, GewuKfmG. 18 121—126.

1. **RG.** WarnE. **13** 86. Das Ablehnungsrecht steht nur der Partei, nicht dem Prozeßbevollmächtigten zu.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 147, JW. **13** 211. Die Vertretung einer Rechtsansicht bildet, selbst wenn sie offensichtlich irrig wäre, keinen Ablehnungsgrund (Frankfurter Konflikt).

3. OLG. **27** 22 (München). Unbegründet ist ein Ablehnungsgesuch, das lediglich darauf gestützt ist, daß die abgelehnten Richter durch ein früher erlassenes Urteil gegen die ZPO. dadurch verstoßen hätten, daß sie das Verschulden der Partei auf Grund eines formell anerkannten Protokolls für festgestellt erachteten, ohne den Gegenbeweis gegen die Richtigkeit der in diesem Protokolle getroffenen Feststellungen zuzulassen.

4. Ist die Ablehnung von Beisitzern des Gewerbe- und Kaufmannsgerichts wegen deren Zugehörigkeit zu einem Verbande zulässig? **a)** GewuKfmG. **18** 132 und 134 (LG. I Berlin). Die Frage ist bejaht in zwei Fällen, in denen die Beisitzer Vorsitzende wirtschaftlicher Verbände (deutscher Bankbeamtenverein und deutscher Transportarbeiterverband) waren, die für die Beantwortung der zur Entscheidung stehenden Rechtsfragen in einem bestimmten Sinne eingetreten waren. **b)** Verneinend GewuKfmG. **18** 134 (LG. Breslau). **c)** Baum, GewuKfmG. **18** 121 f. Ein Gewerbegerichtsbeisitzer ist noch nicht befangen, weil er eine bestimmte Rechtsansicht geäußert hat. Er ist es auch noch nicht, wenn er einem Verband angehört, der eine Rechtsansicht durchzuführen bestrebt ist, und im Verbande sogar eine leitende Stellung einnimmt. Besorgnis der Befangenheit liegt vielmehr erst dann vor, wenn anzunehmen ist, daß der Beisitzer durch seine Stellung im Verbande sich davon abhalten lassen werde, den Prozeßstoff sachlich zu prüfen. Die Annahme eines solchen schweren Verdachts bedarf einer ganz besonderen Begründung.

Zweiter Abschnitt. Parteien.

Erster Titel. Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit.

Vor § 50. 1. Partei kraft Amtes (s. JDR. **11** Nr. 2). BayRpflZ. **13** 277. Der Testamentsvollstrecker ist nicht Vertreter eines anderen insbesondere auch nicht des Erben, sondern Inhaber eines (nicht öffentlichen) Amtes zu eigenem Rechte. Demgemäß tritt er im bürgerlich-rechtlichen Verkehr als selbständiger Vertragsteil und im Prozeß als Partei auf. Aber er ist eine Partei besonderer Art, Partei, obgleich die Rechte und Pflichten, die den Gegenstand des Prozesses bilden, ihm nicht für seine Person zustehen. Diese Eigenart seiner Stellung bringt es mit sich, daß der Testamentsvollstrecker nur formell, nicht sachlich Partei ist und es sind aus diesem Grunde auch nicht immer die für die Parteien geltenden Grundsätze, sondern vielfach und insbesondere da, wo die materiellen Wirkungen entscheiden, die Vorschriften über die gesetzlichen Vertreter sinngemäß anzuwenden. Daraus folgt in entsprechender Anwendung des § 241, daß mit dem Wechsel in der Person des Testamentsvollstreckers das Verfahren unterbrochen wird. Ebenso steht die Befugnis zur Einlegung eines Rechtsmittels auch nur dem zu, der zur Zeit der Einlegung Testamentsvollstrecker ist.

2. Ermächtigung zur Prozeßführung (s. JDR. **11** Nr. 1). *Schmidt, GruchotsBeitr. **57** 244 ff. Klageberechtigt ist nicht nur der Inhaber des materiellen Rechtes, sondern auch jeder, dem die angriffsweise Ausübung des

Rechtes übertragen ist, sei es durch Rechtsgeschäft, d. h. mit dem Willen des Berechtigten, sei es durch Rechtssatz, d. h. ohne den Willen des Berechtigten. Vgl. oben Ziff. 2 zu § 117 BGB.

§ 50. 1. Katholische Ordensniederlassungen. **RG.** JDR. **11** Nr. VII jetzt auch RheinA. **110** 382.

2. BadRpr. **13** 34 (Karlsruhe). Die „Schulpfründe" in Baden als der Inbegriff des der Schulstelle zugehörigen Vermögens ist partei- und prozeßfähig. Sie wird im Prozesse durch die obere Aufsichtsbehörde (Oberschulrat, Minister des Kultus und Unterrichts) vertreten.

3. BadRpr. **13** 97 (Karlsruhe). Im Großherzogtume Baden ist eine Rechtspersönlichkeit der hochadeligen Familie (Gesamtheit der Agnaten) für das Gebiet des Privatrechtes nicht anzuerkennen. (Vgl. JDR. **11** Nr. V).

4. BadRpr. **13** 25 (Karlsruhe). Die Fischereigenossenschaften des Art. 1 BadG. vom 3. März 1870, die Ausübung und den Schutz der Fischerei betr., sind rechtsfähig.

5. HessRspr. **13** 221 (Darmstadt). Das hessische Oberkonsistorium ist lediglich eine kollegiale kirchliche Behörde zur Ausübung des Kirchenregiments und zur Verwaltung des Kirchenvermögens, die nicht selbständiges Rechtssubjekt ist, sondern nur Organ einer anderen Rechtspersönlichkeit. — Ebenso **RG.** a. a. O. (unter Zurückweisung der gegen das Urteil des OLG. Darmstadt eingelegten Revision)

6. Abs. 2. Der Begriff des nicht rechtsfähigen Vereins. a) **RG.** JW. **13** 974. Das RG. hält an der **RG. 60** 94, **74** 371 gegebenen Bestimmung des Begriffs des nichtrechtsfähigen Vereins fest (eine dauernde Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines ihnen gemeinsamen Zweckes, die sich eine die wesentlichen Merkmale körperschaftlicher Organisation enthaltende Gestaltung gegeben hat, einen Gesamtnamen führt und bei der ein Wechsel im Mitgliederbestande stattfindet, und zwar nicht vermöge besonderen Ausnahmerechts, sondern naturgemäß infolge des Wesens der Verbindung). Das Merkmal der dauernden Verbindung liegt auch dann vor, wenn die Vereinigung nur auf eine Zeit von zehn Jahren gegründet ist. Daß die Satzung die Verbindung mehrfach als eine „Gesellschaft" bezeichnet und die Gründer möglicherweise beabsichtigt haben, eine bürgerliche Gesellschaft zu gründen, und daß sie angenommen haben, diese Absicht sei durch die Fassung der Satzung erreicht worden, ist unerheblich. Die rechtliche Natur einer Personenvereinigung bestimmt sich lediglich nach dem objektiven Inhalte der sachlichen Vorschriften, die nach der Satzung für ihr Bestehen, die Rechte und Pflichten der Beteiligten sowie die Art und die Formen der Geschäftsführung maßgebend sind. **b**) Parteifähigkeit gewerkschaftlicher Verbände (einer „Zahlstelle", eines „Gewerkschaftskartells"). **RG.** VI. JDR. **11** Nr. XI! 8 jetzt auch BayRpflZ. **13** 45. **c**) OLG. **27** 23, DJZ. **13** 1208 (Hamburg). Die Filiale (Ortsstelle) Hamburg des Verbandes der Schneider, Schneiderinnen usw. ist kein selbständiger Verein und daher nicht passiv parteifähig, weil die Filiale völlig abhängt von dem Verbandsvorstand und auch der Betrag für die Lokalausgaben nur im Interesse des Verbandes verausgabt werden darf. **d**) Über die Frage, ob Abs. 2 auf Gebilde anwendbar ist, die sich äußerlich als Verein darstellen, ohne es zu sein, vgl. oben Note 1a zu § 54 BGB.

§ 51. Literatur: Hampe, Die Vertretung der braunschweigischen Stadt- und Landgemeinden in Prozessen, sowie in Rechtsgeschäften und die Form dieser Rechtsgeschäfte, BraunschwZ. **13** 181—183.

1. Der Kreiskommunalverband in Preußen. **RG.** R. **13** 678 (in Bestätigung von OLG. Celle OLG. 27, 24). Gesetzlicher Vertreter des Kreiskommunalverbandes im Sinne des § 51 ist in Preußen der Landrat. Der Kreisausschuß kommt für die Außenwelt nicht in Betracht. (Abw. JDR. **11** Nr. 3.)

2. Vertretung des Reichsmilitärfiskus s. § 18 Nr. 1.
3. Vertretung des Reichspostfiskus s. § 18 Nr. 2.
4. Vertretung des Fiskus in Eichungssachen s. § 18 Nr. 3.
5. Vertretung des Justizfiskus s. § 18 Nr. 4.
6. Vertretung des Fiskus in Angelegenheiten des G. zur Bekämpfung der Reblauskrankheit s. § 18 Nr. 5.

§ 52. BuschsZ. **43** 396 (Colmar). Deliktsunfähigkeit gemäß § 51 StGB. schließt auch die Prozeßfähigkeit aus.

§ 56. 1. Das die Klage wegen mangelnder Legitimation eines gesetzlichen Vertreters abweisende Urteil ist kein Sach-, sondern ein Prozeßurteil. OLG. **26** 285, HansGZ. **13** Beibl. 255 (Hamburg). Ist ein Mangel der Legitimation des gesetzlichen Vertreters von Beginn des Prozesses an vorhanden gewesen und auch nicht zu beheben, so ist die Erhebung der Klage von Anfang an unwirksam. Verlangt der Gegner eine Entscheidung des Prozesses, so ergeht kein Sach-, sondern ein Prozeßurteil, wobei es keinen Unterschied macht, ob der Mangel bereits in erster oder erst in der Berufungsinstanz entdeckt wurde. Dieses Prozeßurteil ist stets auf den Namen derjenigen Person, die im Rubrum der Parteischrift als Partei erscheint, also des vermeintlich Vertretenen zu stellen. An diesem Rechtszustande wird nichts dadurch geändert, daß vor dem LG. der Prozeßvertreter, vor dem AG. dieser oder der vermeintliche gesetzliche Vertreter nicht erscheint. Auch dann kann der Gegner nichts anderes als jenes Prozeßurteil (ein kontradiktorisches Urteil im unechten Versäumnisverfahren, unechtes Versäumnisurteil) verlangen. Denn ein Fall wirklicher Säumnis der Partei, die in Wahrheit in dem Prozesse überhaupt nie vertreten war, liegt nicht vor.

2. RheinA. **110** 154 (Cöln). Bei Abweisung einer Klage wegen mangelnder gesetzlicher Vertretung des Klägers hat der Vertreter als Partei die Kosten zu tragen.

3. BuschsZ. **43** 397 (Colmar). Die Prüfungspflicht hinsichtlich des Vorhandenseins der gesetzlichen Vertretung hat zur Voraussetzung, daß die gesetzliche Vertretung schon zur Zeit der Klagerhebung fehlte. Tritt dieser Mangel dagegen erst im Laufe des Verfahrens ein, so greifen die besonderen Vorschriften der §§ 241, 246 Platz. Wird daher im Anwaltsprozesse kein Aussetzungsantrag gestellt, so nimmt der Rechtsstreit zufolge der Fortdauer der Prozeßvollmacht seinen Fortgang (JW. **99** 31, 369, **07** 180, GruchotsBeitr. **43** 1241).

4. OLG. **27** 25 (Hamm). Das Gericht hat auch zu prüfen, ob die angeblich ihres Amtes entsetzten Vertreter (Geschäftsführer einer GmbH.) ordnungsgemäß abgesetzt sind.

5. **RG.** R. **13** Nr. 2312. Die geschiedene Ehefrau ist zur Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs für das ihr zugewiesene Kind nicht berechtigt; der Mangel der Vertretungsbefugnis ist von Amts wegen zu berücksichtigen.

§ 57. OLG. **27** 25 (Hamm). Das Gericht darf den Kläger nicht abweisen, ehe der Vorsitzende über den Antrag aus § 57 entschieden hat.

Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

§ 60. Unechte Streitgenossenschaft. SchlHolstAnz. **13** 235 (Kiel). Keine Streitgenossenschaft im Sinne des § 60, wenn ein Verkäufer in einer Klage Kaufpreisforderungen gegen mehrere Käufer einklagt, von denen jeder eine andere Ware und zu anderen Bedingungen gekauft hat.

§ 62. 1. Miterben. **RG.** PosMSchr. **13** 6. Eine Klage gegen die Erben als Gesamtschuldner begründet auch dann nicht notwendige Streitgenossenschaft, wenn zugleich Zahlung aus dem Nachlasse verlangt wird. Mehrere Erben sind gegenüber der aus § 2058 BGB. erhobenen Klage nicht notwendige Streitgenossen.

2. Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft neben der Gesellschaft. **RG.** R. **13** Nr. 973. Werden neben der offenen Handelsgesellschaft deren Teilhaber mitverklagt, so besteht notwendige Streitgenossenschaft, außer wenn es sich um eine rein persönliche Einrede eines Gesellschafters handelt.

3. Keine Vertretung bei Aufnahme des Rechtsstreits. OLG. **27** 28 (Naumburg). Bei Aufnahme des Rechtsstreits werden die säumigen Streitgenossen durch die nicht säumigen nicht vertreten.

4. Abs. 2. Wegen der Kosten einer unbegründeten Zuziehung vgl. § 91 Nr. IX.

Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

§ 66. Begriff des rechtlichen Interesses. JDR. **11** Nr. 2a jetzt auch SeuffA. **68** 36.

§ 67. 1. **RG.** R. **13** Nr. 3029. Hat der Tatrichter das Vorbringen der Hauptpartei als richtig unterstellt, so kann der Nebenintervenient keine Revisionsrüge darauf stützen, daß jenes und nicht sein eigenes davon abweichendes Vorbringen unterstellt sei.

2. Widerklage durch den Nebenintervenienten? NaumburgAK. **13** 6 (Naumburg). Der Nebenintervenient ist Streitgenosse nur in den Grenzen, die die Hauptpartei dem Prozesse gestellt hat; also kann er nicht Widerklage erheben. Dies gilt nicht nur für den Fall, daß der Nebenintervenient etwas für sich erstreiten will, sondern auch dann, wenn der Widerklagantrag auf Leistung an die Hauptpartei gerichtet ist (aM. Skonietzky-Gelpcke, § 69 Anm. 3e).

3. Berufung des Nebenintervenienten. R. **13** 1622 (Hamburg). Die Erklärung der Hauptpartei in einem vorbereitenden Schriftsatze, daß sie die Berufung als aussichtslos ansehe und sich ihr daher nicht anschließe, auch keine Anträge stellen werde, steht der Berufung des Nebenintervenienten nicht entgegen und hindert auch die Hauptpartei nicht, sich in der Berufungsverhandlung doch noch der Berufung ihres Nebenintervenienten anzuschließen. Ein Verzicht auf die Berufung kann in der Erklärung nicht gefunden werden.

§ 69. HansGZ. **13** Beibl. 112 (Hamburg). Unter diesen Vorschriften sind auch die die materielle Rechtskraft betreffenden Vorschriften der §§ 325 ff. zu verstehen.

§ 70. Ziff. 2. 1. Erfordernis der Angabe des Interesses. HansGZ. **13** Beibl. 24 (Hamburg). Die Unterlassung der Angabe des Interesses im Schriftsatze macht den Beitritt des Nebenintervenienten wirkungslos. Dies gilt auch im Falle vorausgegangener Streitverkündung.

2. Das Interesse muß ein rechtliches sein. FrankfRundsch. **47** 204 (Frankfurt). Eine Nebenintervention erfordert formell in der Beitrittserklärung die bestimmte Angabe des Interesses des Nebenintervenienten; die bloße Erklärung, der Nebenintervenient habe ein rechtliches Interesse am Obsiegen des Beklagten, genügt nicht. Materiell ist ein rechtliches, nicht bloß ein wirtschaftliches Interesse des Nebenintervenienten am Obsiegen einer Partei erforderlich. Lediglich um ein wirtschaftliches Interesse handelt es sich, wenn in einem Prozeß auf Aufhebung einer Entmündigung der Beitritt damit begründet wird, daß der Nebenintervenient als Intestaterbe durch die Möglichkeit der Klägerin, nach Aufhebung der Entmündigung zu testieren, in seiner Anwartschaft auf das Vermögen der Klägerin beeinträchtigt werde, und daß er außerdem im Falle einer Verschleuderung des Vermögens der Klägerin moralisch zur Alimentierung verpflichtet sei.

§ 71. OLG. **27** 30 (Hamburg). Die Berufung des rechtskräftig zurückgewiesenen Nebenintervenienten ist unzulässig. Die Kosten hat der Nebenintervenient, nicht die am Berufungsverfahren gar nicht beteiligte Hauptpartei zu tragen.

§ 72. 1. R. **13** 231 (Stuttgart). Für die Zulässigkeit der Streitverkündung ist nicht erforderlich, daß das Unterliegen im Vorprozesse gerade den Tatbestand schafft, der die Haftung des Dritten begründet. Es genügt, daß der Anspruch gegen den Dritten auf einem selbständigen Grunde beruht, sofern nur beim Obsiegen der streitverkündenden Partei der Anspruch gegen den Dritten gegenstandslos wird, während im Falle des Unterliegens die Verfolgung des Anspruchs gegen den Dritten in Aussicht steht.

2. OLG. **27** 30 (Hamburg). Die bloße Tatsache einer Streitverkündung ohne Vorliegen ihrer gesetzlichen Voraussetzungen schafft kein Schutzbedürfnis, das durch Gewährung der Rechte eines Nebenintervenienten Anerkennung finden müßte.

§ 74. Abs. 3. Rechtskraftwirkungen der Streitverkündung. R. **13** Nr. 232 (Stuttgart). Die gültige Streitverkündung hat d e Wirkung, daß nicht nur die im Vorprozesse getroffene Entscheidung, sondern auch ihre tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen für den späteren Rechtsstreit maßgebend sind.

§ 76. Literatur: Wurzer, Zur Kostenpflicht bei Benennung des Besitzers, BuschsZ. **43** 490—494.

1. Wurzer, BuschsZ. **43** 490 ff. Der Rechtsbehelf des § 76 ist eine Rechtswohltat, keine Einrede. Das Wesen der Einrede besteht darin, daß sie einen Klaganspruch als unbegründet erscheinen läßt, so daß er abgewiesen werden muß. Von einem derartigen Verhältnis ist im § 76 nicht die Rede. Die Klage war nach dem bürgerlichen Rechte mit Recht gegen den Beklagten erhoben, der Beklagte ist passiv legitimiert. Aus Zweckmäßigkeitsgründen erlaubt das Gesetz dem Beklagten nur, daß an seiner Stelle ein anderer den Kampf mit dem Kläger persönlich ausfechte. Der Kläger wird nicht abgewiesen, sondern nur gezwungen, einen Ersatzmann als Gegner anzunehmen. Der Prozeß betrifft nach wie vor auch den Beklagten, denn die Endentscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen ihn wirksam und vollstreckbar. Der Beklagte darf den Kampfplatz verlassen, nachdem ein anderer seinen Platz eingenommen hat. Mit dieser Vergünstigung ist die Rechtswohltat erschöpft. Der Kläger ist daher zur Tragung der dem ausscheidenden Beklagten erwachsenen Kosten nicht verpflichtet.

2. OLG. **26** 166 (Celle). Ein Besitzmittlerverhältnis im Sinne des § 868 BGB. liegt nicht vor, wenn der Beklagte A. die streitige Fläche vom Beklagten B. gekauft und übergeben, aber noch nicht aufgelassen erhalten hat. Es ist nicht einzusehen, aus welchen Gesichtspunkten in solchem Falle von einer tatsächlichen Beherrschung der Sache durch den Käufer noch die Rede sein könnte. Die Tatsache allein, daß der Verkäufer der weiteren Verpflichtung zu genügen hat, den Käufer auch rechtlich zum Herrn der Sache zu machen, ist weder geeignet, den Inhalt des Besitzübergabeakts zu beschränken noch die Konstruktion eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien zu rechtfertigen, das auf eine Zweiteilung des Besitzes gemäß § 868 BGB. hinausläuft.

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

§ 78. 1. Erinnerung. OLG. **27** 52, NaumburgAK. **13** 46 (Naumburg). Die Erinnerung gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß des Gerichtsschreibers des LG. untersteht dem Anwaltszwange. § 104 enthält keine Bestimmung, die die allgemeine Vorschrift des § 78 Abs. 1 für die Erinnerung ausschaltet. Ohne eine solche, in andern Fällen stets vom Gesetz ausdrücklich getroffene Ausnahmebestimmung muß es bei der Regel des § 78 Abs. 1 bleiben. S. dagegen JDR. **11** Nr. 2.

2. Abs. 3. **RG.** BayRpflZ. **13** 277. Der sich selbst vertretende Anwalt wird dadurch nicht zum Prozeßbevollmächtigten.

3. Über Beseitigung des Anwaltszwangs und dessen Ersetzung durch einen „gerichtlichen" Anwaltszwang vgl. Boyensiepen, RuW. **13** 210 ff. (Vorbemerkung zur ZPO. unter B).

§ 80. Literatur: Raddatz, Braucht der Vorstand im Aktivprozeß eines nicht rechtsfähigen Vereins Vollmacht? GruchotsBeitr. 58 77—88. — Derselbe, Zur Auslegung des § 80 ZPO., DJZ. 13 689—699.

1. Muß der Prozeßbevollmächtigte eines klagenden nicht rechtsfähigen Vereins eine schriftliche Vollmacht sämtlicher Vereinsmitglieder beibringen? a) **RG.** JDR. 11 Nr. 2 jetzt auch JW. **13** 43, LeipzZ. **13** 148. b) Dagegen *Raddatz, GruchotsBeitr. **58** 77. Der zur Prozeßführung bestellte Bevollmächtigte, im Anwaltsprozeß also der bevollmächtigte Anwalt, hat eine schriftliche Vollmacht vorzulegen, und zwar auf Verlangen des Gegners in beglaubigter Form. Wer die Vollmacht auszustellen hat, sagt das Prozeßgesetz nicht. Die Vollmacht muß von der Partei selbst ausgehen oder von einem zur Vertretung der Partei Berechtigten. Die Vertretungsbefugnis kann auf besonderen Gesetzesvorschriften beruhen. Solche Vertretungsbefugnis gewähren §§ 54, 714 BGB. dem Vorstande des nicht rechtsfähigen Vereins, und zwar auch hinsichtlich der Prozeßführung. Es genügt deshalb eine von dem Vorstande auf den Anwalt ausgestellte Vollmacht (vgl. oben Ziff. 1 b zu § 54 BGB.).

2. Raddatz, DJZ. **13** 689. Trotzdem das Gesetz mit dem Anschein ausnahmsloser Geltung bestimmt, daß die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen ist, gibt es doch Ausnahmen von diesem Satze. (§ 493 HGB. Korrespondentreeder, § 527 HGB. Schiffer, § 42 HGB. Prokurist, §§ 705, 711 HGB., § 715 BGB. Gesellschafter). Nach § 54 BGB. finden auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. In den Satzungen findet sich häufig die Bestimmung, daß der Vereinsvorsitzende den Verein gerichtlich und außergerichtlich vertritt, d. h. richtiger gesagt: die jeweiligen Vereinsmitglieder, da diese Partei sind. In einem solchen Falle ist die Satzung die Quelle, aus der der Vereinsvorsitzende seine Vertretungsbefugnis schöpft — in Verbindung mit der Tatsache seiner Wahl zum Vereinsvorsitzenden. Ob ein Vereinsmitglied im einzelnen Falle der Klagerhebung zustimmt oder nicht, ob es bereit ist, für den Prozeß eine Vollmachtsurkunde auszustellen oder sich dessen weigert, ist völlig belanglos. Quelle und alleiniger Grund — aber auch völlig ausreichender Grund — der Vertretungsbefugnis nach außen ist die Satzung. So auch **RG. 57** 90.

3. SeuffA. **68** 254 (Jena). Als schriftliche Vollmacht genügt auch ein Telegramm.

4. Abs. 2. Zeitpunkt, bis zu dem die Vorlegung einer beglaubigten Vollmacht verlangt werden kann. OLG. **27** 33 (KG.). Ist dem Anwalt des Beklagten auf Antrag des Klägers vom Gericht eine Frist zur Vorlegung einer beglaubigten Vollmacht gesetzt worden, so kann er, wenn er die Vollmacht nicht innerhalb der Frist beigebracht hat, nun nicht seinerseits in dem zur Vorlegung der Vollmacht bestimmten Verhandlungstermine von dem Gegner die Vorlegung einer beglaubigten Vollmacht verlangen. Mit dem fruchtlosen Ablaufe der Frist ist seine Berechtigung fortgefallen, für den Beklagten aufzutreten.

§ 81. Literatur: May, Zur Frage der Haftung des Hauptbevollmächtigten für die Kosten des Unterbevollmächtigten, HessRspr. **14** 184—187.

Haftet der hauptbevollmächtigte Anwalt für die Kosten seines Nachbevollmächtigten? (Vgl. JDR. **11** Nr. 4). 1. SächsRpflA. **13** 150 (LG. Plauen). Es ist in jedem einzelnen Falle die Absicht der Beteiligten zu erforschen. Zwischen welchen Personen ein Vertragsverhältnis begründet wird, ergibt sich daraus, was bei der Übertragung der Vollmacht vereinbart worden ist. Aus dem Ersuchen des Hauptbevollmächtigten an den Nachbevollmächtigten, mit ihm zu korrespondieren, sowie aus der Aufforderung des Nachbevollmächtigten an den Hauptbevollmächtigten, den Mandanten zur Zahlung eines Auslagenvorschusses zu veranlassen, ist zu entnehmen, daß ein Vertragsverhältnis lediglich zwischen der Partei und dem Nachbevollmächtigten zur Entstehung gelangen sollte

2. May, HessRspr. **14** 184 ff. Der Vertrag kommt nur dann zwischen dem Unterbevollmächtigten und der Partei unmittelbar zustande, wenn der Hauptbevollmächtigte zur Bestellung eines Vertreters namens der Partei ermächtigt ist und auf Grund dieser Ermächtigung namens der Partei den Vertreter bestellt hat. In diesem Falle ist nur die Partei für die Kosten des Unterbevollmächtigten haftbar. In allen anderen Fällen treten der Unterbevollmächtigte und die Partei in kein unmittelbares Vertragsverhältnis, der Vertrag kommt vielmehr zwischen dem Hauptbevollmächtigten und dem Unterbevollmächtigten zustande, jener haftet daher auch diesem für seine Kosten.

3. HessRspr. **14** 7 (LG. Gießen). Der Hauptbevollmächtigte haftet dem Unterbevollmächtigten für dessen Kosten. Der Unterbevollmächtigte ist nur Organ des Hauptbevollmächtigten, dessen sich dieser zur Erfüllung seines mit der Partei geschlossenen Vertrags bedient.

§ 84. Literatur: Kormann, Gegensätzliches Handeln von Personen mit gleicher Handlungsmacht, insbesondere der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, GruchotsBeitr. **57** 497—545.

Gegensätzliches Handeln mehrerer Prozeßbevollmächtigten. Kormann, GruchotsBeitr. **57** 516 ff. Handeln die mehreren Prozeßbevollmächtigten gegensätzlich, so ist für die Frage der rechtlichen Wirksamkeit ihres Handelns zu unterscheiden, ob die gegensätzlichen Einzelakte nacheinander oder nebeneinander stattfinden. Finden sie nacheinander statt, so ist jedenfalls der erste Akt, sofern er nicht an eigenen Mängeln leidet, voll wirksam geworden, während es hinsichtlich des zweiten Aktes auf die konkreten Verhältnisse ankommt, ob und welche Bedeutung ihm zukommt. Die zuerst vorgenommene Handlung entscheidet dann, wenn dadurch eine definitive Wirkung herbeigeführt wird, z. B. bei Verzicht, Rücknahme der Klage oder eines Rechtsmittels. Kann dagegen die Wirkung der ersten Handlung wieder aufgehoben werden, so ist die zweite Handlung maßgebend. Vgl. Hellwig, II 384, 445. — Erfolgen die widersprechenden Handlungen der mehreren Prozeßbevollmächtigten nebeneinander, so ist wiederum zu unterscheiden zwischen tatsächlichen Erklärungen und prozessualen Willenserklärungen. Gegenüber widersprechenden tatsächlichen Erklärungen hat freie Beweiswürdigung gemäß § 286 einzutreten. Bei widersprechenden prozessualen Willenserklärungen sind dagegen grundsätzlich beide Handlungen unwirksam. Bei der Prüfung der Frage, wann ein Nebeneinander der gegensätzlichen Handlungen anzunehmen ist, ist auf die unitas actus im zeitlichen Sinne abzustellen. Bei schriftlichen Akten ist die Gleichzeitigkeit des Zugehens im Sinne des § 130 BGB. entscheidend. Bei mündlichen Akten, also insbesondere bei prozessualen Erklärungen in der mündlichen Verhandlung, kann man eine Reihe verschiedener Stadien unterscheiden. Gleichzeitigkeit im wörtlichen Sinne liegt in dem nach der Verhandlungspraxis insbesondere unserer LG. sehr wohl möglichen Falle vor, wenn von den beiden Personen mit gleicher Handlungsmacht der eine eine bestimmte Erklärung gegenüber dem Vorsitzeneen abgibt, während in genau dem gleichen Augenblicke der andere eine gegenteilige Erklärung dem Referenten abgibt. — Gleichzeitigkeit im wörtlichen Sinne wird man aber auch dann anzunehmen haben, wenn in dem Augenblicke, wo der eine eine Erklärung abgibt, der andere mit einer gegenteiligen Erklärung dazwischen spricht, etwa das von dem anderen begonnene Geständnis mit den Worten „das ist nicht wahr" unterbricht. — Von diesem Falle aber nicht zu unterscheiden ist der andere Fall, daß die Erklärung des gerade zum Worte verstatteten nicht durch Dazwischensprechen unterbrochen, aber mit verneinenden Gesten, wie Kopfschütteln, mißbilligt wird; denn auch in diesem Falle liegt Gleichzeitigkeit vor und ein die Gleichwertigkeit ausschließender Satz des Inhalts, daß etwa Erklärungen durch Worte oder Erklärungen durch Zeichen den Vorrang haben sollten, besteht nicht. — Glaubt aber

der andere, seine gegenteilige Erklärung durch Dazwischensprechen oder auch nur durch Zeichen mit Rücksicht auf die Würde des Gerichts nicht abgeben zu dürfen oder mit Rücksicht auf ihren etwas verwickelten Inhalt nicht so abgeben zu können, und wartet er infolgedessen ab, bis der zum Worte verstattete Genosse mit seinen Erklärungen zu Ende ist, und bittet erst dann das Gericht ums Wort für seine gegenteiligen Erklärungen, so wäre es eine außergewöhnlich formalistische Auffassung, wenn man seine gegenteiligen Erklärungen bloß um deswillen schlechter behandeln wollte, weil sie eben zeitlich mit denen des anderen nicht zusammen fallen. Unitas actus liegt daher auch dann vor, wenn der Zweite unmittelbar im Anschluß an die Erklärung des Ersten seine gegenteilige Erklärung abgibt. Es steht mit dieser Auffassung auch nicht etwa § 85 Satz 2 in Widerspruch; diese Bestimmung beruht keineswegs auf der Voraussetzung, daß an sich der „sofortige Widerruf" einer Vertretererklärung durch eine Parteierklärung rechtlich wirkungslos ist und daß es erst des besonderen Eingreifens des § 85 Satz 2 bedurfte, um ihn mit dieser Wirkung auszustatten. Denn die Wirkung, die § 85 Satz 2 dem sofortigen Widerrufe durch eine Parteierklärung zuschreibt, deckt sich nicht mit der oben erörterten Wirkung, sondern ist dieser gegenüber wesentlich gesteigert, insofern § 85 Satz 2 einen Vorrang der Parteierklärung begründet, während aus den erwähnten allgemeinen Grundsätzen sich nur Gleichwertigkeit der beiden und daher die Notwendigkeit einer Würdigung beider Erklärungen nach § 286 ergeben würde.

§ 86. OLG. **27** 34 (Posen). Der Widerruf einer Prozeßvollmacht kann auch durch eine schlüssige Handlung geschehen. Wenn ein Gläubiger, nachdem sein Prozeßbevollmächtigter einen Vollstreckungsauftrag erteilt hat, privatschriftlich selbst Erinnerung gegen die Ausführung dieses Auftrags durch den Gerichtsvollzieher einlegt und darin erklärte, daß er Antwort erwarte, so bringt er damit zum Ausdrucke, daß er das weitere Vollstreckungsverfahren allein ohne Zuziehung seines Prozeßbevollmächtigten betreiben wolle, diesem also die Vollmacht entziehe oder entzogen habe. Diese Mitteilung genügt auch im amtsgerichtlichen Verfahren, um den Widerruf für das Gericht wirksam zu machen.

§ 88. Abs. 2. 1. KGBl. **13** 119 (KG.). Es bedarf nach Erledigung des landgerichtlichen Prozesses keiner schriftlichen Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten zum Antrag auf Erteilung von Abschriften aus den Gerichtsakten.

2. SchlHolstAnz. **13** 175 (Kiel). Der mit Einlegung der Berufung beauftragte Rechtsanwalt bedarf zu dem Antrage auf Bewilligung des Armenrechtes für die Berufungsinstanz nicht noch einer besonderen Vollmacht.

Fünfter Titel. Prozeßkosten.

§ 91. Literatur: Coenen, Zu § 91 ZPO., SeuffBl. **13** 153—155. — Manes, Prozeßkostenversicherung, DJZ. **13** 90—91. — Mirus, Die Kostenerstattungspflicht im Auslande, DRZ. **13** 53—55. — Otto, Vorschläge für eine Prozeßkostenreform, DRZ. **13** 229—241. — Saar, Eine soziale Betrachtung über Kostentreiberei und Abhilfe dagegen, DRZ. **13** 89—91. — Schönfeld, Über die Kosten bei Vertretung von Miterben durch Sonderanwälte, R. **13** 336—337. — Seeger, Einstweilige Verfügung und Kostenentscheidung, KGBl. **13** 71—72. — Spohr, Prozeßkostenreform, DRZ. **13** 696 bis 699. — Zeiler, Einiges über die Kosten der Rechtspflege, DRZ. **13** 280—288. — Derselbe, Nochmals die Kostenerstattungspflicht der unterlegenen Partei, JW. **13** 579—581. — Zelter, Prozeßkostenreform, JW. **13** 676—682. — Derselbe, Prozeßkostenreform, DRZ. **13** 403—412, 449—460.

I. Allgemeines. 1. Reformfragen. **a)** Otto, DRZ. **13** 229 ff., Saar, DRZ. **13** 89 ff. und Spohr, DRZ. **13** 696 ff. treten für eine Verbilligung der Rechtspflege durch möglichste Ausschaltung der Anwälte und Beschränkung des Umfanges der zu erstattenden Kosten des Gegners ein.

b) *Zeiler, JW. **13** 579 ff. Der Aufsatz verteidigt die grundsätzliche Verpflichtung des unterliegenden Teiles zur Tragung sämtlicher Prozeßkosten und zählt

dazu die Kosten der Zuziehung eines Rechtsbeistandes auch für den Fall, daß sie durch den Anwaltszwang nicht geboten war.

c) Mirus, DRZ. 13 53 ff. gibt einen Überblick über die Bestimmungen des ausländischen Rechtes hinsichtlich der Pflicht des Gegners zur Kostenerstattung im Zivilprozesse.

2. HansGZ. 14 Beibl. 4 (Hamburg). Die in einem Urteile einer Partei auferlegte Pflicht, die Prozeßkosten zu tragen, kann durch anderweite Parteivereinbarungen dem Staate gegenüber nicht abgeändert werden.

II. Kann über die Kosten in dem anhängigen Verfahren auch nach materiellrechtlichen Grundsätzen entschieden werden? (vgl. JDR. 11 Nr. II.). SchlHolstAnz. 13 350 (Kiel). Es ist zulässig, über die Kosten des Rechtsstreites nach Erledigung der Hauptsache nach materiellrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden. Der vom Beklagten geltend gemachte zivilrechtliche Kostenerstattungsanspruch ist prozessual als im Wege der Widerklage erhoben anzusehen, wenn die Widerklage auch nicht als solche ausdrücklich bezeichnet ist. Ist er materiell begründet und in prozessual zulässiger Weise geltend gemacht, so ist es sachgemäß, diesen Anspruch dem Beklagten in der Form zuzuerkennen, daß die Kosten unmittelbar dem Kläger auferlegt werden.

III. Erledigung der Hauptsache. 1. Erledigung der Hauptsache vor Zustellung der Klage. OLG. Stuttgart JDR. 11 Nr. III 1 jetzt auch WürttJ. 25 30.

2. Erledigung der Hauptsache vor Zustellung, aber nach Einreichung der Klage. Coenen, SeuffBl. 13 153 ff. (im Anschluß an eine Entscheidung des LG. Paderborn). Der Kläger kann, wenn er wegen der Hauptsache nach Klageinreichung, aber vor Klagzustellung befriedigt wird, den Kostenanspruch in dem in der Hauptsache erledigten Rechtsstreite weiter verfolgen. Bereits die Einreichung der Klageschrift ist eine Prozeßhandlung, die die Entstehung von Kosten zur Folge hat. Diese Kosten liegen im Rahmen des Prozesses, müssen also auch innerhalb des Prozesses zum Gegenstande der Entscheidung gemacht werden können. Die Richtigkeit dieser Ansicht kann insbesondere nach dem Inkrafttreten der neuesten Novelle zur ZPO. für Amtsgerichtsprozesse keinem Zweifel unterliegen, da in diesen Prozessen die Zustellung der Klage von Amts wegen erfolgt und in der Regel die Einreichung der Klageschrift der Beginn des Prozesses ist (§ 496 Abs. 2). Es wäre unlogisch, wenn die Klageinreichung, die im Falle des § 496 Abs. 3 sogar Fristen zu wahren vermag und die Verjährung unterbrechen kann, also bezüglich des Hauptanspruchs Wirkungen äußert, die neben dem Hauptanspruche hergehen, die Kostentragungsfrage in einer dem Kläger nicht günstigen Weise beeinflussen sollte.

3. Erledigung der Hauptsache nach Zustellung der Klage. Nach welchem Grundsatz ist über die Kostentragungspflicht zu entscheiden? a) OLG. 27 35 (Breslau). Falls sich die Hauptsache durch Zufall, d. h. in diesem Sinne durch ein vom Zutun der Parteien unabhängiges Ereignis erledigt, ist derjenige als Unterliegender anzusehen, der sein Prozeßziel nicht erreichen kann, d. h. der Kläger. Es bedarf also in solchem Falle nicht des Eingehens auf die Hauptsache. Die gegenteilige Auffassung des RG. (**RG. 57** 385, **58** 416) trägt in den Streit über die Kosten eine Bedingung hinein, die in dem § 91 nicht ausgesprochen ist, und zwingt so zu einem oft langwierigen Eingehen auf einen Rechtsstreit, der gar nicht mehr vorhanden ist, überdies, wenn die Hauptsache noch angängig geblieben wäre, vielleicht auch anders geführt worden wäre, als dies nachträglich bei einer nur theoretischen Unterstellung angenommen wird. Der vom RG. verwertete Gesichtspunkt der Billigkeit findet seinen Ausdruck lediglich in den §§ 93—95, die der Ausdehnung nicht fähige Ausnahmevorschriften sind. b) Dagegen BreslauAK. 13 32 (Breslau). Ist eine

Entscheidung in der Hauptsache nicht erfolgt, und die für diesen Fall bestehende Gesetzeslücke in einer dem Sinne des Gesetzes entsprechenden Weise auszufüllen, so entspricht es nicht nur der Billigkeit, sondern auch dem Grundgedanken des § 91, daß die Kosten nur denjenigen treffen, der bis zu dieser Erledigung mit Unrecht gestritten hat. Dieser Gedanke kommt auch in den Einzelvorschriften der §§ 93—95 zum Ausdrucke. — Hiergegen kann die Erwägung nicht entscheidend sein, daß infolge der Erledigung der Hauptsache der Kläger sein Ziel nicht erreicht habe. Das Gleiche könnte vom Beklagten gesagt werden, insofern auch er seinen Antrag auf Abweisung der Klage nicht aufrecht erhalten kann. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, daß durch die Erledigung der Hauptsache der Rechtsstreit noch nicht erledigt ist, sondern der Antrag, dem Beklagten die Kosten aufzuerlegen, sich nur als eine Beschränkung des Klagantrags darstellt.

4. KGBl. **13** 21 (KG.). Verzichtet der Widerspruchskläger auf sein Recht zugunsten der Konkursmasse des Vollstreckungsschuldners und erklärt er mit Rücksicht hierauf den Rechtsstreit als in der Hauptsache erledigt, so zieht das für ihn die Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten nach sich. Der Kläger hat entweder auf den geltend gemachten Anspruch verzichtet oder seine Erklärung ist der Sache nach eine Zurücknahme der Klage.

5. Erledigung der Hauptsache oder Klagerücknahme s. § 271.

IV. Kostenentscheidung bei mehreren teils unterliegenden, teils obsiegenden Streitgenossen s. § 100.

V. Kosten des Erinnerungsverfahrens. BadRpr. **13** 86 (Karlsruhe). Das Erinnerungsverfahren des § 104 Abs. 3 stellt ein selbständiges, rechtsmittelähnliches Verfahren dar, dessen Kosten gemäß dem den §§ 91, 92 und 97 ZPO. zugrunde liegenden Grundsatze von demjenigen zu tragen sind, der darin unterliegt. Diese Kostenpflicht ist prinzipiell auch in der über die Erinnerung ergehenden Entscheidung des Gerichts festzustellen, gleichgültig, ob zufolge der Vorschriften des § 47 Ziff. 5 GKG. und des § 29 Ziff. 6 RAGO. im einzelnen Falle besondere Kosten nicht erwachsen sind oder ob dies gemäß der §§ 76 Abs. 6, 23 Ziff. 1 RAGO. etwa doch der Fall ist.

VI. Kosten bedingter Kostenfestsetzung s. § 103 Nr. I 2.

VII. Kosten einer einstweiligen Verfügung. 1. Seeger, KGBl. **13** 71 f. Das einstweilige Verfügungsverfahren ist eine dem Erkenntnisverfahren gleich geordnete Prozeßart, in der mit dem auf den Antrag erfolgten Erlasse der einstweiligen Verfügung der Schuldner als unterliegende Partei im Sinne des § 91 anzusehen ist. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die einstweilige Verfügung auf Grund mündlicher Verhandlung oder ohne solche ergeht. In dem die einstweilige Verfügung anordnenden Beschlusse kann nicht nur, sondern muß demgemäß nach § 308 Abs. 2 über die Kosten entschieden werden.

2. KGBl. **13** 77 (KG.). Die Kosten der einstweiligen Verfügung treffen den Antragsgegner. Die Verpflichtung zu ihrer Tragung ist in der Verfügung mit auszusprechen.

3. HansGZ. **13** Beibl. 204 (Hamburg). Wird der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung von dem Antragsteller vor Erlaß der einstweiligen Verfügung für erledigt erklärt, so ist für eine Kostenentscheidung kein Raum.

VIII. Über einen Fall der replica doli vgl. *Dickel, Rechtsf. Heft 1 Erl. 62.

IX. HessRspr. **13** 273 (Darmstadt). In dem Beschlusse, durch den gemäß § 1045 ein Schiedsrichter ernannt wird, ist über die durch den Beschluß entstandenen Kosten nicht zu entscheiden.

X. Kosten unbegründeter Zuziehung eines Streitgenossen nach § 62 Abs. 2. KGBl. 13 50 (KG.). Die Kosten der unbegründeten Ladung eines Streitgenossen durch den anderen können in dem anhängigen Prozesse dem letzteren auferlegt werden. Nach dem allgemeinen prozeßrechtlichen Grundsatze, der in den §§ 91 ff. im einzelnen durchgeführt worden ist, hat derjenige, der einen anderen ohne berechtigten Grund vor das Gericht lädt, dem anderen die diesem hierdurch erwachsenen Kosten zu ersetzen. Der andere ist nicht verpflichtet, seine Vorladung unbeachtet zu lassen, vielmehr befugt, dieser Vorladung entsprechend, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu seiner Vertretung zu bestellen. Eine besondere Klage ist nicht notwendig. — Dazu Perl, aaO. Ob die Zuziehung zu Recht geschehen ist oder nicht und ob nicht im letzteren Falle eine Schadensersatzpflicht der die Ladung veranlassenden Partei besteht, ist eine nach materiellem Rechte zu entscheidende Frage, die außerhalb dieses Prozesses lag. Nach einem prozeßrechtlichen Grundsatze, der die Kostenpflicht der Streitgenossen gegeneinander regelt, sucht man in den §§ 91 ff., die das Gericht anwenden will, vergeblich. Dort ist überall nur von der Kostenpflicht der Parteien gegeneinander die Rede.

XI. Umfang des Erstattungsanspruchs. 1. Kosten der Vorbereitung einer Anschlußberufung. HansGZ. **13** Beibl. 52 (Hamburg). Die durch die Vorbereitung der Anschlußberufung entstandenen Kosten gehören nicht zu den Prozeßkosten, welche die in die Kosten verurteilte Partei dem Gegner zu ersetzen hat.

2. Kosten mehrerer gleichzeitig bestellter Anwälte. **a)** Vertretung von Miterben durch mehrere Anwälte. Schönfeld, R. **13** 336. Die Miterben sind bis zur Teilung keine Streitgenossen im Sinne der §§ 59, 63; sie stehen vielmehr dem Nachlaßgläubiger gegenüber im einheitlichen Schuldverhältnisse des Erblassers und sind, ebensowenig wie dieser befugt war, die Schranke des § 91 Abs. 2 zu überschreiten, auf die gemeinschaftliche Prozeßvertretung angewiesen. **b)** Anwaltsvertretung von Vorstand und Aufsichtsrat bei Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. LeipzZ. **13** 870 (Bamberg). Die Aufstellung zweier Prozeßbevollmächtigter ist nicht erforderlich. Eine Überwachung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat liegt schon im Erfordernisse der Zusammenwirkung zur Bestellung des Prozeßbevollmächtigten.

3. Korrespondenzgebühr. **a)** NaumburgAK. **13** 45 (Naumburg). Der obsiegenden, schriftgewandten Partei ist die Gebühr für den Schriftwechsel des Anwalts 1. Instanz mit dem Anwalte 2. Instanz nur so weit zu ersetzen, als sie die Reisekosten der Partei zum Anwalte 2. Instanz nicht übersteigt. **b)** SächsRpflA. **13** 438 (Dresden). Wenn geltend gemacht wird, der Kläger, der einen auswärts wohnenden Schuldner verklagen müsse, weil letzterer seiner Zahlungspflicht nicht nachkomme, habe mangels besonderer gesetzlicher Bestimmung keine Verpflichtung, mit einem ihm unbekannten auswärtigen Anwalt in Verbindung zu treten, möge die Sache auch noch so einfach liegen und der Kläger noch so geschäftsgewandt sein (Quednau, RAGebO. 347), so ist hierbei nicht beachtet, daß der Reichsgesetzgebung das Prinzip der Lokalisierung der Rechtsanwaltschaft zugrunde liegt (RAO. § 8 Abs. 1). Hiermit steht es vollkommen im Einklange, daß die Parteien sich vor dem LG. und allen Gerichten höherer Ordnung durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen müssen (§ 78 Abs. 1 ZPO.). Es ist also nicht in das Belieben des Klägers gestellt, wenn er einen auswärtigen Schuldner verklagen will, ob er einen an seinem Wohnort oder einen am Sitze des Prozeßgerichts wohnenden Anwalt mit seiner Vertretung beauftragen will; das Gesetz weist ihn vielmehr direkt an, sich an einen auswärtigen, bei dem Prozeßgerichte

zugelassenen Anwalt zu wenden; nimmt er zunächst die Tätigkeit eines Anwalts seines Wohnorts in Anspruch, so tut er es auf seine Gefahr und Kosten. Die unbeschränkte Zulassung der Erstattbarkeit der Korrespondenzgebühr würde auch zu bedenklichen, vom Gesetze nicht gebilligten Konsequenzen führen.

4. Erstattungsfähigkeit der Anwaltsgebühren für die Anbringung eines Armenrechtsgesuchs? OLG. **27** 41, SeuffBl. **13** 141 (München). Das das Prozeßverfahren vorbereitende oder neben ihm hergehende Armenrechtsgesuch ist nicht als ein Bestandteil des Prozeßverfahrens zu erachten. Die durch das Gesuch entstandenen Anwaltskosten fallen daher nicht unter Abs. 2 Satz 1. Sie sind nach Abs. 1 nur dann erstattungsfähig, wenn es zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig war, einen Rechtsanwalt mit der Stellung des Armenrechtsgesuchs zu beauftragen.

5. Ausnahmsweise Erstattungsfähigkeit der Inkassogebühr. a) SächsOLG. **34** 349 (Dresden). Die Benutzung der Dienste eines Anwalts zur Entgegennahme des Schuldbetrags stellt sich regelmäßig als ein Akt der Bequemlichkeit des Gläubigers dar, und es ist seine Sache, den Schuldner darauf aufmerksam zu machen, er möge unmittelbar an ihn und nicht an seinen Prozeßbevollmächtigten zahlen. Hat sich jedoch der Beklagte in dem der Kostenfestsetzung zugrunde liegenden Prozeßvergleich ausdrücklich zur Zahlung zu Händen des Prozeßbevollmächtigten des Klägers verpflichtet, so treffen ihn auch die durch diese Art der Zahlung notwendig entstehenden Kosten und dazu gehört die Inkassogebühr des die Zahlung für die Partei entgegennehmenden Anwalts nebst der entsprechenden Pauschgebühr. b) JW. **13** 613 (Hamm). Die Inkassogebühr ist erstattungsfähig, wenn der Beklagte freiwillig an den Anwalt des Klägers zahlt. Es ist allein zweckentsprechend, daß der Anwalt das Geld an seine Partei weiterzahlt und nicht etwa dem Beklagten zurückgibt, damit dieser es dem Kläger unmittelbar zusende.

6. Anwaltsgebühr für die Erinnerung. BreslauAK. **13** 43 (LG. Schweidnitz). Die Anwaltsgebühr für die Erinnerung nach § 104 Abs. 3 ist erstattungsfähig.

7. Kosten eines Antrags aus § 109 ZPO. NaumburgAK. **13** 50 (Naumburg). Ist anzunehmen, daß der Kläger die Herausgabe der Sicherheit ohne Anrufung des Gerichts erreicht hätte, so sind die Anwaltsgebühren für den Antrag aus § 109 nicht erstattungsfähig.

8. Zuziehung eines ausländischen Rechtsanwalts. R. **13** Nr. 2749 (Hamburg). Zu den Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung sind in der Regel auch die Kosten der Zuziehung eines ausländischen Rechtsanwalts zu rechnen, wenn die Partei Ausländer ist.

9. Notwendigkeit des Wechsels eines Anwalts. a) HessRspr. **13** 281 (Darmstadt). Die Frage, ob ein Wechsel in der Person des Anwalts eintreten müßte, ist von dem Standpunkte der Partei zu prüfen. Hat der Anwalt der Partei ohne deren Schuld das Mandat gekündigt, so ist die Partei genötigt, einen anderen Anwalt zu bestellen. Selbst wenn die Kündigung in einem solchen Falle ohne sachlichen Grund erfolgt ist, hat der Gegner die Kosten des zweiten Anwalts zu erstatten. b) BayRpflZ. **13** 342 (Augsburg). Die Kosten mehrerer Anwälte sind auch zu erstatten, wenn der Wechsel des Anwalts nicht schlechthin notwendig ist, sondern nur eintritt, weil der Partei nicht mit Grund zugemutet werden kann, sich ferner der Hilfe ihres bisherigen Anwalts zu bedienen. Dies ist der Fall, wenn es sich nicht bloß um Meinungsverschiedenheiten und Mißhelligkeiten zwischen Partei und Anwalt, sondern um die begründete Vermutung nicht genügender wirksamer Wahrung der Parteirechte handelt, weil der Anwalt z. B. die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung grundlos unterlassen hat. c) WürttZ. **13** 336 (Stuttgart). Die Frage der Notwendigkeit des Wechsels in der Person des Rechtsanwalts

ist in jedem Falle nach den Umständen durch freies richterliches Ermessen zu entscheiden. Gibt ein Anwalt, der mit Einlegung der Berufung beauftragt ist, die Sache ab, weil er sich von der Berufung keinen Erfolg verspricht, so kann dies einen notwendigen Wechsel zur Folge haben.

10. Wechsel der Anwälte im Mahnverfahren (vgl. JDR. **11** Nr. VII 9). a) Für die grundsätzliche Erstattungsfähigkeit der Mehrkosten ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger mit der Erhebung des Widerspruchs rechnen konnte oder nicht. α. OLG. 27 122 (Naumburg). Das Mahnverfahren ist ein gesetzlich jedem Gläubiger gewährleisteter Behelf, die Durchführung seines Anspruchs zu versuchen. Wenn er diese Prozeßart gebraucht, so kann er sich zu seiner Vertretung eines Anwalts bedienen, der für die Durchführung des Mahnverfahrens zuständig ist. Es entspricht den gesetzlichen Regeln über die Zuständigkeit, wenn der Gläubiger einen Anwalt mit der Durchführung des Mahnverfahrens beauftragt, der bei dem für das Mahnverfahren zuständigen Amtsgerichte zugelassen ist. Der Gläubiger braucht bei der Wahl des Anwalts nicht darauf Rücksicht zu nehmen, daß der Beklagte die Möglichkeit hat, seinerseits das ordentliche Prozeßverfahren herbeizuführen, und er braucht deshalb, wenn für das ordentliche Prozeßverfahren das LG. zuständig ist, nicht einen bei diesem zugelassenen Anwalt auch schon für das Mahnverfahren zu bestellen. Wenn der Beklagte durch seinen Widerspruch die Eröffnung des ordentlichen Verfahrens vor dem LG. herbeiführt, so wird für den Gläubiger ein Wechsel in der Person seines Prozeßvertreters notwendig, weil der zulässigerweise mit der Durchführung beauftragte Anwalt bei dem LG. nicht zugelassen ist. Danach kommt es nicht darauf an, ob der Kläger mit der Erhebung des Widerspruchs rechnen konnte oder nicht. β. OLG. 27 123 (Naumburg). Die Meinung, es komme auf die Lage des Einzelfalls an in der Weise, daß der Kläger, wenn er einen Widerspruch des Schuldners gegen den Zahlungsbefehl befürchten müsse, gleich einen bei dem Gerichte des Hauptprozesses zugelassenen Anwalt mit dem Mahnverfahren beauftragen müsse, ist abzulehnen. Das Gesetz hat das Mahnverfahren als ein besonderes, vom ordentlichen Prozeßverfahren getrenntes Verfahren geordnet, für das die Amtsgerichte zuständig sind und in welchem die Partei das Recht hat, sich der Hilfe eines beliebigen Anwalts zu bedienen. Die Gebühren dieses das Mahnverfahren betreibenden Anwalts müssen deshalb auch nach § 91 erstattungsfähig sein. Wird infolge Widerspruchs der Rechtsstreit sodann beim LG. anhängig und ist der Anwalt dort nicht zugelassen, so muß in der Person des Anwalts ein Wechsel eintreten, die Voraussetzung des § 91 Abs. 2 Satz 2 ist also stets gegeben, ohne daß es auf die besondere Lage des Einzelfalls ankommt. γ. OLG. 27 124, KGBl. **13** 118 (KG.). Der Gläubiger hat die Wahl, ob er das Mahnverfahren wählen will; deshalb kann dieses nicht schon aus dem Grunde für unnötig erklärt werden, weil später infolge eines Widerspruchs des Schuldners das ordentliche Verfahren erforderlich wird. Der Kläger mußte, da sein erster Anwalt beim LG. nicht zugelassen war, einen zweiten dort zugelassenen Anwalt annehmen. Er brauchte nicht vorauszusehen, daß der Beklagte Widerspruch erheben würde, und er war daher auch nicht verpflichtet, einem Wechsel, der etwa hierdurch erforderlich würde, in der Person seines Prozeßbevollmächtigten vorzubeugen. δ. JW. **13** 614 (Jena). Die Mehrkosten, die dadurch entstehen, daß der Gläubiger, statt im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben, vom Mahnverfahren Gebrauch macht, hat stets der Schuldner zu tragen, da das Gesetz dem Gläubiger die freie Wahl stellt, ob er sich dieses oder jenes Verfahrens bedienen will, ja sogar durch gebührengesetzliche Maßnahmen darauf hinzuwirken sucht, daß möglichst viel das Mahnverfahren gewählt wird. b) Für die Erstattungsfähigkeit, falls ein begründeter Widerspruch des Beklagten nicht zu erwarten war. α. BreslauAK. **13** 50 (Breslau). Die Notwendigkeit des Anwaltswechsels

ist durch den Beklagten herbeigeführt, der gegen den Zahlungsbefehl, ohne begründete Einwendungen zu haben, Widerspruch erhoben hat und damit ein dem Anwaltszwang unterliegendes Verfahren notwendig gemacht hat. β. OLG. 27 124 (Celle). Da für das Mahnverfahren kein Anwaltszwang besteht, war es dem Kläger unbenommen, einen Anwalt seines Wohnsitzes mit der Erwirkung des Zahlungsbefehls zu beauftragen. Daran hinderte ihn auch nicht der Umstand, daß es sich um einen zur Zuständigkeit des LG. gehörenden Anspruch handelte. Der willkürliche Widerspruch des Beklagten und sein, objektiv betrachtet, zweckloser Verweisungsantrag haben den Wechsel in der Person des Anwalts nötig gemacht. γ. FrankfRundsch. 47 201 (Frankfurt). Da der Kläger nach Lage der Sache annehmen konnte, daß ein Widerspruch des Beklagten, der in der Folge den Klaganspruch nicht bestritten hat, gegen den Zahlungsbefehl nicht erhoben werden würde, war es nicht geboten, einen Anwalt zu wählen, der beim künftig event. zuständigen Prozeßgerichte zugelassen ist. Der Wechsel der Anwälte erscheint daher berechtigt und der Kläger kann Erstattung der Gebühren beider Anwälte verlangen. δ. OLG. 27 125 (Hamm). Die Sache liegt nicht so, daß der Kläger schon bei der Erwirkung des Zahlungsbefehls mit dem Widerspruche des Beklagten und außerdem auch mit dem Verweisungsantrage hätte rechnen müssen; denn der Beklagte hat, ohne kontradiktorisch zu verhandeln, zweimal ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen lassen. ε. OLG. 27 124 (Hamburg). Nach dem Verlaufe, den die Sache genommen hat, hatte der Kläger keine begründete Veranlassung, zu erwarten, daß der Schuldner materielle Einwendungen erheben und daß eine Entscheidung der Sache im ordentlichen Verfahren nötig sein werde. Bei solcher Sachlage war es für den Kläger, der Gastwirt ist, das Nächstliegende und Natürliche, daß er, wenn er sein Recht gegen den Schuldner im Wege des Mahnverfahrens verfolgen wollte, einen in der Nähe wohnhaften Anwalt beauftragte. ζ. ElsLothJZ. 13 293 (Colmar). Der Beklagte hat durch Zahlung der eingeklagten Summe vor der mündlichen Verhandlung die Unbegründetheit seines Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl selbst zu erkennen gegeben. Bei einer derart klaren Sachlage konnte der Kläger nicht erwarten, daß gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch erhoben würde. Es kann ihm daher aus der Inanspruchnahme eines nicht beim LG. zugelassenen Rechtsanwalts für das Mahnverfahren kein Vorwurf gemacht werden. η. AGAnw. 13 89 (LG. Breslau). Die Klägerin konnte bei der Einfachheit der Rechtslage annehmen, daß der Beklagte gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch nicht erheben werde. Daß diese Annahme gerechtfertigt war, ergibt sich daraus, daß der Beklagte trotz seines Widerspruchs nicht erschienen war, also in der Tat irgendwelche Einwendungen gegen den Klaganspruch nicht erheben konnte und nicht erheben wollte. Die Bestellung des zweiten Rechtsanwalts ist also erst durch die unbegründete Einlegung des Widerspruchs, nicht aber durch unsachgemäße Prozeßführung der Klägerin notwendig geworden. — Ebenso NaumburgAK. 13 51 (LG. Nordhausen). **c)** NaumburgAK. **13** 77 (Naumburg). Auch die Kosten eines AG.-Anwalts, der den Antrag auf Verweisung einer Mahnsache an das LG. stellt, sind erstattungsfähig.

11. Umfang der Erstattungspflicht bei einer Vertretung durch Rechtskonsulenten (Rechtsagenten). **a)** Kraft, JW. **13** 875 ff. Die Prozeßordnung hat als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung im Sinne des § 91 geeignet und notwendig die Zuziehung von Rechtsbeiständen nur insoweit im Auge gehabt, als das Gesetz ausdrücklich und positiv solche Rechtsbeistände vorsieht und sanktioniert, d. h. die Rechtsanwälte und die für Bedürfnisfälle — bei Anwaltsmangel — zum mündlichen Verhandeln vor Gericht zuzulassenden Personen, in Preußen Prozeßagenten genannt. **b)** NaumburgAK. **13** 15 (LG. Magdeburg). Ebenso gut wie sich der Kläger zur Klagerhebung der Hilfe eines Rechtsanwaltes hätte bedienen können (§ 91 Abs. 2), konnte er auch die

Dienste des Geschäftsagenten B. in Anspruch nehmen, die überdies nur geringere Kosten verursachen. Herrschender Gerichtsgebrauch ist, daß dem Rechtskonsulenten die Hälfte der dem Rechtsanwalte zustehenden Gebühren zugebilligt werden. ➠ Die Entscheidung dürfte kaum richtig sein. Red. ⟵ S. JDR. **11** Nr. VII 10.

12. Kosten der Wahrnehmung von Terminen durch einen Laienvertreter. KGBl. **13** 51 (LG. I Berlin). Versäumniskosten und Auslagen eines Laienvertreters sind nicht erstattungsfähig.

13. Mehrkosten infolge Erhebung von Teilklagen (vgl. JDR. **11** Nr. VII 14). WürttZ. **13** 336 (Stuttgart). Der Kläger ist nicht verpflichtet, zwei zur Verfolgung in einem gemeinsamen Verfahren geeignete Ansprüche in einer Klage zu verbinden; aber es ist von Fall zu Fall zu prüfen, ob die Verfolgung der Ansprüche mittelst getrennter Klagen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war. Werden ohne irgendeinen triftigen Grund am gleichen Tage zwei getrennte Klagen eingereicht, so können die Mehrkosten, die dadurch entstanden sind, daß die beiden Ansprüche nicht in einer Klage verbunden wurden, nicht ersetzt verlangt werden.

14. Kosten eines Interventionsprozesses. **a)** NaumburgAK. **13** 50 (Naumburg). Die besonderen Anwaltskosten, die durch den Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung beim Vollstreckungsgerichte (§ 769 Abs. 2) entstehen, sind nicht erstattungsfähig, wenn die Partei in der Lage war, rechtzeitig mit der Klagerhebung die Einstellung der Vollstreckung beim Prozeßgerichte zu erwirken, durch die besondere Kosten nicht verursacht werden. **b)** NaumburgAK. **13** 50 (Naumburg). Lagergelder und Transportkosten für die Lagerung der gepfändeten Sachen und ihre Fortschaffung in die Lagerräume sind keine Kosten des Rechtsstreits (so auch Stein, Anm. VI 2 Abs. 2).

15. Kosten eines im Prozesse von einer Partei eingeholten Privatgutachtens. **a)** PosMSchr. **13** 71 (Posen). Es handelte sich um die Beurteilung einer bautechnischen Frage, deren Kenntnis weder von der Partei noch von einem Rechtsanwalt erwartet werden kann. Die Rechtsverfolgung nötigte daher den Beklagten, sich der Hilfe eines mit bautechnischen Dingen vertrauten Sachverständigen zu bedienen, was auch ersichtlich mit Erfolg geschehen ist. Denn das Gutachten veranlaßte das Prozeßgericht, den Sachverständigen L. noch zu vernehmen, und dieser hat sich dem Privatgutachter „vollkommen" angeschlossen. Die Abweisung der Klage erfolgte auf Grund dieses Gutachtens. Unter diesen Umständen müssen die für das Gutachten aufgewendeten Kosten als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig erachtet werden. Ob sie in voller Höhe zu erstatten sind, entscheidet sich nach der ZGebO. Denn es können nicht Kosten für ein Privatgutachten in beliebiger Höhe dem Gegner aufgebürdet werden nur deshalb, weil der Privatsachverständige sie beansprucht; die Gebühren können vielmehr nicht anders als die für ein gerichtliches Gutachten festgesetzt werden. **b)** PosMSchr. **13** 71 (Posen). Ein allgemeiner Rechtssatz, daß die Kosten eines Privatgutachtens, wenn es während eines Rechtsstreits eingeholt ist, nicht zu erstatten seien, besteht nicht. Vielmehr sind die Kosten eines Privatgutachtens ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt seiner Einholung stets erstattungsfähig, wenn sie nach Lage des Einzelfalls zum Zwecke der Rechtsverfolgung erforderlich waren. Hier war das Gutachten K.s für den Kläger erforderlich. Er mußte vor seinem Auszuge für die Berufungsinstanz den damals bestehenden Zustand der Öfen feststellen lassen, denn unstreitig ist nach seinem Auszug, aber noch vor dem Urteile des OLG. der Zustand durch den Beklagten beseitigt worden. **c)** BreslauAK. **13** 50 (Breslau). Die Kosten, die durch Zuziehung eines sachverständigen Beraters zur Instruktion des Rechtsanwalts, sowie die Kosten eines im Laufe des Prozesses eingehenden Gutachtens zur Aufklärung des

Sachverhalts und zur Widerlegung des Gegengutachtens sind erstattungsfähig, auch wenn die Partei selbst sachverständig ist.

16. Erstattungsfähigkeit eines vorprozessualen Gutachtens. JW. **13** 230 (Düsseldorf). Das Gutachten war zur Vorbereitung des Prozesses notwendig, weil die Beklagte ihre Zahlungsweigerung auf angebliche Mängel der verkauften Ware stützte, deren Nichtvorhandensein klargestellt werden mußte. Die Klägerin konnte insbesondere nicht vorhersehen, ob der Einwand der Verspätung der Mängelrüge durchschlagen würde, dies um so mehr, als die Beklagte zu verschiedenen Zeiten verschiedene Mängelrügen erhoben hatte.

17. Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Patentanwalts? ThürBl. **60** 6 (Jena). Die Beklagte hat den gesamten Prozeßbetrieb in die Hand des Patentanwalts R. gelegt, indem sie mit ihm mündliche Besprechungen abhielt, von ihm die Schriftsätze ausarbeiten und den Schriftwechsel mit dem Prozeßbevollmächtigten führen ließ. Ein solches Verfahren geht weit über das hinaus, was zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig ist. Es setzt an die Stelle des mit der Prozeßführung beauftragten Rechtsanwalts den Patentanwalt und drückt den Rechtsanwalt zum Werkzeuge des Patentanwalts herab. Das steht mit der Stellung, die die Prozeßordnung dem Rechtsanwalte zuweist, im Widerspruche. Seine Aufgabe und Pflicht ist es, sich so in den Prozeßstoff einzuarbeiten, daß er ihn beherrscht und selbständig beurteilen kann. Dies gilt auch von Streitigkeiten auf technischem Gebiete. Nur die Einholung des Gutachtens eines Sachverständigen kann je nach der Schwierigkeit des Falles und nach der technischen Bildung der Partei in Frage kommen, damit sich die Partei und der Anwalt über technische Fragen Aufklärung schafft. Erstattungsfähig ist daher nur die Vergütung, die die Beklagte hierfür aufzuwenden hatte.

18. Reisekosten eines sachverständigen Beraters. WürttZ. **13** 335 (Stuttgart). Reisekosten eines sachverständigen Beraters einer Partei können als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Kosten des Rechtsstreits sich darstellen, z. B. wenn zum Beweisaufnahmetermine, wo es sich um technische Fragen, Untersuchungen und Prüfungen handelt, der Hersteller der im Streite befindlichen Feuerungseinrichtung zugezogen wird.

19. Erstattungsfähigkeit vorprozessualer Kosten. Bad. Rpr. **13** 65, DJZ. **13** 984 (LG. Karlsruhe). Für erstattungsfähig angesehen wurden die Aufwendungen für zwei Backproben, die der Beklagte vor Beginn des Rechtsstreits vorgenommen hatte, um festzustellen, ob der ihm vom Kläger gelieferte Backofen den Kaufbedingungen entsprach. Das Ergebnis einer Backprobe war im Rechtsstreite verwertet und im Hinblicke hierauf während des Prozesses selbst keine weitere Backprobe vorgenommen worden.

20. Entschädigung für die durch notwendige Reisen entstandene Zeitversäumnis. **a)** MecklZ. **32** 320 (Rostock). Bei einem Viehhändler, der regelmäßig jeden Arbeitstag zum Erwerb ausnützen will, bedarf es einer weiteren Darlegung des Schadens nicht, zumal ein ziffermäßiger Nachweis nur in seltenen Fällen möglich ist. Es entspricht vielmehr der Billigkeit, eine Vergütung nach freiem Ermessen festzusetzen. **b)** WürttZ. **13** 335 (Stuttgart). Ein Israelit, der am Samstag vor Gericht zu erscheinen hat, kann nicht mit der Begründung, daß er nach den Geboten seiner Religion am Sabbat nicht reisen dürfe, zwei Reisetage berechnen.

21. Erstattungsfähigkeit der Kosten der zur Urteilsausfertigung verwendeten Klagabschrift. JW. **13** 701 (LG. Frankfurt a. M.). Die zweckentsprechende Rechtsverfolgung erfordert die rasche Erteilung einer Urteilsausfertigung. Eine Beschleunigung wird jedenfalls dann eintreten, wenn der Klageschrift bereits eine von dem Rechtsanwalte beglaubigte Ab-

schrift beigefügt ist, und diese beglaubigte Abschrift zur Urteilsausfertigung benutzt wird.

22. Sind auch die Kosten für die Herstellung zweier gerichtlicher Urteilsausfertigungen grundsätzlich erstattungsfähig? a) Für die Erstattungsfähigkeit. α. SächsOLG. 34 94 (Dresden). Die Kosten zweier Urteilsausfertigungen sind dann erstattungsfähig, wenn die Herstellung im Wege der Vervielfältigung geschieht und infolgedessen die Zeit gespart wird, die notwendig ist, um an der Hand der Ausfertigung erst wieder die Abschrift herzustellen. β. SächsOLG. 34 206 (Dresden). Die gerichtlichen Kosten einer zweiten Urteilsausfertigung sind mit Rücksicht auf die durch die gleichzeitige Herstellung beider Ausfertigungen im Wege der Vervielfältigung erzielte Beschleunigung in der Regel erstattungsfähig. γ. KGBl. 13 170 (LG. I Berlin). Die Kosten für die zur Zustellung verwendete zweite Ausfertigung des Urteils sind erstattungsfähig. δ. WürttRpflZ. 13 296 (LG. Stuttgart). Die Kosten der Abschrift eines Versäumnisurteils, die der gemäß § 508 mit der Vermittlung der Zustellung beauftragte Gerichtsschreiber anfertigen läßt, sind vom Beklagten zu erstatten. § 169 findet auf amtsgerichtliche Versäumnisurteile keine Anwendung mehr. b) Gegen die Erstattungsfähigkeit. α. OLG. 27 412 (KG.). Die Partei braucht nur eine Urteilsausfertigung. Im übrigen hat der Prozeßbevollmächtigte beglaubigte Abschriften zu fertigen, deren Kosten unter die dem Anwalte zustehende Pauschgebühr fallen. Kosten, die an sich unter die Pauschgebühr des Anwalts fallen und nur dadurch unter die Gerichtskosten gelangt sind, daß der Anwalt sich eine Urteilsausfertigung mehr hat erteilen lassen, als notwendig war, sind aber nicht erstattungsfähig. β. Ähnlich OLG. 27 41 (KG.). Wenn durch die Zustellung des Urteils mittels Übergabe einer Ausfertigung mehr Kosten entstehen als bei der Zustellung durch Übergabe einer beglaubigten Abschrift, so sind die Mehrkosten nicht erstattungsfähig.

23. Kosten von Abschriften aus den Gerichtsakten. a) Württ. RpflZ. 13 212 (Stuttgart). Die Kosten für Gerichtsabschriften aus den Akten sind erstattungsfähig. b) SächsOLG. 34 203 (Dresden). Die gerichtlichen Schreibgebühren für die auf Antrag einer Partei erfolgte Herstellung zweier Abschriften eines Beweisbeschlusses sind, namentlich wenn es sich um einen Beweisbeschluß des Berufungsgerichts handelt, grundsätzlich erstattungsfähig. Die beschleunigte Mitteilung einer zuverlässigen Abschrift der Beweisbeschlüsse zweiter Instanz ist zur Abkürzung des Verfahrens, insbesondere zur Vermeidung unvollständiger Beweisaufnahmen, und damit zur Wahrung des Prozeßinteresses geboten. . c) OLG. 27 40 (München). Auch die Kosten von Abschriften für die Versicherungsanstalt, bei der die obsiegende Partei (eine Stadtgemeinde) versichert war, sind erstattungsfähig, wenn daneben nicht noch besondere Abschriften für die Stadtgemeinde gefertigt worden sind, wie sie sonst notwendig gewesen wären.

24. SächsRpflA. 13 384 (LG. Dresden). Eine Behörde kann für die Herstellung von Schriftstücken, die sie in von ihr selbst geführten Rechtsstreiten von ihren Beamten anfertigen läßt, Schreibgebühren nicht erstattet verlangen.

§ 92. Literatur: Wurzer, Die Kostenentscheidung bei der Verurteilung Zug um Zug gemäß § 322 BGB., R. 13 387—391.

1. Kostenentscheidung bei der Verurteilung Zug um Zug. Wurzer, R. 13 387 ff. Grundsätzlich liegt eine Zuvielforderung im Sinne des § 92 vor, wenn bei einem gegenseitigen Vertrage der Kläger vom Beklagten schlechthin die Leistung verlangt hat, der Beklagte aber infolge der von ihm vorgeschützten Einrede des nicht erfüllten Vertrags nur zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt ist. Haben Leistung und Gegenleistung den gleichen Wert, so kann das Verhältnis des Obsiegens und des Unterliegens zahlenmäßig nur in der Weise aus-

gedrückt werden, daß jedem von ihnen die Kosten zur Hälfte aufzuerlegen sind. Im einzelnen gilt: Schränkt der Kläger auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags seinen Antrag dahin ein, daß er nicht mehr Verurteilung schlechthin, sondern Verurteilung Zug um Zug fordert, so muß Beklagter die Kosten allein tragen, wenn er im Schuldnerverzuge war, und zwar auch dann, wenn er den abgeänderten Klagantrag alsbald anerkannt hat. § 93 kann nicht in Betracht kommen, weil Beklagter gemahnt war und deshalb Veranlassung zur Klage gegeben hatte. Wenn aber der Kläger seinen ursprünglichen Klagantrag trotz der begründeten Einrede des Beklagten aufrechthält, wird zwar der Beklagte zur Zahlung Zug um Zug verurteilt, aber er hat nur die Hälfte der Kosten zu tragen; die andere Hälfte ist dem Kläger aufzuerlegen, weil er jetzt einen Klagantrag stellt, der in seiner Unbeschränktheit nicht mehr begründet ist. — War der Kläger im Verzug und klagt er alsdann auf Leistung Zug um Zug und erkennt der Beklagte den Anspruch alsbald an, so wird der Beklagte auf Grund seines Anerkenntnisses verurteilt, aber die Kosten trägt nach § 93 der Kläger, weil der Beklagte keine Veranlassung zur Klagerhebung gegeben hat. Richtet aber der Kläger seinen Antrag nicht auf Zahlung Zug um Zug, sondern auf Zahlung schlechthin, so ist der Beklagte berechtigt, diesem Antrage gegenüber zunächst die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegenzusetzen. Wenn daraufhin der Kläger seinen Antrag beschränkt, dann ist für den Beklagten die Gelegenheit gegeben, den Anspruch in seiner jetzigen Gestalt anzuerkennen mit der Wirkung, daß dem Kläger nach § 93 alle Kosten zur Last fallen. — Wenn auf die Einrede hin der Kläger sich nicht dazu versteht, seinen Antrag zu beschränken, obwohl der Beklagte erklärt, daß er den Klaganspruch mit der Einschränkung auf Leistung Zug um Zug anerkennen werde, so ist § 93 zwar nicht unmittelbar anzuwenden, weil kein Anerkenntnis vorliegt, muß aber entsprechend anwendbar sein.

2. **RG.** R. **13** 1168. Haben beide Parteien Berufung eingelegt und wird zunächst durch Teilurteil die eine Berufung zurückgewiesen, so kann über die Kosten nur in Anwendung des § 92 und nur in Ansehung des abgeurteilten Teiles der Klageforderung entschieden werden. Eine dementsprechende angemessene Teilentscheidung wird aber nur selten angängig sein; es erscheint vielmehr richtiger, die Kostenentscheidung erst im Schlußurteile zu treffen.

3. Abs. 2. **a)** **RG.** WarnE. **13** 379. Geht der Klagantrag dahin, festzustellen, daß der Beklagte nicht berechtigt sei, vom Kläger 4 M. Mietstempel zu verlangen und ist diesem Antrag insoweit stattgegeben, als festgestellt worden ist, daß der Beklagte nur einen Mietstempel von 3 M. verlangen könne, so kann nicht der Kläger zur Tragung sämtlicher Kosten mit der Begründung verurteilt werden, daß er seine Zahlungspflicht überhaupt bestritten und die „Zuvielforderung" des Beklagten besondere Kosten nicht verursacht habe. Auf das erste kommt es nach dem maßgebenden § 92 nicht an; entscheidend ist das Endergebnis des Rechtsstreits, und dieses besteht hier darin, daß der Kläger zu $^1/_4$ unterlegen ist und zu $^3/_4$ obgesiegt hat. „Gefordert" aber hat der Beklagte im Rechtsstreit überhaupt nichts, da er nur Abweisung der Klage beantragt hat. Bei einem Gesamtobjekte von 4 M. ist übrigens 1 M. keineswegs geringfügig. Die Kosten sind vielmehr nach § 92 Abs. 1 in dem angegebenen Verhältnisse zu teilen. **b)** MSchutzuWettbew. **11** 300 (Hamburg). Der Anspruch auf Veröffentlichung des Urteils stellt gegenüber dem Antrag auf Unterlassung eine geringfügige Mehrforderung dar. **c)** **RG.** WarnE. **13** 447. Hat ein vom Beklagten eingelegtes Rechtsmittel nur ganz geringfügigen Erfolg, so kann der Kläger auch von Kosten der Rechtsmittelinstanz freigelassen werden **d)** OLG. **27** 42 (Naumburg). Maßgebend für die Kostenverteilung ist der Klagantrag. Geht dieser auf die Summe, die das Gericht für angemessen erachten werde, so handelt es sich um eine Forderung, deren Festsetzung vom richterlichen Ermessen abhängt. Die eigene Ansicht des Klägers über das, was er zu beanspruchen habe, ist daher gleich-

gültig. Werden ihm 1000 M. ab- und 2000 M. zugesprochen, so sind die Kosten nach diesem Maßstabe zu verteilen, auch wenn er ausgeführt hat, daß ihm mindestens 10 000 M. zustünden.

§ 93. Literatur: Hannay, Die Interventionsklage aus § 771 ZPO. in der Gerichtspraxis, KGBl. **13** 132—137, **14** 1—5. — Moos, Kann von dem Schuldner, der namens des Berechtigten zur Freigabe gepfändeter Fahrnisgegenstände auffordert, Vorlegung einer Vollmacht verlangt werden (§ 174 BGB.)? DJZ. **13** 862—863. — Plonski, Wird der Interventionskläger dadurch klaglos gestellt, daß der Beklagte ihm gegenüber die Freigabeerklärung abgibt? KGBl. **14** 14.

I. Allgemeines. 1. Anwendungsgebiet. a) Arrest. HessRspr. **13** 275 (Darmstadt). § 93 ist auch im Falle des § 927 (Arrestaufhebung wegen veränderter Umstände) anwendbar. b) Einstweilige Verfügung. ElsLothJZ. **38** 406 (Colmar). Keine entsprechende Anwendung des § 93, wenn die Partei, die eine einstweilige Verfügung erwirkt hat, im Widerspruchsverfahren die Verfügung aus freien Stücken aufhebt. In der Aufhebung liegt keine Anerkennung des Anspruchs des Gegners, sondern nur die Zurücknahme des Antrags auf Erlaß der einstweiligen Verfügung, die die Kostenfolge des § 271 Abs. 3 nach sich zieht. c) In der Berufungsinstanz. ElsLothJZ. **38** 369 (Colmar). Für die Anwendung des § 93 in der Berufungsinstanz (bei Anerkennung der Unrichtigkeit des ersten Urteils durch den Berufungsbeklagten) ist kein Raum.

2. HansGZ. **12** Beibl. 299 (Hamburg). Wenn der Kläger sofort nach Erledigung seines Hauptanspruchs auf seinen Antrag verzichtet, ist die Vorschrift des § 93 analog anzuwenden, daß ein Beklagter von Kosten frei zu bleiben hat, der, sobald der Anspruch seines Gegners begründet wird, sofort anerkennt.

3. Auch das Verhalten der beklagten Partei nach Anerkenntnis kann für die Frage der Klageveranlassung erheblich sein. PosMSchr. **13** 43 (Königsberg). Daß der Beklagte zur Klage Veranlassung gegeben hat, muß aus seinem Verhalten im weiteren Verlaufe des Rechtsstreits geschlossen werden. Er hat nach Erlassung des Anerkenntnisurteils zunächst keine Schritte zur Verwirklichung des anerkannten Anspruchs gemacht. Seine Verpflichtung erschöpfte sich aber nicht in der Abgabe des Anerkenntnisses, sondern in der Leistung. Ein außergerichtliches Anerkenntnis ohne Leistung wäre für die Kläger wertlos gewesen. Das gerichtliche Anerkenntnis aber konnte die Leistung — Entgegennahme der Auflassung — erst dann ersetzen, wenn das Anerkenntnisurteil rechtskräftig war (§ 894). Zum mindesten hätte der Beklagte einen Verzicht auf das Rechtsmittel der Berufung abgeben müssen, um die sofortige Rechtskraft des Urteils herbeizuführen und dadurch seiner Verpflichtung zur sofortigen Leistung zu genügen.

4. Ob der Anspruch begründet war oder nicht, ist ohne Bedeutung. a) BreslauAK. **13** 16 (Breslau). Für die Frage, ob der Beklagte dem Kläger Veranlassung gegeben hat, die Klage zu erheben, kann nicht mehr erörtert werden, ob der Klaganspruch, so wie er geltend gemacht war, begründet gewesen ist oder nicht. Daß er begründet ist, steht zwischen den Parteien rechtskräftig fest. Aber selbst von dieser Rechtskraft abgesehen, ist es nicht zulässig, daß eine Partei in demselben Prozeß einander widersprechende Erklärungen in erster Linie, nicht etwa hilfsweise abgibt, die eine zur Hauptsache, nämlich das Anerkenntnis des Klaganspruchs, die andere zum Kostenpunkt, nämlich das Bestreiten des Klaganspruchs. Da die Entscheidung über die Kosten von der Entscheidung zur Hauptsache abhängig ist, so ist bei sich widersprechenden Erklärungen allein diejenige beachtlich, die zur Hauptsache abgegeben worden ist. Der Beklagte, der den Klaganspruch anerkennt, begibt sich damit jeder weiteren Verteidigung, gegen das Bestehen und gegen die Fälligkeit des Anspruchs. b) SeuffA. **68** 80 (Dresden). Die Kostenpflicht des den Klaganspruch

anerkennenden Beklagten hängt nicht davon ab, ob der Anspruch begründet war oder nicht. Die beklagte Partei unterliegt nicht nur dann, wenn das Gericht nach streitiger Verhandlung und Prüfung des Streitstoffs feststellt, daß der Klaganspruch begründet sei, sondern auch dann, wenn es dieser Verhandlung und Prüfung durch ein Anerkenntnis gemäß § 307 überhoben wird.

II. Klageveranlassung im einzelnen. 1. Geltendmachung der aufschiebenden Einreden des Erben aus §§ 2014, 2015 BGB. OLG. **26** 294 (KG.). Die Ansicht, daß der Gebrauch der „aufschiebenden Einreden" den Eintritt des Verzuges des Erben und daher auch den der Verzugsfolgen ausschließt, so daß dem Erben, der den Anspruch an sich im Prozesse sofort anerkennt, der § 93 zur Seite steht [OLG. **18** 318 (KG.)], läßt sich nicht aufrecht erhalten. Vielmehr sind in Ausgleichung der einander widerstreitenden Interessen des Erben, seiner persönlichen Gläubiger und der Nachlaßgläubiger, die nach der Denkschr. 272 mit §§ 2014, 2015 BGB. und §§ 305, 782, 783 ZPO. beabsichtigt war, diese Bestimmungen dahin zu verstehen, daß der Erbe während dieser Fristen nur berechtigt sein soll, das endgültige Ausscheiden von Nachlaßgegenständen aus der Nachlaßmasse zu verweigern und zu verhüten, ohne daß damit die an sich bestehende Haftung für die durch die Nichterfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten den Gläubigern erwachsenden Nachteile ausgeschlossen wird. Der Erbe hat daher den Nachlaßgläubiger in die Lage zu versetzen, wegen seines Anspruchs die Pfändung (§§ 782, 930) zu bewirken. Solange er dies nicht tut, hat er zur Klagerhebung Veranlassung gegeben.

2. Anfechtungsklage. PosMSchr. **13** 17 (Marienwerder). Die Anfechtung von Rechtshandlungen kann nur im gerichtlichen Verfahren erfolgen. Wer es zuläßt, daß ihm gegenüber eine anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen wird, hat damit schon Anlaß zur Klage gegeben, ohne daß eine Aufforderung vorangegangen zu sein braucht.

3. Kostenpflicht des Konkursverwalters nach Aufnahme des Prozesses. OLG. **26** 169 (Naumburg). Hat der Verwalter dadurch, daß er die angemeldete Forderung nebst den bisher entstandenen Kosten zunächst bestritt, den Gläubiger gezwungen, den bei der Konkurseröffnung noch anhängigen Rechtsstreit nach § 146 KO. aufzunehmen, so kann der Umstand, daß er in den Prozeß nicht eingetreten ist, sondern seinen Widerspruch nachträglich zurückgezogen hat, nachdem er die Aufnahme einmal veranlaßt hat, nicht ins Gewicht fallen. Der Fall liegt nicht anders, als wenn der Verwalter den Anspruch im Prozeß anerkannt hätte.

4. Klage auf Aufhebung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung. **a)** BadRpr. **13** 149 (Karlsruhe). Die Frau kann im Wege der Klage die Aufhebung der Nutznießung und Verwaltung unmittelbar durch Urteil verlangen; sie braucht nicht erst den Versuch zu machen, ob sie den Mann zur Eingehung eines Ehevertrags bewegen kann, bevor sie zur Klage schreitet. Der Mann hat Anlaß zur Klage gegeben, sobald eine der Voraussetzungen des § 1418 BGB. vorliegt. (Ebenso OLG. Posen, SeuffA. **58** 354.) **b)** Ähnlich OLG. **27** 43 (Colmar).

5. Klage aus § 739. BadRpr. **13** 86 (Karlsruhe). Da der beklagte Ehemann nach § 1374 BGB. das eingebrachte Gut seiner Frau ordnungsmäßig zu verwalten hat, war er verpflichtet, für die Tilgung der fälligen Forderung des Kl. zu sorgen. Wie er die zur Deckung der Schuld erforderliche Verwertung eines Teiles des eingebrachten Gutes vornahm, blieb seiner Entschließung überlassen; er durfte aber keinesfalls untätig bleiben. Er hat daher durch Unterlassung der Befriedigung des Kl. die Klage veranlaßt.

6. Klage gegen den Bürgen. HansGZ. **13** Beibl. 105 (Hamburg). Der Bürge, der die Bürgschaft nicht für eine bestimmte, dem Betrage nach angegebene Schuld, sondern generell bis zur Höhe von 5000 M. für alle der Klägerin gegen den Hauptschuldner jetzt oder in Zukunft zustehenden Forderungen übernommen hatte,

gibt keine Veranlassung zur Klage, wenn ihm die Klägerin den Betrag ihrer Forderung nicht vor Klageerhebung mitgeteilt hat.

7. Interventionsklage. a) Hannay, KGBl. **13** 132 ff., **14** 1 ff. gibt einen Überblick über die Rechtsprechung der OLG. und LG. hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 93 bei Interventionsprozessen. b) Bis zur Glaubhaftmachung kann sich der Pfändungsgläubiger völlig untätig verhalten. α. SeuffA. **68** 173 (Hamburg). Solange der Kläger sein Eigentum nicht glaubhaft gemacht hat, braucht der Beklagte von der Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht abzustehen. Es ist nicht Sache des Beklagten, für diese Glaubhaftmachung zu sorgen, sondern Sache des Klägers. Wenn der von diesem beauftragte Anwalt die Angelegenheit nicht sofort erledigt, so hat der Kläger, nicht der Beklagte die Folgen zu tragen. Aus dem Schweigen des Beklagten oder der Fortsetzung der Vollstreckung den Schluß zu ziehen, daß der Beklagte trotz erfolgter Glaubhaftmachung die Freigabe verweigere, ist der Kläger nicht berechtigt. Der Beklagte hat bis zur Glaubhaftmachung dem Kläger gegenüber keinerlei Pflichten. Er kann ruhig abwarten, bis der Kläger seiner Pflicht zur Glaubhaftmachung nachgekommen ist. β. KGBl. **14** 8 (LG. II Berlin). Der Pfändungsgläubiger hat nicht die Verpflichtung, den Intervenienten auf die unzureichende Glaubhaftmachung hinzuweisen und ihm besondere Ratschläge und Belehrungen zu erteilen. c) KGBl. **14** 8 (LG. II Berlin). Glaubhaftmachung des Eigentums am Pfandstück durch eidesstattliche Versicherung des Intervenienten selbst ist unzureichend. d) Moos, DJZ. **13** 862. Der Pfändungsgläubiger gibt keinen Anlaß zur Klagerhebung, wenn er dem Freigabeverlangen des Schuldners nicht stattgibt, das dieser namens des dinglich Berechtigten, aber ohne eine Vollmacht vorzulegen, stellt, und er die Aufforderung aus diesem Grunde zurückweist. Die Aufforderung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 174 BGB. e) KGBl. **14** 9 (LG. III Berlin). Der Gläubiger, der das Objekt der Zwangsvollstreckung infolge Intervention freigegeben hat, muß dem Widerspruchskläger die Kosten des Interventionsprozesses als Verzugsschaden ersetzen, falls er ihn nicht rechtzeitig von der Freigabe benachrichtigt hat.

8. Kostenpflicht des Möbelverleihers, der sein Eigentum nicht dem Hauswirte glaubhaft gemacht hatte. OLG. **26** 168, KGBl. **13** 90 (KG.). Der Vermieter ist nicht nur, wie der Vollstreckungsgläubiger gegenüber dem Intervenienten berechtigt, von dem Dritten die Glaubhaftmachung des Eigentums zu fordern, sondern ist, wenn er die Sachen nach dem Auszuge des Mieters zurückbehalten hat, dem Mieter gegenüber verpflichtet, diese Glaubhaftmachung zu verlangen, da er sich verantwortlich machen würde, wenn er ohne weiteres einem unberechtigten Dritten die Sachen herausgibt, die er als mittelbarer Besitzer des Mieters zurückbehalten hat. Hiernach ist es Sache des Klägers, sein Eigentum glaubhaft zu machen. Dieser Verpflichtung kommt er nicht durch die Aufforderung an die Vermieter nach, in seinen Räumen oder im Bureau seines Rechtsvertreters die zur Glaubhaftmachung dienenden Schriftstücke einzusehen. Vielmehr ist es seine Sache, diese Schriftstücke dem Vermieter in dessen Räumen vorzulegen.

III. Sofortiges Anerkenntnis. 1. Widerspruch im Mahnverfahren ist unschädlich. R. **13** Nr. 368 (Stuttgart). Ein Anerkenntnis kann selbst dann noch ein sofortiges sein, wenn der Beklagte in einem vorausgegangenen Mahnverfahren Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhoben hatte.

2. Genügt Anerkenntnis nach Beweisaufnahme? NaumburgAK. **13** 89 (LG. Halle). Das Anerkenntnis des Beklagten braucht, um die Kostenpflicht des Klägers zu begründen, nicht notwendig im ersten Termine zu erfolgen. Es genügt unter Umständen das Anerkenntnis nach der Beweisaufnahme. — Ebenso

KGBl. **13** 138 (LG. II Berlin). ◄→ Die Entscheidungen dürften kaum richtig sein. Red. ←◄

3. *Muß zu dem Anerkenntnis auch die sofortige Leistung hinzutreten?* HansGZ. **13** Beibl. 105 (Hamburg). Die vom LG. vertretene Ansicht, daß § 93 nur dann Anwendung finden dürfe, wenn der Beklagte nicht bloß sofort anerkenne, sondern auch sofort zahle, findet im Gesetz keine Stütze. Der klare Wortlaut des § 93 steht ihr entgegen. Der für den Gesetzgeber bestehende Gedanke ist offenbar der gewesen, daß nicht grundlos Klagen angestellt werden sollen und deshalb der Kläger, wenn er, ohne daß der Beklagte Veranlassung dazu gegeben hat, Klage erhebt, dann die Kosten tragen soll, wenn der Beklagte ihm sofort durch Anerkenntnis einen vollstreckbaren Titel gibt.

4. *Interventionsklage.* *Plonski*, KGBl. **14** 14. Mit der Interventionsklage wird nicht die Aufhebung des Pfandrechts, sondern des durch die Pfändung geschaffenen Zustandes, also der Beschlagnahme zum Zwecke der demnächstigen Versteigerung, angestrebt. Dieser Zustand dauert so lange fort, bis die gepfändeten Sachen entsiegelt sind und wird daher nicht schon dadurch beseitigt, daß der pfändende Gläubiger dem Eigentümer gegenüber die Freigabe erklärt. Erst die Anweisung des Gläubigers an den Gerichtsvollzieher, die Pfandstücke freizugeben, stellt den Eigentümer klaglos.

§ 94. *Literatur:* *Oertelt*, Zur Auslegung des § 410 BGB. und § 94 ZPO., JW. **13** 518—519.

Oertelt, JW. **13** 518 f. Darüber, wie es zu halten sei, wenn der Beklagte den Nachweis des Überganges erst *nach der Klagerhebung* verlangt, bestimmt § 94 nichts. Die Regelung dieses Falles hat sich der materiellen Rechtslage anzuschließen. Im übrigen vgl. oben zu § 410 BGB.

§ 96. RG. BayRpflZ. **13** 379, WarnE. **13** 460. § 96 ergibt keine Verpflichtung, sondern nur eine Befugnis zur Kostenaussonderung für das Gericht. Wird von dieser Befugnis in Ansehung der *Kosten des Beweissicherungsverfahrens* kein Gebrauch gemacht, so bilden diese Kosten einen Teil der Kosten des Rechtsstreits (vgl. *Gaupp-Stein* II vor § 485). Dies gilt namentlich, wenn von dem Ergebnisse des Beweissicherungsverfahrens im Rechtsstreite Gebrauch gemacht ist (**RG. 66** 198). Eine ausdrückliche Begründung dafür, daß es die Kosten der Beweissicherung nicht aussonderte, brauchte das Berufungsgericht nicht zu geben.

§ 97. *Literatur:* *Blanckmeister*, Kosten der Anschlußberufung bei Zurücknahme der Berufung, R. **13** 796—799.

1. *Kosten des lediglich vom Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittels.* **a)** HansGZ. **13** Beibl. 192 OLG. **27** 30 (Hamburg). Wenn der Nebenintervenient allein ein Rechtsmittel eingelegt hat und die von ihm unterstützte Partei in der Rechtsmittelinstanz nicht aufgetreten ist, so ist im Falle des Unterliegens der Nebenintervenient, nicht die von ihm unterstützte Partei, in die Kosten der Rechtsmittelinstanz zu verurteilen. **b)** Ebenso HansGZ. **13** Beibl. 312 (Hamburg).

2. *Kosten der Anschlußberufung* s. § 522.

§ 99. *Literatur:* *Oppler*, Bausteine für den zukünftigen Zivilprozeß, BuschsZ. **43** 428—432.

I. Abs. 1. *Erledigung der Hauptsache.* 1. *Zulässigkeit einer Berufung, die wegen nachträglicher Erledigung der Hauptsache auf den Kostenpunkt beschränkt wird.* **RG.** BayRpflZ. **13** 129. Vorausgesetzt ist in § 99 Abs. 1, wie das RG. schon mehrfach ausgesprochen hat, daß die Einlegung des Rechtsmittels zur Hauptsache zulässig ist; sie muß insbesondere von einer Partei ausgehen, die in dem für die Zulässigkeit

maßgebenden Zeitpunkte der Einlegung des Rechtsmittels noch durch die Entscheidung zur Hauptsache beschwert ist und so einen ernstlichen Antrag zur Hauptsache stellen kann. Ist dies nicht der Fall, hat sich vor Einlegung der Berufung die Hauptsache erledigt, dann ist die Berufung unzulässig. Hat sich dagegen erst nach der Einlegung des Rechtsmittels die Hauptsache erledigt und deshalb der Rechtsmittelkläger seinen Antrag auf den Kostenpunkt beschränkt, so ist das Rechtsmittel zulässig, da die durch die gesetzmäßige Einlegung des Rechtsmittels einmal begründete Zulässigkeit durch die spätere sachliche Erledigung nicht beseitigt wird. Ist die Erledigung der Hauptsache zwischen den Parteien streitig, so liegt noch ein streitiges Rechtsverhältnis vor, über das eine sachliche Entscheidung ergehen kann. Wenn der Kläger in einem solchen Falle gemäß seiner Auffassung, daß die Hauptsache erledigt sei, den Antrag stellt, die Hauptsache für erledigt zu erklären und im Kostenpunkte zu erkennen, so enthält dieses Gesuch daher nicht bloß einen Antrag im Kostenpunkte, sondern auch einen solchen zur Hauptsache. § 99 Abs. 1 trifft deshalb auf diesen Fall nicht zu.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1483. Wenn bei einem Streite über ein befristetes Wettbewerbsverbot die Frist für die Beschränkung des Wettbewerbes nach der Schlußverhandlung zweiter Instanz abgelaufen ist, so steht dem Kläger gegen das ihn abweisende Urteil gleichwohl die Revision zu. Da der Kläger, wenn seine Revision Erfolg hat, nach § 268 Nr. 3 befugt ist, in der erneuten Verhandlung vor dem Berufungsgericht seinen Klagantrag abzuändern und die vereinbarte Vertragsstrafe oder Schadensersatz zu fordern, so beschränkt sich sein Interesse an dem Obsiegen in der Revisionsinstanz keineswegs auf die Kosten des Rechtsstreits.

3. OLG. **26** 184 (Hamburg). Spricht das Urteil aus, daß die Hauptsache erledigt sei, so ist in dieser eine Entscheidung nur dann gefällt, wenn abweichende Anträge der Parteien vorlagen. — Ähnlich OLG. **27** 45 (KG.).

4. Unzulässigkeit der Anfechtung bei vorheriger Erledigung der Hauptsache. a) **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1056, WarnE. **13** 406. Ist der in erster Instanz abgewiesene Kläger vor Einlegung der Berufung befriedigt, so ist seine Berufung, auch wenn er beantragt, die Hauptsache für erledigt zu erklären, unzulässig. Der Antrag des Rechtsmittelklägers, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, ist nicht als eine Anfechtung des Urteils in der Sache selbst anzusehen (**RG. 15** 407, **18** 422, **27** 367, **45** 412, JW. **08** 45). Die Berufung ist aber auch in der Hauptsache unstatthaft, weil insoweit zur Zeit der Berufungseinlegung ein Beschwerdegrund nicht mehr bestand. **b)** R. **13** Nr. 1169 (Stuttgart). Die im Auftrage des Beklagten vorgenommene Pfändung war auf Widerspruchsklage der Klägerin für unzulässig erklärt worden. Nach Verkündung, aber vor Zustellung des Urteils befriedigte der Schuldner den Beklagten, und dieser gab darauf die gepfändeten Gegenstände frei. Seine Berufung ist für unzulässig erklärt worden.

5. BuschsZ. **43** 395 (LG. Leipzig). Keine Erledigung der Hauptsache, wenn im Interventionsprozeß auf Grund des für vorläufig vollstreckbar erklärten erstinstanzlichen Urteils die Pfändung aufgehoben ist und der Beklagte Berufung mit dem Antrag auf Klagabweisung eingelegt hat. Ebensowenig, wenn der Beklagte vor Einlegung der Berufung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung den streitigen Betrag und die Kosten gezahlt hat.

6. Umgehung des § 99 Abs. 1. WürttJ. **25** 197 (Stuttgart). Wenn der zur Hauptsache gestellte Berufungsantrag nicht ernstlich gemeint, sondern nur dazu bestimmt ist, die Anfechtung der Kostenentscheidung zu ermöglichen, so ist die Berufung unzulässig.

7. Anwendbarkeit auf das Kostenfestsetzungsverfahren. **a)** HessRspr. **14** 38 (Darmstadt). Im Kostenfestsetzungsverfahren bilden die Kosten des Hauptprozesses, deren Festsetzung zu Lasten des Gegners begehrt wird, die Haupt-

sache. Daher ist eine Beschwerde, die nicht die Festsetzung der Kosten des Hauptprozesses, vielmehr allein die gerichtlichen oder außergerichtlichen Kosten des Kostenfestsetzungsverfahrens betrifft, unzulässig (vgl. JW. **99** 606). **b)** Ebenso SeuffBl. **13** 486, AGAnw. **13** 132 (München).

8. Unanwendbarkeit der Vorschrift auf den Widerspruch gegen eine einstweilige Verfügung. OLG. **26** 184 (Hamburg). Der Widerspruch gegen eine einstweilige Verfügung ist auch nach Erledigung der Hauptsache nur wegen der Kosten zulässig.

II. Abs. 2. 1. R. **13** Nr. 233 (Stuttgart). Bei einer Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel ist ein Anerkenntnis gemäß § 307 unwirksam, da aus Gründen des öffentlichen Rechtes der Parteidisposition die Wirksamkeit versagt ist.

2. Zusammentreffen von Anerkenntnisurteil und Erledigung des Restes auf andere Weise. **a)** OLG. **27** 48, BadRpr. **13** 86 (Karlsruhe). Ist ein Teil der Hauptsache durch Anerkenntnisurteil erledigt, über den Rest der Hauptsache aber eine Entscheidung überhaupt nicht ergangen, sondern nur noch ein Urteil erlassen, in dem über die Gesamtkosten einheitlich entschieden worden ist, so ist das Kostenurteil mit einem Rechtsmittel überhaupt nicht anfechtbar, da eine Unterscheidung zwischen den Kosten, die auf den durch das Anerkenntnis erledigten Teil und die auf den durch Urteil überhaupt nicht erledigten Rest entfallen, nicht gemacht ist. **b)** Dagegen OLG. **27** 47 (GK.). Das zulässige Rechtsmittel ist in einem solchen Falle die Berufung.

III. Abs. 3. 1. Entscheidung zur Hauptsache? **a)** R. **13** 1326 (Stuttgart). Ein Urteil, das eine einstweilige Verfügung wegen Versäumung der Frist des § 929 aufhebt, enthält eine Entscheidung zur Hauptsache. **b)** SchlHolstAnz. **13** 350 (Kiel). Ist nach Erledigung der Hauptsache über die Kosten nach materiellrechtlichen Grundsätzen entschieden, so wird gleichwohl die Entscheidung über den Kostenpunkt ihrem Gegenstande nach nicht eine solche zur Hauptsache. Auf den Gegenstand der Entscheidung aber kommt es nach dem Sinne und Zwecke des § 99 an, dessen Grundgedanke dahin geht, die Entscheidung über den regelmäßig weniger wichtigen Kostenpunkt besonderen Normen zu unterwerfen. Es ist daher die Beschwerde, nicht die Berufung gegeben. **c)** FrankfRundsch. **47** 77 (Frankfurt). Die Anwendbarkeit des § 99 Abs. 3 ist auf den einen von ihm bestimmten Fall beschränkt, sie greift nicht Platz, wenn auch nur über einen Teil des Anspruchs in der Hauptsache entschieden ist. **d)** OLG. **27** 48 (KG.). Sind die Parteien dahin einig, daß der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, so kann ein Urteil über die Hauptsache nicht mehr ergehen.

2. Sofortige Beschwerde. **a)** HessRspr. **13** 275 (Darmstadt). Die weitere sofortige Beschwerde über den Kostenpunkt (§§ 99, 568) ist nur zulässig, wenn auch in der Hauptsache ein Rechtsmittel gegeben wäre. **b)** OLG. **27** 47 (Marienwerder). Anschließung an die sofortige Beschwerde ist unzulässig.

3. BadRpr. **13** 70 (Karlsruhe). Auf eine Beschwerde nach Abs. 3 kann eine Entscheidung nur über den Kostenpunkt ergehen.

4. Abs. 3 Satz 2. *Oppler, BuschsZ. **43** 431. Entgegen der Ansicht von Stein (§ 99 V 2), daß der Gegner von dem Beschwerdegericht unbedingt gehört werden müsse, geht die Praxis mit Recht von der Anschauung aus, daß es sich hier um eine Schutzvorschrift zugunsten des Gegners des Beschwerdeführers handele, die Verpflichtung, den Gegner zu hören, daher durch dessen Interesse begrenzt und entbehrlich werde, wenn die Beschwerde sich als unzulässig oder von vornherein als unbegründet herausstellt. Zur Behebung der vorhandenen Zweifel erscheint immerhin

für die zukünftige ZPO. ein der Übung der Rechtsprechung entsprechender Zusatz erwägungswert (vgl. auch § 937 ZPO.).

§ 100. 1. OLG. **26** 175 (Braunschweig). Eine Kostenentscheidung in dem gegen einen von zwei Streitgenossen erlassenen bedingten Teilurteile dahin, daß im Falle der Leistung des Eides der Kläger die außergerichtlichen Kosten dieses Streitgenossen, andernfalls dieser sie selbst zu tragen habe, während die Entscheidung über die Gerichtskosten und die Kosten des Klägers von dem Rechtsstreite mit dem zweiten Streitgenossen abhängen solle, ist unzulässig. Es ist gleichgültig, ob durch das Verfahren gegen den ersten Streitgenossen keine besonderen Kosten entstanden sind, und es ist willkürlich, den zweiten als denjenigen zu bezeichnen, welcher im wesentlichen als Gegner in Betracht komme. Die ZPO. kennt keine Kostenentscheidung, wobei diese Fragen eine Rolle spielten. Man muß vielmehr mit **RG. 39** 383, **41** 399, JW.**00** 411, 650, GruchotsBeitr. **52** 1022 nach Quoten entscheiden. Da bei Erlaß des Teilurteils noch nicht feststeht, ob beide Streitgenossen werden verurteilt werden, wird die nach § 100 zu treffende Entscheidung möglicherweise vereitelt, wenn man dem zuerst durch ein Teilurteil abgeurteilten Streitgenossen keine Kostenerstattung auferlegt.

2. Beispiele der Kostenverteilung, wenn von zwei Streitgenossen nur einer unterliegt, s. OLG. **27** 49 (Hamburg), OLG. **27** 50 (KG.), OLG. **27** 51 (München).

§ 101. Übergehung der Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention vgl. § 321 Nr. V.

§ 102. Literatur: Hirsch, Zur Anwendung des § 102 ZPO. DJZ. **13** 578—580.

1. Grobes Verschulden des Anwalts, wenn er eine Änderung der ZPO. infolge Benutzung einer alten Ausgabe des Gesetzes übersehen hat. OLG. Hamburg, JDR. **11** Nr. I 1, jetzt auch HansGZ. **13** Beibl. 16.

2. Hirsch, DJZ. **13** 578 ff. Der Gerichtschreiber ist zu einer Entscheidung gemäß § 102 im Kostenfestsetzungsverfahren nicht befugt. Hat er gleichwohl eine solche erlassen, so findet hiergegen nach Abs. 3 die sofortige Beschwerde, nicht die Erinnerung statt. Die gegenteilige Ansicht von Crusen (JDR. **11** Nr. III) ist unhaltbar.

§ 103. I. Das Kostenfestsetzungsverfahren im allgemeinen. 1. *Schultzenstein, BuschZ. **43** 327. Im Kostenfestsetzungsverfahren gilt die Verhandlungsmaxime auch bei den Sachen, für welche ausnahmsweise die Untersuchungsmaxime maßgebend ist, sowie bei der dem Gerichtsschreiber obliegenden Tätigkeit. Namentlich bei jenen Sachen sind jedoch einzelne weiter als sonst eintretende Beschränkungen der Verhandlungsmaxime anzunehmen.

2. Bedingte Kostenfestsetzung. WürttZ. **13** 269 (Stuttgart). Zugunsten der obsiegenden Partei können nicht nur von dieser bereits gezahlte, sondern auch noch nicht gezahlte Gerichtskosten festgesetzt werden, sofern die Möglichkeit nicht fern liegt, z. B. bei drohender Zahlungsunfähigkeit der unterliegenden Partei, daß die obsiegende Partei auch diese Kosten wird zahlen müssen. Die Festsetzung hat bedingt, d. h. für den Fall zu geschehen, daß die obsiegende Partei die Kosten an die Gerichtskasse zu bezahlen hat. Die Kosten einer derart bedingten Festsetzung können aber, solange nicht feststeht, daß der Gegner wirklich Schuldner des Betrags gegenüber dem Antragsteller geworden ist, dem Antragsgegner nicht auferlegt werden. Vgl. auch § 104 Nr. III.

3. Unterbrechung des Kostenfestsetzungsverfahrens. Vgl. § 244.

4. ThürBl. **60** 21 (Jena). Im Hauptprozesse kann über bestimmte Kostenbeträge entschieden werden, wenn die Hauptsache erledigt ist und die Par-

teien in Wirklichkeit nicht über die abstrakte Kostenpflicht, sondern nur über bestimmte Beträge streiten.

II. Vollstreckungstitel. 1. SächsRpflA. **13** 443 (LG. u. OLG. Dresden). Ein noch nicht rechtskräftiges Urteil, durch das eine einstweilige Verfügung angeordnet und über die Verfahrenskosten erkannt ist, das aber einen Ausspruch über die Vollstreckbarkeit nicht enthält, bildet einen vollstreckbaren Titel im Sinne des § 103. Der ausdrückliche Ausspruch der Vollstreckbarkeit wäre eine überflüssige Formsache gewesen, da aus einer einstweiligen Verfügung ohne weiteres vollstreckt werden kann.

2. OLG. **27** 232 (Posen). Ein Anerkenntnisurteil bildet für die durch den außerprozessualen Auftrag zu Vergleichsverhandlungen entstandenen Kosten des Anwalts keinen zur Vollstreckung geeigneten Titel im Sinne des § 103.

III. Zulässigkeit materieller Einwendungen? HessRspr. **13** 281 (Darmstadt). Im Kostenfestsetzungsverfahren ist die Einrede der Zahlung nicht zu berücksichtigen.

§ 104. Literatur: Meyer, Festsetzung der Gerichtskosten ohne Nachweis der Zahlung? SeuffBl. **13** 419–420.

I. Vollstreckbarkeit des Kostenfestsetzungsbeschlusses, falls das Urteil gegen Sicherheit für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. R. **13** Nr. 2434 (Cöln). Von einer besonderen Sicherheitsleistung in Höhe der Kosten die Vollstreckung des Kostenfestsetzungsbeschlusses abhängig zu machen, ist nicht zulässig. Die in dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil angeordnete Sicherheit gilt auch für den dem Beklagten durch Vollstreckung des Kostenfestsetzungsbeschlusses etwa entstehenden Schaden.

II. Abs. 1 Satz 2. RheinA. **110** 290 (Cöln). Ist die Vollstreckungsklausel auf einen Rechtsnachfolger umgeschrieben, so erfolgt die Zustellung des Festsetzungsbeschlusses mit der veränderten Vollstreckungsklausel nicht mehr von Amts wegen, sondern im Parteibetriebe.

III. Abs. 2. Meyer, SeuffBl. **13** 419. Die Erstattung der Gerichtskosten, für welche die obsiegende Partei selbst haftbar ist, kann von der unterlegenen Partei, um sie vor Doppelzahlung zu schützen, nur verlangt werden, wenn der Nachweis der Zahlung erbracht wird. Vgl. auch § 103 Nr. I 2.

IV. Erinnerung. 1. Befugnis des Gerichtsschreibers zur selbständigen Abänderung. *Dickel, Rechtsfälle Heft 1, Erl. 245 (LG. Liegnitz). Hat der Gerichtsschreiber die Kosten festgesetzt, so geht die Erinnerung an den Gerichtsschreiber selbst. Erachtet dieser die Erinnerung für begründet, so kann er seinen früheren Beschluß selbst abändern. — Vgl. JDR. **10** Nr. 1, **11** Nr. III 1.

2. Kosten des Erinnerungsverfahrens. a) BreslauAK. **13** 50 (Breslau). Der Gerichtsschreiber hat, wenn er der Erinnerung stattgibt, zugleich über die außergerichtlichen Kosten der Erinnerung zu entscheiden. b) Vgl. auch § 91 Nr. V.

§ 106. 1. SächsRpflA. **13** 444 (LG. Freiberg). Auf Grund eines Urteils, in dem die Kosten nach Quoten verteilt sind und das nur gegenüber der mit dem größeren Kostenteile belasteten Partei vorläufig vollstreckbar ist, kann die mit dem kleineren Kostenteile belegte Partei die Festsetzung der ihr zu erstattenden Kosten verlangen.

2. ThürBl. **60** 260 (Jena). Die Vorschrift gilt auch im Falle des § 124.

3. SeuffA. **68** 376 (München). Bei der Aufhebung der Kosten gegeneinander bedarf es keiner Aufforderung der Gegenpartei zur Einreichung ihrer Kostenberechnung. Wenn eine Ausgleichung der Gerichtskosten stattzufinden hat, weil die eine Partei mehr Gerichtsgebühren vorgeschossen hat als sie nach § 92 Abs. 1 Satz 2 treffen, so hat nur diese eine Partei einen Erstattungsanspruch, der sofort feststellbar ist.

§ 107. 1. BayRpflZ. **13** 258 (München). Nachträgliche Änderung der Streitwertsfestsetzung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der auf dem höheren Streit-

werte beruhende Kostenfestsetzungsbeschluß rechtskräftig und der Kostenbetrag wegen drohender Pfändung bereits bezahlt ist.

2. OLG. 27 51 (Braunschweig). Ebensowenig abweichende Kostenfestsetzung infolge Änderung des Kostenurteils.

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

§ 108. Literatur: Knoepfel, Prozessuale Sicherheitsleistung mit Staatspapieren, HessRspr. 14 11—12.

§ 109. I. Klage auf Rückgabe einer Sicherheit? 1. OLG. 27 53 (Naumburg). Eine Klage auf Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit wird durch § 109 nicht ausgeschlossen und ist dann begründet, wenn entsprechend § 109 die Veranlassung zur Sicherheitsleistung weggefallen ist.

2. Abweichend OLG. 27 53 (KG.). Nach Einführung des § 109 erscheint eine besondere Klage auf Rückgabe der Sicherheit, wenn kein besonderes Bedürfnis dafür geltend gemacht ist, unzulässig.

II. Abs. 2. Perls, JW. 13 351. § 109 Abs. 2 findet auch Anwendung, wenn die Klage rechtskräftig abgewiesen ist.

§ 110. Abs. 2 Nr. 1. **RG.** R. 13 Nr. 2435. § 110 Abs. 2 Nr. 1 verlangt nicht, daß ausdrücklich die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Siebenter Titel. Armenrecht.

§ 114. Literatur: Lebrecht, Bewilligung des Armenrechts im Deutschen Reiche, AÖstGZ. 13 347—348. — Meyer, Aussichtslosigkeit bei Armenrechtsbewilligung, R. 13 742—743. — Pfeiffer, Aussichtslosigkeit bei Armenrechtsbewilligungen, R. 13 632—633.

I. Dem Testamentsvollstrecker steht das Armenrecht auf Grund der Armut des Erben oder des Nachlasses nicht zu. **RG.** 81 292, DNotV. 13 354, GruchotsBeitr. 57 1059, JW. 13 384, LeipzZ. 13 385. Das Armenrecht kann Personen, die kraft Amtes zwar als Parteien auftreten, dabei aber lediglich die Interessen anderer vertreten, daher auch für die Kosten des Prozesses nicht mit eigenem Vermögen haften, nicht bewilligt werden, weil auf sie der § 114 seinen ganzen Voraussetzungen nach nicht paßt, insbesondere die etwa Unterhaltsbedürftigen nicht Partei sind, die etwaige Armut der Partei aber gleichgültig ist. Aus diesem Gesichtspunkte heraus ist zwar dem gemäß § 1960 Abs. 1 BGB. bestellten Nachlaßpfleger das Recht auf Bewilligung des Armenrechts grundsätzlich zugestanden worden (**RG.** 50 394), weil er überhaupt nicht Partei kraft Amtes ist, sondern gesetzlicher Vertreter des Erben; versagt ist aber in ständiger Rechtsprechung das Armenrecht dem Konkursverwalter (**RG.** 33 367) und auch dem Nachlaßverwalter (**RG.** 65 287), die Parteien als Verwalter fremder Vermögensmassen sind. Das gleiche hat auch vom Testamentsvollstrecker zu gelten. Er ist insbesondere nicht gesetzlicher Vertreter des Erben, so daß dessen Armut den Antrag auf Bewilligung des Armenrechts begründen könnte, sondern als Partei kraft des ihm übertragenen Amtes Vertreter seiner Interessen. Auch der Nachlaß als juristische Persönlichkeit führt den Prozeß nicht und bezüglich seiner würden auch die Voraussetzungen des § 114 schon begrifflich versagen.

II. Begriff der Aussichtslosigkeit. 1. Pfeiffer, R. 13 632 f. Aussichtslosigkeit ist ein höherer Grad von Unbegründetheit. Eine Rechtsverfolgung ist erst dann aussichtslos, wenn die Unbegründetheit des Anspruchs von vornherein klar auf der Hand liegt.

2. Hierzu Meyer, R. 13 742.

III. SeuffA. 68 245 (Kiel). Für die Fälle, in denen eine Partei nur ermächtigt ist, über ein fremdes Recht in eigenem Namen zu prozessieren, hat der Grundsatz zu gelten, daß das Armenrecht der Partei nur dann zu bewilligen ist, wenn zugleich

auch der Inhaber des Rechtes, für den materiell der Prozeß geführt wird, unvermögend ist (vgl. Hellwig, ZPO. § 95 I 1).

IV. OLG. 27 54 (Braunschweig). Der Mann ist zum Antrag auf Bewilligung des Armenrechts an die Frau im Scheidungsprozesse nicht berechtigt.

§ 115. I. Ziff. 1. Stempelpflichtigkeit nicht auf den Hauptprozeß beschränkter Vollmachten. SächsOVG. **20** 189 (SächsOVG.). Die nach § 115 Ziff. 1 mit der Bewilligung des Armenrechts verbundene einstweilige Befreiung von der Stempelsteuer tritt nicht ein bei Vollmachten, die zur Vertretung der armen Partei im Konkursverfahren ermächtigen.

II. Ziff. 3. 1. Umfang der Vertretungspflicht des Anwalts. SächsRpflA. **13** 415 (Dresden). Der im Landgerichtsprozesse gemäß § 115 Ziff. 3 bestellte Armenanwalt braucht der armen Partei im Falle ihres Obsiegens im Zwangsvollstreckungsverfahren insoweit nicht dienstbar zu sein, als die Partei in diesem Verfahren nach dem Gesetz eines Anwalts nicht bedarf.

2. R. **13** Nr. 2437 (München). Das Gesuch eines Pflichtanwalts um Enthebung ist an den Vorsitzenden zu richten; gegen dessen Verfügung findet dann Beschwerde statt.

3. Beiordnung eines Anwalts für auswärtige Beweistermine. Die JDR. **11** Nr. IV angeführten Entscheidungen des OLG. und LG. Stuttgart sind nicht WürttJ., sondern WürttRpflZ. **12** 315 und 232 abgedruckt.

§ 119. Zuständigkeit zur Erteilung für das Vollstreckungsverfahren. OLG. **27** 55, SächsOLG. **34** 89 (Dresden). Zur Erteilung des Armenrechts für das Zwangsvollstreckungsverfahren ist das Prozeßgericht erster Instanz auch dann zuständig, wenn diese Instanz bereits beendet ist.

§ 121. 1. OLG. **27** 58, R. **13** Nr. 2436 (München). Wenn die arme Partei durch fortwährende Vertagungsaufträge an den Pflichtanwalt der Entscheidung aus dem Wege geht, so ist dies zwar kein Enthebungsgrund für den Anwalt, wohl aber ein Anlaß zur Entziehung des Armenrechts.

2. R. **13** Nr. 975 (München). Nach Erledigung eines Rechtsstreits ist für die Entziehung des Armenrechts nur die erste Instanz zuständig, auch wenn es von der Berufungsinstanz bewilligt war.

§ 123. Abs. 2. 1. Verurteilung in die Prozeßkosten. **RG. 80** 351, WarnE. **13** 87. Unter der die Einziehung der Gerichtskosten nach § 123 Abs. 2 begründenden „Verurteilung in die Prozeßkosten" ist eine „rechtskräftige" Entscheidung zu verstehen (vgl. **RG. 6** 418, **23** 352).

2. Beendigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Kosten. **RG. 80** 351. Eines urkundlichen Nachweises bedarf es für den Fall der „Rechtsstreitbeendigung ohne Urteil" nicht, die fragliche Bestimmung hat vielmehr, wie dies bereits in **RG. 23** 354 auseinandergesetzt ist, den ausgesprochenen Zweck, die Einforderung der Kosten zu ermöglichen, wenn durch Kollusion der Parteien der Prozeß liegen bleibt. Daß hier ein solches absichtliches Liegenlassen stattfindet, kann bei dem langen, seit 1903 verstrichenen Zeitraum und bei der eigenen Erklärung der Revisionskläger, daß sie das Verfahren nicht betreiben wollen, keinem Zweifel unterliegen.

§ 124. Literatur: Müller, Die Festsetzung und Beitreibung der Kosten der armen Partei, SächsRpflA. **13** 196—198.

I. Allgemeines über die Festsetzung und Beitreibung der Kosten der armen Partei. 1. Müller, SächsRpflA. **13** 196 ff. Der Hauptfehler der jetzt geltenden Theorien ist, daß die arme Partei Zahlung der Kosten an sich selbst soll verlangen können. Die Vorschriften der §§ 91, 788 wollen der unterlegenen Partei nur die Aufwendungen aufbürden, welche die obsiegende Partei wirklich gehabt hat. Alle Kostenfestsetzungsbeschlüsse können daher,

wenn die arme Partei nicht die Zahlung nachweist, nur dahin gehen, daß die Anwaltskosten an den Armenanwalt, die Gerichts- und Gerichtsvollzieherkosten an die Gerichtskasse und den Gerichtsvollzieher zu zahlen sind. Daran wird auch nichts dadurch geändert, daß der Armenanwalt selbst bei der Kostenfestsetzung oder bei der Zwangsvollstreckung im Namen seiner Partei Zahlung an sie verlangt hat. Denn zum Verzicht auf seinen Anspruch ist nach § 397 BGB. ein Erlaßvertrag mit dem Schuldner erforderlich. Ebensowenig liegt eine wirksame Übertragung seines Rechtes vor, da er nach § 181 BGB. nicht mit sich selbst kontrahieren kann. Durch das Urteil, den sonstigen Schuldtitel oder die Zwangsvollstreckung wird ein Anspruch der armen Partei, soweit sie nicht selbst gezahlt hat, auf Zahlung der Kosten an den Armenanwalt, die Gerichtskasse und den Gerichtsvollzieher sowie ein Anspruch dieser Berechtigten auf Zahlung an sie begründet, ganz entsprechend, wie bei einem Vertrage zugunsten eines Dritten (§ 328 Abs. 1 BGB.) der Dritte Leistung an sich und die Vertragspartei, die diese ausbedungen hat, regelmäßig Leistung an den Dritten fordern kann (§ 335 BGB.). Ebensowenig wie bei einem solchen Vertrage der Dritte Rechtsnachfolger des Versprechungsempfängers ist, sind der Armenanwalt, die Gerichtskasse und der Gerichtsvollzieher Rechtsnachfolger der armen Partei. Es kann daher auch nicht die Vollstreckungsklausel eines im Namen der armen Partei ergangenen Kostenfestsetzungsbeschlusses für den Armenanwalt erteilt werden, sondern dieser muß einen neuen Beschluß erwirken. Das Recht des Armenanwalts, der Gerichtskasse und des Gerichtsvollziehers wird — abgesehen von den Ausnahmen im § 124 Abs. 2 —, wenn es auf einem Urteil oder Beschlusse beruht, mit deren Rechtskraft unentziehbar.

2. SchlHolstAnz. **13** 55 (LG. Kiel). Der Armenanwalt haftet nicht als Zweitschuldner für die Kosten des *namens der armen Partei* erwirkten Kostenfestsetzungsbeschlusses.

II. *Rechtliche Natur der dem Armenanwalte gegebenen Befugnis, seine Kosten von dem erstattungspflichtigen Gegner beizutreiben.* 1. OLG. **27** 56, SächsOLG. **34** 90 (Dresden). Das Recht des Armenanwalts ist als ein vom Rechte der armen Partei, das bestehen bleibt, abgeleitetes Recht anzusehen, das entweder ein gesetzliches Pfandrecht ist oder doch diesem in der Wirkung gleichsteht. Diese Ansicht entspricht am meisten der Fassung des § 124 Abs. 1, der von einem „Beitreibungsrechte", nicht von einem selbständigen Forderungsrechte des Anwalts spricht, ist auch am ehesten mit dem Wortlaute des § 124 Abs. 2 in Einklang zu bringen und wird ferner den Interessen des Gegners am besten gerecht, da ihm sonst die Gefahr droht, daß doppelte Schuldtitel gegen ihn erlangt werden. Der Armenanwalt kann mithin beanspruchen, daß von einem auf den Namen der armen Partei gestellten Kostenfestsetzungsbeschluß ihm als deren Rechtsnachfolger gemäß § 727 eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt wird. Der Armenanwalt, der die Kostenfestsetzung ausdrücklich nur auf den Namen der armen Partei betreibt, verzichtet damit nicht endgültig auf sein Recht.

2. Vgl. auch OLG. **27** 56 (KG.).

III. *Umfang des Anspruchs des Anwalts.* 1. SeuffBl. **13** 438 (München). Der Anwalt, der für die Partei schon *vor* der gemäß § 115 Nr. 3 erfolgten Beiordnung tätig gewesen ist, kann als *eigenen* Anspruch vom Gegner nur jene Gebühren- und Auslagenforderung beitreiben, die ihm gegen seine Partei *seit* jener Beiordnung erwachsen ist.

2. ThürBl. **60** 260 (Jena). Über Anwendbarkeit des § 106 vgl. § 106 Nr. 2.

§ 125. 1. *Zuständigkeit zur Entscheidung über die Nachzahlungspflicht.* OLG. **27** 57, SeuffA. **68** 83, SeuffBl. **13** 93 (München). In den Fällen, in denen ein Rechtsstreit durch mehrere Instanzen gegangen ist, ist über die Nachzahlungspflicht nur einheitlich zu entscheiden und hierzu das Gericht

erster Instanz zuständig, gleichviel, ob dieses selbst das Armenrecht bewilligt hat oder das Armenrecht erst für eine spätere Instanz nachgesucht worden ist.

2. **RG.** JDR. **11** jetzt auch LeipzZ. **13** 69.

§ 127. HessRspr. **13** 276 (Darmstadt). Kein Beschwerderecht des Armenanwalts wegen abgelehnter Entziehung des Armenrechts.

Dritter Abschnitt. Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

§ 128. Verhandlungsmaxime. I. Allgemeines. *Schultzenstein, BuschsZ. **43** 305, 312, 321, 323, 339. Die Verhandlungsmaxime ist nur möglich, wo und weil an sich auch die Untersuchungsmaxime möglich sein würde. Sonst hat man es mit Amtspflichten in dem engeren Sinne, in welchem die auf Grund der Untersuchungsmaxime obliegenden Pflichten nicht dazu gehören, zu tun. Die Verhandlungsmaxime kommt daher nicht in Frage hinsichtlich des objektiven Rechtes und dessen Auslegung und Anwendung, ferner nicht in Ansehung der Gesamtheit derjenigen Tatsachen, welche nicht für die Rechtsverhältnisse der Beteiligten zueinander oder des einen Beteiligten oder der nebeneinander stehenden mehreren Beteiligten allein, sondern für die Rechtsverhältnisse zwischen der Behörde und den oder dem Beteiligten oder für die lediglich der Behörde von Bedeutung sind, oder für den Kostenpunkt und für die Festsetzung des Wertes des Streit- oder Beschwerdegegenstandes wesentlich sind. Auch im übrigen wird der Zivilprozeß nicht von ihr allein beherrscht, sondern nur mit einer Reihe von Abschwächungen zugunsten der Untersuchungsmaxime und mit Ausnahmen für gewisse Sachen, bei denen die Gründe, auf denen sie beruht, überhaupt nicht zutreffen. Innerhalb des Anwendungsgebiets, das sonach eine jede der beiden Maximen hat, greift sie auch vor den besonderen Gerichten und für das ganze Prozeßverfahren Platz. In der Praxis verringert sich die Verschiedenheit zwischen der Verhandlungs- und der Untersuchungsmaxime außer unmittelbar durch die Abschwächungen der einen Maxime nach der Seite der anderen hin noch mittelbar durch eine Anzahl von Umständen. Welche Maxime für eine Prozeßart und wie sie dafür gelten soll, ist eine Zweckmäßigkeitsfrage. ◂→ Die Abhandlung ist auch im Sonderabdruck erschienen. ←▸

II. Kein Verstoß. **RG.** JDR. **11** Nr. I 1 jetzt auch WürttRpflZ. **13** 13.

III. Verletzung des Grundsatzes. 1. OLG. **27** 127 (KG.). Die mündliche Verhandlung ist nicht davon abhängig, daß das Gericht schon vorher auf Grund der Akten das Vorliegen sämtlicher Prozeßvoraussetzungen feststellt; diese Feststellung kann es vielmehr erst nach mündlich verhandelter Sache treffen. Was in dieser Beziehung für die prozeßhindernden Einreden vorgeschrieben ist, muß auch für die übrigen Prozeßvoraussetzungen, namentlich für die Klagerhebung gelten (**RG. 34** 392). Das LG. darf daher erst auf Grund mündlicher Verhandlung prüfen, ob eine ordnungsmäßige Klageschrift (vgl. hierzu GruchotsBeitr. **50** 1065) zugestellt worden ist oder ob der Beklagte auf die Beobachtung des § 253 wirksam verzichtet hat (**RG. 22** 479). Ebenso hat es mit den Parteien darüber zu verhandeln, ob ein dem § 697 widersprechender Verweisungsbeschluß von selbst auch ohne Anfechtung einer Partei nichtig oder aber nach Abs. 1 für das Gericht bindend ist.

2. BayRpflZ. **13** 403 (Nürnberg). In Fällen der unerwarteten Betonung eines neuen tatsächlichen Gesichtspunkts erfordert es der das Verfahren beherrschende Grundsatz der mündlichen Verhandlung und des beiderseitigen rechtlichen Gehörs, dem Gegner förmlich Gelegenheit zur tatsächlichen Darlegung über den neuen Gesichtspunkt zu geben. Verstoß hiergegen bildet einen wesentlichen Verfahrensmangel im Sinne des § 539.

§ 130. I. Ziff. 1. Wegen Bezeichnung der Inhaber einer Firma vgl. § 253 Nr. I 1.

II. Ziff. 2. Vgl. §§ 137, 297.

§ 137. OLG. 27 114 (Colmar). Die Vorschrift bezieht sich nur auf die „Sachanträge", die ein bestimmtes sachliches Klagebegehren enthalten. Sie bezieht sich nicht auf die Prozeßanträge (z. B. Vertagungsanträge) und vor allem auch nicht auf die rein negativen Gegenanträge, die auf Abweisung der Klage, der Berufung usw. gerichtet sind (Stein, N. II a²; Seuffert 1 zu § 297).

§ 138. Literatur: Kormann, Gegensätzliches Handeln von Personen mit gleicher Handlungsmacht, insbesondere der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, GruchotsBeitr. **57** 498—545.

Abs. 2. Kormann, GruchotsBeitr. **57** 498 ff. Bei gegensätzlichem Handeln von Gesamtaktsgenossen, d. h. von Personen, die zusammen oder nebeneinander wirken zur Erzielung einer einheitlichen Rechtswirkung im Verhältnisse zu Dritten, treten, weil eine Erklärung überhaupt nicht abgegeben ist, Versäumnisfolgen ein; insbesondere ist, wenn der eine Genosse gesteht, der andere aber bestreitet, wirksam weder im Sinne von § 288 gestanden noch bestritten, vielmehr der Fall des § 138 Abs. 2 gegeben.

§ 139. I. Fragepflicht Einzelfälle. 1. Pflicht zur Ausübung des Fragerechts in Schadensersatzprozessen s. § 287 Nr. II 1 u. 2.

2. Über die notwendige Substantiierung in der Replik und voreilige Beweisaufnahme gibt *Dickel, Rechtsfälle Heft 1, Erl. 6 ff., 10, 45, 66, 88, mehrere Beispiele. Dickel betont, daß in der Klage eine lediglich individualisierende Substantiierung genüge, daß aber eine nähere Substantiierung in der Replik notwendig sei, wenn der Beklagte die Klagebehauptung bestreite, z. B. genüge in der Klage die Behauptung, Berlin sei als Erfüllungsort vereinbart, diese Behauptung aber genüge nicht mehr, wenn der Beklagte bestreite; alsdann dürfe der Richter nicht sogleich zur Beweisaufnahme schreiten, sondern müsse vom Kläger eine erschöpfende Substantiierung verlangen.

II. Grenzen der Fragepflicht. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 297. Keine Pflicht des Gerichts, gemäß § 139 auf eine andere Fassung des ein allgemeines Verbot enthaltenden, in Wahrheit aber nur gegen gewisse Handlungen sich richtenden Antrags einer Unterlassungsklage hinzuwirken, wenn der Beklagte die gegen das allgemeine Verbot bestehenden Bedenken ausdrücklich geltend gemacht und der Kläger daraufhin in den Vorinstanzen nicht einmal erklärt hat, daß sein Antrag nicht so, wie er lautet, zu verstehen sei.

2. Keine Pflicht, zur Antretung eines bestimmten Beweises anzuregen. **RG.** R. **13** Nr. 2890. Das Gericht hat nur auf die Bezeichnung von Beweismitteln durch die Parteien, nicht auf die Bezeichnung bestimmter Beweismittel hinzuwirken.

3. **RG. 80** 262. Keine Fragepflicht des Gerichts, soweit es sich um die Ermittlung ausländischen Rechtes gemäß § 293 handelt. Vgl. § 293 Nr. II.

4. Keine Verpflichtung, auf einen vollständigen Vortrag des Inhalts der Schriftsätze hinzuwirken. a) **RG.** R. **13** Nr. 707. Ist der Inhalt eines Schriftsatzes nicht vorgetragen worden, so setzt die Ausübung des Fragerechts zum mindesten voraus, daß das tatsächlich Vorgetragene einen Anlaß zur Befragung gibt, z. B. wenn der Inhalt des Schriftsatzes nur eine Ergänzung oder Erläuterung des Vorgetragenen bringen würde. b) **RG.** R. **13** Nr. 1485. Das Gericht ist nicht verpflichtet, darauf zu achten, daß die Partei alles, was in ihren Schriftsätzen enthalten ist, auch in der mündlichen Verhandlung vor-

bringe. Eine dahingehende Fragepflicht besteht nur, wenn das mündlich Vorgetragene aus sich heraus durch erkennbare Lücken oder sonst Anlaß gibt, auf Ergänzung hinzuwirken.

III. Rein formelle Ausübung des richterlichen Fragerechts. Vertagungspflicht. 1. **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 284. Wird in der letzten mündlichen Verhandlung ein bis dahin aus Rechtsgründen abgelehnter und deshalb tatsächlich nicht näher dargelegter Einwand vom Gericht auf einmal in den Vordergrund gestellt und als nach seiner Meinung für die Entscheidung allein in Betracht kommend erachtet, so entspricht es nicht der Bedeutung der Fragepflicht des § 139, wenn das Gericht nur formell seine Fragepflicht ausübt und, wenn der Prozeßbevollmächtigte die erforderte nähere Darlegung nicht sofort geben kann, die beantragte Vertagung zur Nachholung der Information ablehnt, und unter Zurückweisung des von ihm rechtlich für erheblich erachteten Einwandes sofort in der Sache entscheidet. Bei der gegebenen Sachlage wäre vielmehr in richtiger Anwendung des § 139 die Vertagung geboten gewesen, damit der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten die nötigen Erkundigungen einziehen konnte, und es hätte höchstens in Frage kommen können, in dem Falle eines Verschuldens von der Vorschrift des § 48 GKG. Gebrauch zu machen.

2. **RG.** JW. **13** 605. § 139 erfordert nicht bloß, daß die Parteien zu Erklärungen aufgefordert, sondern auch, daß ihnen Gelegenheit zur Abgabe sachgemäßer Erklärungen gegeben werde, nötigenfalls durch Vertagung der Verhandlung oder durch Wiederaufnahme einer geschlossenen Verhandlung.

3. Vgl. auch § 228 Nr. II.

§ 146. BadRpr. **13** 79 (LG. Mannheim). Die Partei kann nicht einseitig ein einzelnes Angriffsmittel von der Reihe der noch nicht erledigten Streitpunkte abtrennen und für sich allein zur Verhandlung und zur Entscheidung stellen.

§ 148. I. Abhängigkeit. 1. **RG.** JW. **13** 926. Da nach § 146 Abs. 4 LwUVG. die Entscheidung der berufsgenossenschaftlichen Instanzen über die Frage, ob ein nach den Unfallversicherungsgesetzen zu entschädigender Unfall vorliegt und in welchem Umfang Entschädigung zu gewähren ist, bindend für das ordentliche Gericht ist, das über Schadensersatzansprüche des versicherten Verletzten gegen den Betriebsunternehmer zu erkennen hat, so darf ein Antrag des Betriebsunternehmers, das Verfahren bis zur Entscheidung der Versicherungsbehörden auszusetzen, nicht als belanglos unberücksichtigt gelassen werden.

2. Antrag des wegen Verletzung des Warenzeichenrechts Beklagten, das Verfahren bis zur Entscheidung des Patentamts über den Antrag auf Löschung des Warenzeichens des Klägers auszusetzen. **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 531. Die Aussetzung steht im freien, in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfenden Ermessen des Berufungsgerichts.

II. Die Aussetzung erfordert mündliche Verhandlung. BadRpr. **13** 11 (Karlsruhe). Eine Aussetzung auf Grund dieser Bestimmung darf nicht ohne mündliche Verhandlung angeordnet werden (vgl. **RG. 40** 373).

§ 156. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1060. Nur aus der geschlossenen mündlichen Verhandlung kann ein Grund zu deren Wiedereröffnung entnommen werden.

2. BadRpr. **13** 12 (Karlsruhe). Der Beschluß, durch den ein Antrag nach § 156 auf Wiedereröffnung der Verhandlung abgelehnt wurde, ist mit der Beschwerde nicht anfechtbar. Die dem Gerichte nach § 156 gestattete Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung kann nur von Amts wegen angeordnet werden. Das Gericht ist nicht verpflichtet, auf in der Zeit zwischen dem Schlusse der mündlichen Verhandlung und dem Verkündungstermine gestellte Anträge der Parteien, die nur als Anregung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung zu gelten haben, einzugehen. Die

Nichtbeachtung dieser Anregung kann nie die Verletzung einer Rechtsnorm in sich schließen. Eines ausdrücklichen Beschlusses, durch den der Wiedereröffnungsantrag abgelehnt wird, bedarf es hiernach überhaupt nicht.

§ 157. Literatur: Dittenberger, Die Praxis hinsichtlich der Zulassung von Prozeßagenten und der Zurückweisung geschäftsmäßig verhandelnder Bevollmächtigter gemäß § 157 ZPO., JW. **13** 1121—1128. — Kraft, Rechtskonsulenten, JW. **13** 815—818. — Levin, Über geschäftsmäßige Vertretung und Anwaltszwang, KGBl. **13** 130—132. — Link, Die gemeinnützige Rechtsauskunft und die Vertretung vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten, GewuKfmG. **13** 510—515.

I. Dittenberger, JW. **13** 1121 ff., berichtet über das aus 13 OLG.-Bezirken vorliegende Ergebnis der Umfrage, die der Vorstand des Deutschen Anwaltsvereins im Jahre 1912 über den Umfang der Zulassung von Prozeßagenten bei den Amtsgerichten gemäß § 157 Abs. 4 und über die Handhabung der Zurückweisungsbefugnis gemäß § 157 Abs. 1 durch die Amtsgerichte an die Vorstände der Anwaltskammern im Reiche gerichtet hat.

II. Begriff der Geschäftsmäßigkeit. Levin, KGBl. **13** 130 ff. Der Begriff der Geschäftsmäßigkeit erfordert, daß sich das Erbieten des Laien zur Prozeßführung an das Publikum im allgemeinen richtet, dagegen fällt darunter nicht die Vertretung von vornherein bestimmter Personen. Hiernach sind z. B. die ständigen Vertreter großer Abzahlungsgeschäfte und anderer Unternehmungen unbedenklich zuzulassen, Verbandssekretäre dagegen zurückzuweisen, da sie einem unbegrenzten Personenkreis oder doch einer großen Personenzahl zugänglich sind, so daß von vornherein von bestimmten Auftraggebern nicht mehr geredet werden kann. Ob sie dafür bezahlt werden, ist unerheblich.

III. Fällt regelmäßiges Auftreten des Bureauvorstehers an Stelle des Anwalts unter § 157 Abs. 1? Levin, KGBl. **13** 130 ff. Die Ansicht, daß auch gegen das regelmäßige Auftreten von Bureaubeamten an Stelle des von der Partei beauftragten Anwalts auf Grund des § 157 vorzugehen sei, ist unzutreffend. Nicht § 157 ist verletzt, sondern die Berufspflicht des Anwalts. Je strenger und unnachsichtiger aber das Gebot der richterlichen Prozeßleitung zu befolgen ist, Rechtskonsulenten als die nicht berufenen Parteivertreter zurückzuweisen und dabei auch allen Umgehungsversuchen entgegenzutreten, um so weniger kann die Verletzung der Anwaltspflicht, die in der regelmäßigen Vorschickung von Bureaubeamten liegt, geduldet werden.

IV. Anwendbarkeit der Bestimmungen im Verfahren vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten. 1. Einzelfälle der Geschäftsmäßigkeit. a) Link, GewuKfmG. **18** 510 ff. Die Leiter von Rechtsauskunftsstellen fallen nicht unter die Bestimmungen der §§ 31 GGG., 16 KfmGG., wenn sie das Verhandeln vor Gericht grundsätzlich nicht betreiben und sich zur Übernahme einer Vertretung nur dann ausnahmsweise bereitfinden lassen, wenn es gilt, einen der Rechtsverweigerung gleichkommenden Zustand nicht aufkommen zu lassen. b) GewuKfmG. **18** 535 (GG. Stettin). Gewerkschaftsbeamte können als geschäftsmäßige Vertreter zurückgewiesen werden. c) GewuKfmG. **18** 536 (KfmG. Stettin). Das gleiche gilt von dem von einer auswärtigen Partei bevollmächtigten Bureauvorsteher eines Rechtsanwalts, der für die Vertretung eine Vergütung erhält. d) GewuKfmG. **18** 536 (LG. Altona). Dagegen ist der Leiter des statistischen Bureaus des Vereins für Handlungskommis von 1858 nicht als geschäftsmäßiger Vertreter anzusehen. Er gehört nicht der Abteilung für Rechtsschutz, sondern der Abteilung für Sozialpolitik an. Im übrigen begründet das Angestelltenverhältnis in einem so großen Verbande, wie es der Verein von 1858 ist, nicht die Annahme, daß der Angestellte das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreibt.

2. Zulässigkeit der Beschwerde? OLG. **27** 59, GewuKfmG. **18** 234 (KG.). § 157 Abs. 3 findet auch im Verfahren vor den Gew.- und KfmG. Anwendung. Die Zurückweisung von Vertretern ist also auch hier unanfechtbar. Vgl. dagegen JDR. **11** Nr. V 1, aber auch 2 u. 3.

§ 160. Literatur: Jolly, Die Beurkundung formbedürftiger Rechtsgeschäfte im Prozeßvergleiche, BadRpr. **13** 41—43. — Wurzer, Der Begriff des Prozeßvergleichs und das Verfahren bei seiner Anfechtung, JheringsJ. **62** 285—376.

Abs. 2 Ziff. 1. 1. Können die Erbschaftsausschlagung und die Auflassung wirksam im Prozeßvergleich erklärt werden? Jolly, BadRpr. **13** 41 ff. Die herrschende Meinung, daß, wenn die Zuständigkeitsvoraussetzungen vorliegen, die Erbausschlagung und ähnliche Erklärungen immer und ohne weiteres im Prozeßvergleiche gültig und wirksam abgegeben werden können, ist unrichtig. Die Form der Erbausschlagung (§ 1945 BGB.) wird durch die Beurkundung in einem Prozeßvergleich allerdings gewahrt. Aber die Erklärung muß außerdem auch dem Nachlaßgerichte zugehen, und diesem Erfordernis ist durch ihre Abgabe im Prozeßvergleiche nur dann genügt, wenn die Erklärung vom Richter als solche entgegengenommen worden ist, daß er bei der Entgegennahme gleichzeitig als Prozeß- und Nachlaßrichter handeln wollte. Auch eine Auflassung ist in einem Prozeßvergleiche nicht schon stets dann gültig erklärt, wenn der ihn beurkundende Prozeßrichter zufällig auch der zuständige Grundbuchrichter ist. Die Auflassung kann vielmehr in einem Prozeßvergleiche wirksam nur für die Grundstücke erklärt werden, für die landesrechtlich auf Grund des Art. 143 EGBGB. die ausschließliche Zuständigkeit des Grundbuchamts gebrochen ist.

2. Anspruch. Wurzer, JheringsJ. **62** 308. Der Ausdruck „Anspruch" hat dieselbe Bedeutung wie das Wort „Rechtsstreit" im § 794 Abs. 1 Ziff. 1.

§ 163. SächsOLG. **34** 326 (Dresden). Das Protokoll über eine Zeugenvernehmung darf auch von dem Richter, unter Mitvollziehung des Gerichtsschreibers, niedergeschrieben werden.

Zweiter Titel. Zustellungen.

§ 170. 1. Was ist bei der im Parteibetrieb erfolgenden Urteilszustellung als die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks anzusehen? **RG.** (Verein. Zivils.) **82** 422. Bei der auf Betreiben der Parteien erfolgenden Zustellung der Urteile ist die „Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks" nicht und kann nicht sein die stets bei den Akten verbleibende Urschrift des Urteils, sondern allein die in der Form des § 317 Abs. 3 vom Gerichtsschreiber erteilte Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift. Sie kommt daher auch für die Fähigkeit, zur Zustellung mit Rechtswirksamkeit geeignet zu sein, allein in Betracht. Vgl. § 315.

2. FrankfRundsch. **46** 210 (Frankfurt). Ungenauigkeiten und Unrichtigkeiten nebensächlicher Art, die sich in der übergebenen Ausfertigung oder Abschrift eines Urteils finden (Fehlen des Verkündigungsvermerkes, Weglassung des Namens eines Richters im Eingange des Urteils, Bezeichnung der Zivilkammer als „Kammer") sind nicht geeignet, die Zustellung unwirksam zu machen, sofern der wesentliche Inhalt der Urschrift auch aus der übergebenen Ausfertigung oder Abschrift genügend entnommen werden kann (vgl. **RG. 61** 394).

3. WürttRpflZ. **13** 270 (Stuttgart). Die Zustellung einer „abgekürzten" Urteilsabschrift im Landgerichtsprozeß ist, abgesehen von dem Falle des § 313 Abs. 3, unwirksam.

4. Ebenso BreslauAK. **13** 46 (Breslau). Die Zustellung der Ausfertigung eines LG.Urteils ohne Gründe setzt die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf.

Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen.

§ 171. I. Abs. 2. **RG.** R. **13** Nr. 1324. Wer als Zustellungsempfänger einer ausländischen Handelsgesellschaft in Betracht kommt, bemißt sich nach deutschem Rechte.

II. Abs. 3. 1. Zustellung bei der Anfechtungsklage des § 272 HGB. **RG.** BauersZ. **20** 148, JW. **13** 210. Nach feststehender Rechtsprechung genügt im Falle der Anfechtungsklage nach § 272 HGB. die Zustellung an je ein Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsrats. Allerdings sind die Vorschriften des § 171 bloße Zustellungsvorschriften und beschränkt sich die dadurch dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied eingeräumte Vertretungsmacht auf die Entgegennahme von Zustellungen. Sind deshalb die übrigen Mitglieder außer dem Vorsitzenden bei der Erteilung der Prozeßvollmacht an die Rechtsanwälte der beiden ersten Instanzen unbeteiligt gewesen, so müßte die Klage trotz § 171 nach § 56 abgewiesen werden. Indessen darf unbedenklich angenommen werden, daß die übrigen Mitglieder von vornherein in die von dem Vorsitzenden erteilte Prozeßvollmacht eingewilligt haben (§ 183 BGB.). Die Fehler, die vorgekommen sind, bestehen nur darin, daß entgegen §§ 253 Abs. 4, 130 Nr. 1 und 313 Abs. 1 Nr. 1 in der Klageschrift und in den Urteilen nicht alle Vertreter mit ihren Namen angegeben wurden. Das ist ein Verstoß gegen Ordnungsvorschriften, der Nachteile für die Kläger nicht zur Folge hat.

2. OLG. **27** 25 (Hamm). Auch wenn tatsächlich einer der gesetzlich oder satzungsgemäß erforderlichen mehreren Vertreter weggefallen ist, genügt die Zustellung an einen Vertreter.

§ 173. Generalvollmacht. **RG.** R. **13** Nr. 3032. Auch die Ermächtigung, Briefe für den Machtgeber anzunehmen und zu öffnen und damit die in den Postsendungen enthaltenen, für den Machtgeber bestimmten Mitteilungen in Empfang zu nehmen, stellt eine Generalvollmacht im Sinne des § 173 dar.

§ 176. I. Beginn der Pflicht für die Zustellung gemäß § 176. Wie OLG. Hamburg, JDR. **11** Nr. I auch HansGZ. **13** Beibl. 110 (Hamburg).

II. Begriff der Bestellung des Prozeßbevollmächtigten. 1. OLG. **27** 60, HansGZ. **13** Beibl. 110 (Hamburg). Die Bestellung des Prozeßbevollmächtigten ist nicht gleichbedeutend mit der Erteilung der Vollmacht; vielmehr muß dem Gegner oder dem Gerichte von dem Vertretungsverhältnisse Kenntnis gegeben sein. Briefliche Anzeige von der Übernahme der Vertretung genügt.

2. Ist der Armenanwalt schon durch die Beiordnung bestellter Prozeßbevollmächtigter? OLG. **26** 170 (Posen). Der beigeordnete Armenanwalt kann erst dann als rechtswirksam bestellter Prozeßbevollmächtigter angesehen werden, wenn er von seiner Partei bevollmächtigt ist. Dies wird im landgerichtlichen Verfahren, in welchem der Mangel einer Vollmacht nicht von Amts wegen zu beachten ist, dann anzunehmen sein, wenn der Armenanwalt für seine Partei sich gemeldet hat oder sonst für sie tätig gewesen ist.

3. Muß im Falle der Verweisung eines Rechtsstreits vom Amtsgericht an das Landgericht die Zustellung der Ladung vor das Landgericht an den amtsgerichtlichen Prozeßbevollmächtigten erfolgen? OLG. **27** 60 Anm. 1, PosMSchr. **13** 44 (Königsberg). Für die Instanz, d. h. bei dem LG. war der nur beim AG. zugelassene Rechtsanwalt nicht bevollmächtigt; es war deshalb die Ladung zum ersten Verhandlungstermine beim LG. dem Beklagten in Person zuzustellen.

III. Heilbarkeit eines Verstoßes. R. **13** Nr. 708 (Stuttgart). Die Verletzung des § 176 ist gemäß § 295 heilbar auch dann, wenn es sich um die Wahrung einer Notfrist handelt.

§ 180. Abs. 2. Begriff der Wohnung. BayRpflZ. **13** 308 (München). Wohnung im Sinne der §§ 180 Abs. 2, 181 ist eine Räumlichkeit, welche die Person, der zugestellt werden soll, tatsächlich zum Wohnen benutzt. Sie kann ihrer Bestimmung bei längerer Abwesenheit nur erhalten bleiben, sofern die Rückkehr zu erwarten ist; eine Wohnung ist nicht mehr vorhanden, wenn sie dauernd, ohne die Absicht der Rückkehr, verlassen wurde. Daß das Mietsverhältnis rechtlich bis zum Ablaufe der vertraglichen Mietzeit noch besteht und die Räumlichkeit mit Wissen und Willen des Mieters von Angehörigen ausgenutzt wird, ist ohne Belang.

§ 181. RheinA. **111** 26 (Cöln). Ersatzzustellung an den Pförtner einer Krankenanstalt ist unwirksam.

§ 184. OLG. **27** 61 (Hamburg). Die Vorschrift ist bei Zustellung einer Kage aus § 271 HGB. an ein Mitglied des Aufsichtsrats nicht anwendbar.

§ 187. Literatur: Oppler, Bausteine für den zukünftigen Zivilprozeß, BuschsZ. **43** 428—432.

I. Die Vorschrift gilt nur bei Mängeln einer Ersatzzustellung. 1. **RG. 82** 65, JW. **13** 605. Eine Heilung von Mängeln nach § 187 tritt nur ein bei der sog. Ersatzzustellung (§§ 181—186), nicht, wenn andere Zustellungsvorschriften verletzt sind, deren Nichtbeachtung die Zustellung ungültig macht. Um den Mangel einer Ersatzzustellung handelt es sich, wenn der Zustellungsbeamte bei der Zustellung an eine offene Handelsgesellschaft, die er gemäß § 184 bewirken will, in einer Räumlichkeit, die kein Geschäftslokal der Gesellschaft ist, an eine Persönlichkeit zustellt, die weder Beamter noch Bediensteter der Gesellschaft ist.

2. Ebenso BayRpflZ. **13** 308 (München). § 187 bezieht sich seinem Wortlaute nach auf Zustellungen von Ladungen unter Verletzung der §§ 181—186, also auf Fälle, in denen eine Ersatzzustellung „an eine Person erfolgt ist, an die sie nicht hätte erfolgen dürfen", nicht aber auf Fälle, in denen eine Ersatzzustellung überhaupt nicht hätte erfolgen dürfen.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 392. Auch eine unter Verletzung der Vorschrift des § 184 Abs. 2 bewirkte Ersatzzustellung wird wirksam, wenn sich aus den in ihrem Zusammenhange zu würdigenden Erklärungen der Partei ergibt, daß die Klageschrift rechtzeitig in die Hände ihrer gesetzlichen Vertreter gelangt ist.

II. **RG. 82** 65, JW. **13** 605. § 187 findet auch auf die Zustellung der Klageschrift Anwendung; auf dem von ihm vorgesehenen Wege werden die Zustellungsmängel nicht nur hinsichtlich der in der Klageschrift enthaltenen Ladung geheilt, sondern in Ansehung des ganzen Inhalts der Klageschrift.

III. Reformvorschläge. *Oppler, BuschsZ. **43** 430. Der § 187 läßt eine Heilung von Mängeln der Ersatzzustellung nur zu, wenn es sich um Ladungen handelt und der Empfang durch das Geständnis der Partei nachgewiesen wird. Für die Beschränkung nach der einen wie nach der anderen Richtung fehlt es an hinreichenden Gründen (vgl. auch Gmelin, DJZ. **98** 185). Wenn auch mit den Mot. zu § 187 (§ 170 a. F.) anzuerkennen ist, daß es wegen der damit verbundenen Weiterungen bedenklich erscheint, über die Tatsache des Empfanges einer Zustellung eine Beweiserhebung zuzulassen, so schließt dies nicht aus, dem § 187 etwa folgende Fassung zu geben: „Ergibt sich aus den Erklärungen oder Handlungen einer Partei oder einer bestimmten anderen Tatsache, daß und zu welchem Zeitpunkt ein unter Verletzung der §§ 181—186 zugestelltes Schriftstück in die Hände der Partei gelangt ist, so ist die Zustellung als mit diesem Zeitpunkte bewirkt anzusehen."

§ 191. OLG. Kiel, JDR. **11** Nr. I jetzt auch SeuffA. **68** 117.

§ 198. **RG.** R. **13** Nr. 3155. Die Formen der Zustellung von Anwalt zu Anwalt sind auf Zustellungen an Behörden (z. B. an den Staatsanwalt) nicht entsprechend anwendbar.

§ 204. R. 13 Nr. 2442 (Düsseldorf). Das Gesuch kann auch in der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Daß dies geschehen ist, kann, wenn es nicht im Sitzungsprotokolle beurkundet ist, durch eine nachträgliche Erklärung des Richters bewiesen werden.

§ 207. Literatur: Lindner, Die Einreichung der Rechtsmittelschrift durch Benutzung des amtlichen Briefkastens. KGBl. **13** 88.

I. Wahrung der Rechtsmittelfrist durch Abgabe der Rechtsmittelschrift in der Wohnung des Annahmebeamten? (Vgl. JDR. **11** Nr. II.) 1. KGBl. **13** 22 (KG.). Der Gerichtsschreiber ist jetzt nicht mehr als solcher zur Empfangnahme berechtigt, sondern kann seine Befugnis dazu nur aus den etwa bei dem Gerichte bestehenden Dienstvorschriften entnehmen. Diese entscheiden darüber, inwieweit die Einreichung bei dem Gerichtsschreiber als Einreichung bei dem Gericht anzusehen ist. Die Verfügung des KGPr. vom 2. April 1908 ergibt für das KG., daß die Entgegennahme nur in der Briefannahmestelle und nur während der Geschäftsstunden stattfinden kann.

2. Dagegen KGBl. **13** 52 (KG.). Es ist nur erforderlich, daß die Berufungsschrift rechtzeitig in den Besitz des zuständigen Gerichtsschreibereibeamten gelangt (**RG. 76** 127 ff.). Unerheblich ist, ob der Beamte sie an Gerichtsstelle oder an einem anderen Orte, z. B. in seiner Wohnung in Empfang nimmt, und ob dies innerhalb oder außerhalb der Dienststunden des Beamten geschieht, vorausgesetzt, daß er sich zur Empfangnahme bereit erklärt. Tut er dies, so handelt er in seiner Eigenschaft als zuständiger Beamter. — Ebenso KGBl. **13** 91 (KG.).

II. Lindner, KGBl. **13** 88 weist auf die abweichende, den Bedürfnissen des praktischen Lebens mehr entgegenkommende Ansicht des PrOVG. hin, die den Einwurf in den Briefkasten der Behörde als gleichwertig mit der Einreichung bei der Behörde erachtet.

§§ 208 ff. RheinA. **110** 290 (Cöln). Zustellungen hat der Gerichtsschreiber von Amts wegen nur in den Fällen zu besorgen, in denen die ZPO. es ihm zur Pflicht macht. Ist ein Kostenfestsetzungsbeschluß einmal von Amts wegen gemäß § 104 zugestellt, so kann deshalb der Rechtsnachfolger des Gläubigers nicht beanspruchen, daß der Beschluß mit der veränderten Vollstreckungsklausel nochmals von Amts wegen zugestellt werde.

Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen.

§ 217. I. Anwendbarkeit auf Ladungen von Amts wegen. **RG. 81** 321, JW. **13** 499, SeuffA. **68** 423. Die Vorschrift ist nach der in der Rechtslehre überwiegend vertretenen Ansicht auch dann anzuwenden, wenn gemäß § 370 Abs. 2 nach Beendigung der Beweisaufnahme ein Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung von Amts wegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht wird. Ihre Verletzung bildet einen wesentlichen Verfahrensmangel im Sinne des § 539.

II. Gilt die Ladungsfrist des § 217 auch für Termine zur Beweisaufnahme? SächsOLG. **34** 189 (Dresden). Die Benachrichtigung, die der Partei oder ihrem Anwalte Gelegenheit geben soll, der Beweisaufnahme beizuwohnen, fällt nicht unter den Begriff der Ladung (§ 214). Deswegen ist die Einhaltung der Ladungsfrist nicht erforderlich; es genügt, wenn die Benachrichtigung so rechtzeitig erfolgt, daß ihr Zweck erreicht werden kann.

§ 222. I. **RG.** BayRpflZ. **13** 400, LeipzZ. **13** 855. Die Frist für die Revisionsbegründung endigt, wenn die Revisionsfrist mit dem letzten Tage des Monats Februar abgelaufen ist, mit dem 31. März.

II. Über Einreichung von Rechtsmittelschriften an Kaisers Geburtstag vgl. § 233 Nr. II 1 b.

§ 224. R. 13 Nr. 2128 (BayObLG.). Eine bereits abgelaufene Frist kann nicht nachträglich verlängert werden.

§ 226. Literatur: Haberstrumpf, Formalismus bei Anwendung der §§ 226 ZPO. und 202 GVG., BayRpflZ. **13** 293.

Haberstrumpf, BayRpflZ. **13** 293. In der Bitte „um Anberaumung eines möglichst nahen Termins" bei Einreichung der Klage liegt das Gesuch um Abkürzung der Einlassungsfrist.

§ 228. I. Ausnahmsweise Zulässigkeit der Beschwerde gegen die Vertagung. OLG. **27** 66, BadRpr. **13** 11 (Karlsruhe). Gegen die Vertagung einer Verhandlung oder die Verlegung eines Termins ist die Beschwerde ausnahmsweise dann gegeben, wenn sich unter solcher Verfügung, also in der Anordnung einer Vertagung oder Verlegung, eine Aussetzung der Verhandlung im Sinne der §§ 148, 149 oder eine Aussetzung des Verfahrens im Sinne der §§ 246 ff. verbirgt. Dies ist der Fall, wenn die Vertagung mit der Begründung erfolgt, in dem bei einer anderen Kammer anhängigen Prozesse sei der Kernpunkt der Entscheidung derselbe und es sei unzweckmäßig, dieselbe Frage durch zwei verschiedene Kammern entscheiden zu lassen. — Vgl. hierzu Mugdan aaO. Anm. 1.

II. Unzulässige Ablehnung eines Vertagungsantrags. **RG. 81** 321, JW. **13** 499. Es unterliegt im allgemeinen sowohl nach § 228 wie im Falle des § 272 dem verständigen richterlichen Ermessen, ob dem von einer Partei gestellten Vertagungsantrage stattzugeben ist, wenn sie behauptet, auf neue Anträge oder auf ein neues Parteivorbringen des Gegners sich nicht sofort erklären zu können. Mit Recht hat deshalb auch das RG. angenommen, daß — abgesehen von dem besonders geregelten Falle des § 335 — die Ablehnung eines Vertagungsantrags einer Anfechtung mittels einer Beschwerde an das höhere Gericht nicht unterliegt (vgl. **RG. 23** 368, **62** 207). Gleichwohl aber kann in einer solchen Ablehnung eine Verletzung des die ZPO. beherrschenden, in den Vorschriften der §§ 136, 139, 141, 337 zum Ausdrucke gebrachten Grundsatzes der Gewährung erschöpfenden rechtlichen Gehörs dann erblickt werden, wenn die höhere Instanz nach der ganzen Sachlage die Überzeugung gewinnt, die Vorinstanz habe von ihrem Ermessen einen sachwidrigen Gebrauch gemacht, und zwar dergestalt, daß der die Vertagung beantragenden Partei die Möglichkeit entzogen ist, sich auf das Vorbringen des Gegners erschöpfend zu erklären. Es fehlt dann dem Urteile des ersten Richters an der erforderlichen prozeßordnungsmäßigen Sammlung des Streitstoffs, so daß ein wesentlicher Mangel des Verfahrens (§ 539) vorliegt.

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 231. Abs. 2. MecklZ. **31** 181, SeuffA. **68** 45 (Rostock). Im Falle des § 942 Abs. 1 kann die versäumte Ladung auch noch nach Stellung des Antrags auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung bis zum Erlasse der auf diesen Antrag ergehenden Entscheidung nachgeholt werden. Dies gilt auch in dem Falle, daß das AG. mündliche Verhandlung über den Antrag auf Aufhebung nicht angeordnet hat. (Ebenso Skonietzki-Gelpcke Anm. 5 u. 7 zu § 231, Seuffert [3] Anm. 2 zu § 231, Anm. 3 zu § 942.)

§ 233. Literatur: Lißner, Einlegung von Rechtsmitteln an Kaisers Geburtstag, DJZ. **13** 695.

I. Allgemeines zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Mangelndes Verschulden reicht nicht aus. **RG.** JW. **13** 384, WarnE. **13** 211. Die Partei muß sich so verhalten, daß auch bei nicht ordnungsmäßigem Verlaufe der Sache die Frist noch gewahrt werden kann, und sie

kann sich nicht darauf berufen, daß sie die im Verkehr übliche Sorgfalt angewandt habe und ihr kein Verschulden vorzuwerfen sei.

II. Einzelfälle. 1. Bewilligung der Wiedereinsetzung. a) **RG.** WarnE. **13** 88. Unabwendbarer Zufall, wenn das Ersuchen des Revisionsgerichts an das LG. um Mitteilung der Prozeßakten in Verlust gerät und infolgedessen das rechtzeitig nachgesuchte Armenrecht erst nach Ablauf der Revisionsfrist bewilligt worden ist. b) Lißner, DJZ. **13** 695. Nach einer allgemeinen Dienstanweisung des Präsidenten des AG. Berlin-Mitte wird die gemeinschaftliche Briefannahme des LG. I und des AG. Berlin-Mitte an Kaisers Geburtstag wie an den Sonn- und Feiertagen um 1 Uhr mittags geschlossen. Infolge dieser Maßregel ist es unmöglich, am 27. Januar nachmittags noch eine Rechtsmittelschrift beim LG. I einzureichen. Das LG. I hat einer Partei, die durch den vorzeitigen Schluß der Briefannahme verhindert worden ist, die Rechtsmittelfrist einzuhalten, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erteilt, weil der frühere Schluß in anderer Weise als durch die allgemeine Dienstanweisung nicht bekanntgemacht ist. — Zur Vermeidung dieses immerhin zweifelhaften Umwegs empfiehlt es sich, daß die allgemeine Dienstanweisung dahin geändert wird, daß die Briefannahme an Kaisers Geburtstag nicht früher als an den Werktagen geschlossen wird. Noch zweckmäßiger wäre eine Änderung der ZPO. dahin, daß im Falle der Übersendung der Rechtsmittelschrift durch eingeschriebenen Brief die Frist bereits mit der Aufgabe zur Post gewahrt ist.

2. Ablehnung der Wiedereinsetzung. a) **RG.** R. **13** Nr. 2893. Ein unabwendbarer Zufall liegt nicht vor, wenn die Partei sich erst am drittletzten Tage der Revisionsfrist brieflich an einen Anwalt beim Revisionsgerichte wendet und die Sendung deshalb zurückgeht, weil der Anwalt inzwischen die Zulassung aufgegeben hatte und weggezogen ist. b) R. **13** Nr. 2129 (BayObLG.). Die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Revisionsbegründungsfrist (im Verfahren vor dem BayObLG.) ist ausgeschlossen, wenn der Anwalt der Berufungsinstanz dem Anwalte der Revisionsinstanz irrig ein unrichtiges Datum für das Fristende angegeben hat. c) Auftrag zur Einlegung des Rechtsmittels mittels gewöhnlichen Briefes. WürttRpflZ. **13** 97 (Stuttgart). Kein unabwendbarer Zufall, wenn die rechtzeitige Einlegung der Berufung innerhalb der Berufungsfrist deshalb unterblieben ist, weil der nicht eingeschriebene Brief, durch den der Auftrag zur Berufungseinlegung erteilt wurde, während der Beförderung durch die Post verloren gegangen ist. Erfahrungsgemäß sind Verluste von Postsendungen, wenn auch selten, doch niemals ausgeschlossen. Die Sorgfalt erfordert deshalb, daß für die Postbeförderung einer so wichtigen Sendung, wie es das den Auftrag zur Berufungseinlegung erteilende Schreiben ist, zum mindesten diejenige Beförderungsart (Einschreibebrief, Einschreibebrief mit Rückschein oder dgl.) gewählt wird, die nach den postalischen Bestimmungen die größte Gewähr für die Bestellung bietet. Von einer Partei, die eine Notfrist einzuhalten hat und die sich hierzu des Weges schriftlicher Auftragserteilung durch die Post bedient, ist überdies zu verlangen, daß sie darüber wacht, ob das Auftragschreiben richtig in den Besitz des Beauftragten gelangt ist. Das Ausbleiben der üblichen Bestätigung des Auftrags durch den Anwalt mußte ihm Veranlassung geben, noch vor dem ihm bekannten Ablaufe der Berufungsfrist sich durch Anfrage zu vergewissern, ob der Anwalt den Auftrag erhalten hatte. d) SächsRpflA. **13** 386 (LG. Dresden). Kein unabwendbarer Zufall, wenn die Rechtsmittelfrist deshalb versäumt ist, weil die Partei den Beschluß, durch den ihr das Armenrecht für die Rechtsmittelinstanz bewilligt ist, zwei Tage vor Ablauf der Frist zu Händen eines Familienangehörigen zugestellt erhalten hat, während sie selbst auf Reisen abwesend gewesen ist. e) OLG. **27** 64 (Braunschweig). Verzögerung der Einlegung des Rechtsmittels bis kurz vor Ablauf der Frist schließt die Wiedereinsetzung aus.

Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§ 241. I. Testamentsvollstrecker. **RG.** BayRpflZ. **13** 277, Bay. NotZ. **13** 432, JW. **13** 876. § 241 ist bei einem Wechsel in der Person des Testamentsvollstreckers entsprechend anwendbar.

II. Keine Unterbrechung des Verfahrens bei Löschung der Firma einer GmbH., weil diese infolge der Löschung die Prozeßfähigkeit verloren habe. BadRpr. **13** 174 (Karlsruhe). Die GmbH. war als juristische Person überhaupt niemals prozeßfähig und wurde deshalb von vornherein von ihrem Geschäftsführer als gesetzlichem Vertreter vertreten, der sie auch jetzt noch vertritt. Sie kann deshalb auch nicht die Prozeßfähigkeit verloren haben.

§ 244. Keine Unterbrechung der Kostenfestsetzung nach Rechtskraft des Urteils. BayRpflZ. **13** 385 (München). Ist die Rechtskraft des Berufungsurteils nachgewiesen und damit der Rechtsstreit beendigt, so kann die durch den Wegfall des Anwalts der 1. Instanz etwa eingetretene Unterbrechung des künftigen Kostenfestsetzungsverfahrens keine Rechtswirkung auf dieses Verfahren mehr äußern. Das Kostenfestsetzungsverfahren ist zwar dem Verfahren 1. Instanz angegliedert, aber jedenfalls nach seiner jetzigen gesetzlichen Ausgestaltung von dem Hauptverfahren derart unabhängig, daß es nach der rechtskräftigen Beendigung des Prozeßverfahrens von dessen Unterbrechung nicht mehr mitbetroffen erscheint.

§ 246. I. **RG.** BayRpflZ. **13** 277. Die Bestimmung setzt voraus, daß derjenige, in dessen Person der Unterbrechungsgrund eintritt, und der Prozeßbevollmächtigte verschiedene Personen sind.

II. BadRpr. **13** 12 (Karlsruhe). Keine Aussetzung des Verfahrens, wenn eine Partei einen Schlaganfall erlitten hat und hierdurch das Bewußtsein nur vorübergehend getrübt ist.

§ 249. Die Unterbrechung auf Grund des § 13 AnfG. ist von Amts wegen zu berücksichtigen. OLG. Karlsruhe, JDR. **11** Nr. I jetzt auch OLG. **27** 66. Ebenso BadRpr. **13** 35 (Karlsruhe).

§ 252. BadRpr. **13** 12 (Karlsruhe). Die sofortige Beschwerde gegen einen Beschluß ist dadurch nicht gegenstandslos, daß das LG. nach Ablehnung des Aussetzungsantrags ein Endurteil verkündet hat (**RG. 36** 101 ff.), denn auch nach Erlassung des Endurteils bleibt der Rechtsstreit, solange nicht Berufung eingelegt ist, beim Erstinstanzgericht anhängig (**RG. 68** 247). Freilich bleibt, wenn das Beschwerdegericht dem Aussetzungsantrge stattgibt, dadurch das inzwischen ergangene Urteil des LG. unberührt.

Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urteile.

Vor **§ 253.** Prozeßvergleich. 1. Begriff. Wurzer, JheringsJ. **62** 285 ff. Der Prozeßvergleich ist ein im anhängigen Verfahren von den Parteien oder von den Parteien und einem Dritten vor dem Prozeßgericht oder seinen Hilfsgerichten geschlossener gegenseitiger Vertrag; er ist nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Vergleichs zu beurteilen, wird aber nicht nur von dem bürgerlichen, sondern auch von dem Prozeßrechte beherrscht und erzeugt bürgerlich-rechtliche und prozessuale Wirkungen; seinem Zwecke entsprechend beendigt er durch gegenseitiges Nachgeben den Streit über den Prozeßgegenstand und den Prozeß selbst.

2. Ist der Forderungsberechtigte aus einem gerichtlichen Vergleich auf die Vollstreckung aus dem Vergleiche

beschränkt oder kann er seine Rechte aus dem Vergleich auch durch selbständige Klage gegen den Vergleichsschuldner geltend machen? BadRpr. **13** 117 (Karlsruhe). Eine neue Klage zu erheben, ist der Gläubiger jedenfalls dann berechtigt, wenn aus besonderen Gründen ein Interesse an ihr besteht, z. B. wenn der Vergleichsschuldner die Rechtswirksamkeit des Vergleichs bestreitet und die Anfechtung des Vergleichs wegen Betrugs und Irrtums erklärt. In diesem Falle hat der Gläubiger zu gewärtigen, daß gegenüber seinem Antrag auf Vollstreckung auf Grund des Vergleichs oder gegenüber der Vollstreckungsklage beim Vergleichsgerichte der Schuldner Einwendungen gegen die Rechtsgültigkeit des Vergleichs erhebt und, soweit diese Einwendungen nicht gegenüber der Vollstreckungsklage zulässig wären, mit einer neuen Klage den Vergleich anficht. Zur Vermeidung mehrerer Prozesse und im Interesse der Kostenersparnis hat der Gläubiger das Recht, von Erhebung der vielleicht überflüssigen und zu einem endgültigen Ergebnisse nicht führenden Vollstreckungsklage abzusehen und durch eine neue Klage, mit der alle noch schwebenden Streitpunkte entschieden werden können, seine Ansprüche durchzuführen. — Ebenso BadRpr. **13** 142 (Karlsruhe).

§ 253. Literatur: Stinzing, Über die Beklagtenschaft im dinglichen Rechtsstreite, Leipzig 1913.

I. Die Parteibezeichnung (Abs. 2 Ziff. 1). 1. Firma. OLG. **27** 85 (KG.). Wenn die Klage gegen eine Firma gerichtet ist, ist es unerläßlich, daß der Richter darauf hinwirke, daß diese unvollständige Parteibezeichnung ergänzt wird durch die Angabe der Rechtspersönlichkeit, die die Firma führt, besonders ob es eine Handelsgesellschaft oder ein Einzelkaufmann ist. Ist der Inhaber der Firma ein Einzelkaufmann, so ist zwar die Angabe seines bürgerlichen Namens nach § 17 Abs. 2 HGB. nicht unbedingt erforderlich; es muß aber, um Verwechselungen mit anderen Kaufleuten zu vermeiden, die als bürgerlichen Namen denselben Namen tragen, den die Partei als Firma führt, in der Parteibezeichnung ausgedrückt werden, daß der beklagte Kaufmann mit seiner Firma bezeichnet werde.

2. Nicht eingetragene Firma. SächsOLG. **34** 323 (Dresden). Wird die Klage gegen eine nicht in das Handelsregister eingetragene Firma gerichtet, so liegt lediglich eine jederzeit zu berichtigende unrichtige Parteibezeichnung vor. Beklagt sind die tatsächlichen Inhaber der nicht eingetragenen Firma. Ebenso muß es andererseits denjenigen, die hinter einer nicht eingetragenen verklagten Firma stehen, d. h. deren tatsächlichen Inhabern, unbenommen sein, unter Aufdeckung des wahren Parteiverhältnisses als Beklagte aufzutreten und als solche ihre Rechte geltend zu machen.

3. Konkursverwalter. *Mendelssohn-Bartholdy, GoldschmidtsZ. **73** 51. Als Partei ist in Prozessen, die der Konkursverwalter führt, dieser zu bezeichnen, nicht der Gemeinschuldner; das gilt auch für den Verwalter eines ausländischen Konkurses, der inländische Vermögensstücke zur ausländischen Masse ziehen will und über die Zugehörigkeit dieser Stücke zur Masse im Inlande, möglicherweise mit dem Gemeinschuldner selbst, prozessiert.

4. KGBl. **13** 139 (LG. I Berlin). Diejenige Person, die zwar nicht als Beklagte bezeichnet, der jedoch die Klage — unrechtmäßig — zugestellt worden ist und die sich deshalb als Beklagte erachten kann, kann Anträge gegen den Kläger stellen, insbesondere auch den Antrag aus § 271 Abs. 3. — Abweichend SächsOLG. **34** 421, SeuffA. **68** 201 (Dresden).

II. Bestimmte Angabe des beanspruchten Gegenstandes und des Klagegrundes und Bestimmtheit des Antrags (Abs. 2 Ziff. 2). 1. Klagegrund bei dinglichen Ansprüchen. a) **RG.** R. **13** Nr. 1174 a. Bei dinglichen Rechten gehört zum Klagegrunde nicht nur die Behauptung des Bestehens des dinglichen Rechtes, sondern auch die Angabe der

Erwerbstatsache, ohne die der erhobene Anspruch regelmäßig der genügenden Bestimmtheit entbehrt. b) Dagegen *Dickel, Rechtsfälle Heft 1, Erl. 168 ff., 269 ff. Klagegrund der Eigentumsklage ist nicht der Erwerbsgrund, sondern das Eigentum. Zur Substanziierung der Eigentumsklage ist die Angabe des Erwerbsgrundes nicht erforderlich. Auf den Erwerbsgrund kommt es erst in der Replik an, falls der Kläger das Eigentum bestreitet. Die römische Unterscheidung von agere expressa causa und agere non expressa causa gilt für das heutige Recht nicht.

2. Umfang der Substantiierungspflicht bei der Anfechtungsklage. **RG.** LeipzZ. **13** 486. Keine Pflicht des Anfechtungsklägers, die Zahlungseinstellung des Beklagten dahin zu substantiieren, daß er „eine vollständige Aufzählung der fälligen und ungemahnten Forderungen" gibt, damit der Gegner Gelegenheit habe, sich im einzelnen zu erklären. Es genügt die Anführung bestimmter Fälle.

3. Antrag bei Unterlassungsklagen. **RG.** LeipzZ. **13** 297. Sollen dem Beklagten nur gewisse Handlungen untersagt werden, so müssen diese Handlungen genau und dem wirklichen Sinne des Verbots entsprechend im Klagantrage bezeichnet werden. Ein allgemeines Verbot, das in Wahrheit nur beschränkt gelten soll, ist prozessual unzulässig.

4. HansGZ. **13** Beibl. 123 (Hamburg). Einem Antrag, die Beklagten zur Erteilung einer Abrechnung „über das aus der Klage ersichtliche Rechtsverhältnis zu dem verstorbenen Manne der Klägerin" zu verurteilen, fehlt es an der im § 253 Nr. 2 vorgeschriebenen Bestimmtheit. Der Vollstreckungsrichter würde im Zweifel sein, ob er sich bei der Feststellung des „aus der Klage ersichtlichen" Rechtsverhältnisses an die ursprüngliche Klageschrift oder an das Vorbringen der Klägerin, wie es sich am Schlusse der mündlichen Verhandlungen gestaltet hat, halten soll. Außerdem aber werden in der Klage, und zwar sowohl in ihrer ursprünglichen, wie in ihrer endgültigen Fassung, verschiedene Rechtsverhältnisse zwischen dem verstorbenen Manne der Klägerin und den Beklagten erörtert, die sämtlich von der Klägerin a s Grundlage ihres Abrechnungsanspruchs gemeint sein können.

5. R. **13** Nr. 709 (BayObLG.). Die Löschungsklage erfordert nicht wörtliche Anführung des zu löschenden Rechtes.

III. Heilung von Mängeln. 1. KGBl. **13** 138 (KG.). Mängel der auf die §§ 30 ff. KO. sich stützenden Anfechtungsklage können jedenfalls dann nicht mehr durch Schriftsatz beseitigt werden, wenn die zur Geltendmachung des Anspruchs gehörige Innehaltung der Anfechtungsfrist inzwischen abgelaufen ist.

2. **RG.** R. **13** Nr. 3154. Eine Klagezustellung ist nicht deshalb unwirksam, weil in ihr als gesetzlicher Vertreter des Beklagten der Vorsteher einer Behörde statt dieser selbst angegeben und die Klage auch lediglich dem Vorsteher der Behörde zugestellt ist.

§ 254. OLG. **27** 67 (Celle). Bei Klagen aus § 254 wird der Rechtsstreit kraft Gesetzes in zwei Teile zerlegt derart, daß Voraussetzung des zweiten Teiles die Erledigung des ersten ist. Es ist also zunächst nur über die Rechnungslegung zu verhandeln und zu entscheiden. Wird der Beklagte dazu verurteilt, so ruht kraft Gesetzes der Rechtsstreit so lange, bis die Rechnung in einer dem § 259 BGB. entsprechenden Weise, sei es freiwillig oder im Zwangswege, mitgeteilt ist. Die Ladung zur Verhandlung über den zweiten Teil muß deshalb mit der Behauptung der Erledigung des ersten Teiles begründet werden. Bestreitet der Gegner, so entsteht ein Zwischenstreit, den das Gericht zunächst entscheiden muß. Für eine Beweisaufnahme ist in diesem Verfahren kein Raum. Bleibt der Gegner bei seinem Bestreiten und kann die Erledigung nicht ohne weiteres außer Zweifel gestellt werden, so ist die Verhandlung abzulehnen, nicht auszusetzen. Der Rechtsstreit gerät wieder in den Zustand des Ruhens. Die Aussetzung bis zur Erledigung des Teilurteils, gegebenen-

falls durch ein vom Schuldner nach § 767 durchzuführendes Verfahren widerspricht dem Gesetze.

§ 255. Literatur: Otte, Die Fristsetzung im Urteil. Berlin 1913.

*Otte. Aufgabe des Richters ist lediglich die Bestimmung der objektiven Angemessenheit der Frist und deren Setzung, nicht zugleich die Beurteilung der Frage, von wann ab die Frist rechnet. Seine Ansicht hierüber darf im Tenor nicht erscheinen. Sie wäre ohne Einfluß auf den Fristbeginn. Dieser bestimmt sich auch nicht nach prozessualen Entwicklungspunkten. Maßgebend ist für ihn vielmehr der Eintritt des Stadiums, das nach bürgerlichem Rechte den wirksamen Lauf der Frist bedingt, nämlich im Falle des § 326 BGB. der Eintritt des Schuldnerverzugs, im Falle des § 283 BGB. die Existenz eines rechtskräftigen Urteils. Bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel für den gleichzeitig zuerkannten Schadensersatzanspruch hat daher der Ablauf der Frist als eine Tatsache im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO. zu gelten. Dagegen ist die Klausel für den Erfüllungsanspruch ohne weiteres zu erteilen.

§ 256. Literatur: Kreß, Über Verwertung des Pfändungspfandes zur Unzeit, SeuffBl. **13** 145—151, 169—174. — Lenel, Kann ein ausgetretenes Vereinsmitglied seine nachherige Ausschließung als nichtig bekämpfen? DJZ. **13** 84—86.

I. Rechtsverhältnis. 1. Bloße Rechtsfrage. ElsLothJZ. **13** 65 (Colmar). Eine Klage auf Feststellung dahin, daß bestimmte Gattungen von Urkunden nach dem Reichsstempelgesetze nicht stempelpflichtig sind, hat nicht das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, sondern die Entscheidung einer Rechtsfrage zum Gegenstande. Sie ist daher nach § 256 unzulässig.

2. Bloße Feststellung von Tatsachen. FrankfRundsch. **46** 220 (Frankfurt). Eine Klage auf Feststellung der Unwahrheit bestimmter, nach Ansicht des Klägers beleidigender Behauptungen ist unzulässig, weil damit nicht die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, sondern lediglich die Feststellung von Tatsachen begehrt wird.

II. Rechtliches Interesse. 1. Klage auf Feststellung des Rechtes zur Benutzung eines Wortzeichens. MschutzuWettbew. **13** 113 (Hamm). Zulässig ist die Klage auf Feststellung, daß die Klägerin ein bestimmtes Wort zur Bezeichnung von Waren verwenden dürfe, ohne damit gegen das Zeichenrecht der Beklagten zu verstoßen. Es liegt in der Natur der Sache, daß es für die Klägerin von großer Bedeutung ist, wenn alsbald klargestellt wird, daß sie das in Frage kommende Zeichen verwenden darf, ohne sich einem Anspruche der Beklagten auf Unterlassung und vielleicht auch auf Schadensersatz auszusetzen.

2. Feststellungsinteresse trotz Geständnis des Beklagten. Wie OLG. Karlsruhe, JDR. **11** Nr. IV 2 jetzt auch BadRpr. **13** 46 (Karlsruhe).

3. Klage auf Feststellung, daß die Ausschließung aus einem Vereine zu Unrecht erfolgt ist (vgl. JDR. **11** Nr. IV 5). Lenel, DJZ. **13** 84 ff. bestreitet gegen **RG. 78** 134 die Möglichkeit einer Klage auf Feststellung, daß der Kläger aus einem Verein in einem gewissen Zeitpunkt ausgeschieden und demnach seine nachherige Ausschließung nichtig sei.

4. Klage auf Feststellung der Nichtigkeit einer Auflassung. OLG. **26** 97 (Rostock). Das Feststellungsinteresse für die Klage auf Nichtigerklärung einer Auflassung wird nicht schon ohne weiteres deshalb ausgeschlossen, weil der Kläger dem Beklagten zur Entgegennahme der Auflassung obligatorisch verpflichtet ist. An dieser Feststellung hat der Kläger vielmehr ein Interesse, weil er nach § 891 zunächst als Eigentümer gilt, wegen der mit dem Eigentume verknüpften öffentlich- und privatrechtlichen Lasten aber daran interessiert ist, rechtskräftig entschieden zu sehen, ob ihm diese Lasten obliegen. Dies kann zwar in einem Prozesse gegen den Beklagten nicht mit Wirkung gegen jedermann festgestellt werden;

es kann aber auch im Einzelfalle schon ein Interesse daran bestehen, zu erörtern, ob im Verhältnisse zwischen zwei bestimmten Beteiligten eine Eigentumsübertragung stattgefunden hat.

5. Unzulässigkeit der Feststellungsklage in Enteignungssachen. **RG. 82 433.** In Enteignungsfragen ist die Beschreitung des Rechtswegs gegen den Entschädigungsfeststellungsbeschluß in der Form der Feststellungsklage grundsätzlich unzulässig. Da die Entschädigungspflicht des Unternehmers und das sie begründende Rechtsverhältnis bereits feststeht, so ist nur für eine Leistungsklage Raum.

6. Klage auf Feststellung des Rechtes zur Fürsorge für ein gemeinschaftliches Kind trotz Vorhandenseins eines dieses Recht zusprechenden ausländischen Urteils. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1061, JW. **13** 927. Der geschiedene, im Auslande lebende Ehegatte hat ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung seines Rechtes in Ansehung der Fürsorge für das gemeinsame Kind durch inländischen Richterspruch, auch wenn ihm ein ausländisches Urteil dieses Recht zugesprochen hat, sofern er die Absicht hat, öfter mit dem Kinde nach Deutschland zu kommen und sich hier längere Zeit aufzuhalten.

7. Klage auf Feststellung der Echtheit eines Testaments. BadRpr. **13** 221 (Karlsruhe). Die Klage auf Feststellung der Echtheit eines Testaments ist trotz Möglichkeit der Leistungsklage aus dem Testamente zulässig, wenn anzunehmen ist, daß sich nach rechtskräftiger Feststellung der Echtheit die Auseinandersetzung zwischen den Erben auf gütlichem Wege erledigen werde.

8. Der Nachlaßgläubiger, der auf Befriedigung seines Anspruchs aus der Nachlaßkonkursmasse verzichtet hat, ist nicht unter allen Umständen gehindert, während der Dauer des Konkurses gegen den Erben eine Klage auf Feststellung (oder künftige Befriedigung) zu erheben. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1014, LeipzZ. **13** 691. Es besteht kein Hindernis, die Klage schon vor Beendigung des Konkurses zuzulassen, wenn den Klaganträgen eine Fassung gegeben wird, wodurch klargestellt wird, daß der Kläger erst nach Beendigung des Konkurses und nur aus dem vorhandenen Konkursüberschusse im Rahmen des § 1973 Abs. 2 BGB. Befriedigung begehrt.

9. Klage auf Feststellung der Ungültigkeit eines Schiedsspruchs. **RG.** LeipzZ. **13** 388. Wird mit der Klage allein das Ziel verfolgt, ein durch einen Schiedsspruch abgeschlossenes Verfahren für unzulässig zu erklären, so fehlt ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung mittels besonderer Feststellun gsklage, da der gewünschte Zweck unbedenklich mit den dafür in den §§ 1041, 1042 Abs. 2 besonders bestimmten Rechtsbehelfen erreicht werden kann.

10. **a)** OLG. **27** 319 (Hamburg). Der Angestellte hat kein rechtliches Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit seiner sofortigen Entlassung durch besonderes Urteil. Nimmt man selbst an, daß ihm wegen seines späteren Fortkommens erheblich daran liegen muß, die Unstatthaftigkeit der Entlassung ausgesprochen zu sehen, so fällt dieses Interesse doch dann fort, wenn er wegen der Folgen der Entlassung ein den Dienstherrn verurteilendes Erkenntnis erwirken kann. Denn dieses Urteil kann nicht ergehen, ohne die Grundlosigkeit der Entlassung festzustellen. Will der Angestellte ein neues Dienstverhältnis eingehen und stellen sich ihm wegen der vorzeitigen Entlassung Schwierigkeiten entgegen, so ist er zu deren Überwindung auch an der Hand jenes Urteils imstande. Der Ausspruch der Grundlosigkeit der Entlassung in der Urteilsformel erscheint für seine berechtigten Interessen nicht erforderlich. **b)** SchlHolstAnz. **13** 14 (Kiel). Unzulässig ist eine Klage auf Feststellung

dahin, daß der Kläger zur fristlosen Kündigung eines Dienstverhältnisses berechtigt sei, ohne daß er diese Kündigung erklärt hat. Es handelt sich um die Entscheidung einer bloßen Rechtsfrage.

11. Übergang von der Leistungs- zur Feststellungsklage. BadRpr. **14** 13 (Karlsruhe). Von einem zulässigen Übergange von der Feststellungsklage zur Leistungsklage kann nur die Rede sein, wenn von Anfang an die Feststellungsklage zulässig war und hinterher Tatumstände eintreten, welche nun das Leistungsbegehren rechtfertigen. Wo aber von vornherein nur ein Leistungsbegehren und damit nur die Leistungsklage begründet war, muß auch die Leistungsklage erhoben werden und ist die Feststellungsklage unzulässig.

12. Zulässigkeit der Feststellungsklage trotz Möglichkeit der Leistungsklage. a) **RG.** LeipzZ. **13** 855. Der Berufungsrichter erblickt das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung darin, daß der Beklagte in dem Vorprozesse das Eigentum an der von ihm als Schuppen benutzten Fläche beansprucht habe. Ein solches Bestreiten genügt an sich für die Feststellungsklage. Die Gemeinde muß die Klage auf Räumung, wenn man darin die Leistung sieht, welche dem Beklagten, falls er nicht Eigentümer ist, obliegt, nicht erheben. Sie kann sich in ihren Rechten beschränken, indem sie rechtliche Klarheit über die umstrittene Rechtsfrage schafft, vgl. JW. **08** 339. Sie hat ein erhebliches Interesse daran, zu wissen, woran sie ist. Erst wenn ihr Eigentum feststeht, kann sie sich schlüssig machen, ob sie den Beklagten zur Räumung zwingen oder sich sonstwie mit ihm auseinandersetzen will. b) HessRspr. **13** 344 (LG. Darmstadt). Die Feststellungsklage ist trotz Möglichkeit der Leistungsklage zulässig, wenn sie voraussichtlich dasselbe Ergebnis wie die Leistungsklage haben wird. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn ein Miterbe als Nachlaßgläubiger Streitpunkte im Prozeßweg ausgetragen haben will, da es regelmäßig nicht die Absicht des Miterbengläubigers ist, in den Nachlaß zu vollstrecken, sondern ihm mit der Feststellung des Bestehens seiner Ansprüche gedient ist. Sein Interesse an alsbaldiger Feststellung besteht in der Gefährdung, die der Geltendmachung seiner Ansprüche bei der Auseinandersetzung droht.

13. Unbeschränkte Zulässigkeit der Feststellungsklage, wenn die Möglichkeit der Leistungsklage erst im Laufe des Prozesses eingetreten ist. a) BadRpr. **13** 125 (Karlsruhe). Zur Zeit der Erhebung der Feststellungsklage ließ sich der Schaden nicht übersehen. Die Feststellungsklage war daher mit Rücksicht auf die kurze Verjährung von 6 Monaten zulässig. Selbst wenn zur Zeit der Urteilsfällung die Möglichkeit bestanden hätte, zur Leistungsklage überzugehen, bestand für keine der Parteien eine Verpflichtung hierzu (**RG. 71** 68). b) Ähnlich BadRpr. **13** 133 (Karlsruhe).

III. Insbesondere die negative Feststellungsklage. 1. Unzulässigkeit, wenn das Bestreiten des Beklagten bedeutungslos ist. **RG.** R. **13** Nr. 1623. Berührt ein Bestreiten des Beklagten in absehbarer Zeit die Interessen des Klägers überhaupt nicht, so ist die negative Feststellungsklage unzulässig.

2. Die Streitverkündung berechtigt noch nicht zur Erhebung der negativen Feststellungsklage. a) **RG. 82** 170, JW. **13** 747. Die Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges eines Rechtsstreits einem Dritten den Streit verkündet, weil sie für diesen Fall einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen ihn erheben zu können glaubt, berühmt sich damit noch nicht dieses Anspruchs. Die Streitverkündung an sich enthält daher im allgemeinen einen solchen Eingriff in den Rechtsfrieden des Dritten, daß dieser ein rechtliches Interesse daran hätte, daß das Nichtbestehen des ihm angekündigten Anspruchs alsbald, noch vor Beendigung des schwebenden Hauptprozesses, festgestellt werde. Auch würde die Zulassung einer derartigen Feststellungsklage den Zwecken

der Streitverkündung widersprechen. **b)** Ebenso OLG. **27** 32 (KG.). Die Streitverkündung enthält noch kein Berühmen eines Anspruchs und berechtigt den Streitverkündeten nicht, auf Feststellung des Nichtbestehens dieses Anspruchs zu klagen.

3. Unzulässigkeit wegen Erhebung der entsprechenden Leistungsklage. **RG.** WarnE. **13** 88. Bei der negativen Feststellungsklage entfällt das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung in der Regel schon dann, wenn der Gegner im Laufe des Feststellungsprozesses die Leistungsklage angestrengt hat und diese ohne Einwilligung des Beklagten und Feststellungsklägers nicht mehr zurücknehmen kann.

4. Wann ist die negative Feststellungswiderklage gegenüber der Leistungsklage zulässig? BadRpr. **13** 22 (Karlsruhe). Der Beklagte kann eine negative Feststellungs widerklage erheben, wenn der Kläger sich außer den mit der Klage begehrten Leistungen noch weitere Ansprüche vorbehält oder sich solcher Ansprüche berühmt. Erhebt der Kläger dagegen neben der Leistungsklage noch eine Klage auf Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten für allen künftigen Schaden, so kann eine negative Feststellungswiderklage nicht für zulässig erachtet werden, weil sie nur das Gegenteil der positiven Feststellungsklage feststellen will. Das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung erschöpft sich in diesem Falle in dem Antrage auf Abweisung der (positiven) Feststellungsklage.

5. Zurücknahme der Leistungsklage. R. **13** Nr. 710 (Hamburg). Hat der Kläger eine Leistungsklage zurückgenommen, so steht es dem Beklagten an sich frei, nunmehr gegen den bisherigen Kläger eine negative Feststellungsklage dahin zu erheben, daß dem letzteren der zurückgenommene Anspruch nicht zusteht; vorausgesetzt ist aber, daß das Verhalten des bisherigen Klägers die ernstliche Besorgnis rechtfertigt, er werde in Zukunft mit seinem Anspruche von neuem hervortreten.

IV. Prozessuales. 1. Selbständige Bedeutung des Feststellungsbegehrens bei Ansprüchen aus dem Haftpflichtgesetze. **RG.** EisenbE. **29** 428, R. **13** Nr. 711. Bei Haftpflichtansprüchen kommt dem Antrag auf allgemeine Feststellung der Ersatzpflicht neben den ziffermäßigen Ansprüchen selbständige Bedeutung zu.

2. Welche Anforderungen sind an die Entscheidung auf die negative Feststellungsklage zu stellen? (vgl. JDR. **11** Nr. VI 1). **RG.** WarnE. **13** 90. Eine Klage, die auf die Feststellung gerichtet ist, daß dem anderen Teile aus einem bezeichneten Rechtsgrunde keine Rechte zustehen, kann schon damit erledigt und hinfällig sein, daß dargetan wird, daß der andere Teil aus diesem Rechtsgrund ein Recht von irgendwelcher Art oder irgendwelchem Umfange hat. Es kann aber nicht anerkannt werden, daß dies solchen allgemein gehaltenen negativen Feststellungsanträgen gegenüber stets oder auch nur regelmäßig zutrifft. Wiederholt ist derartigen Feststellungsklagen ggenüber die Verpflichtung des Gerichts betont, zu prüfen und festzustellen, in welchem Umfang und in welcher Art betreffende Rechte des anderen Teiles begründet sind. Es kommt eben darauf an, in welchem Sinne ein betreffender Feststellungsantrag gestellt, was damit bezweckt ist. Hierfür ist nicht nur der Inhalt des Antrags, sondern auch die Begründung maßgebend, die ihm der Antragsteller gegeben hat.

3. BadRpr. **13** 133 (Karlsruhe). Die Voraussetzungen der Feststellungsklage sind von Amts wegen zu prüfen.

§ 259. I. Anwendungsgebiet. 1. SächsOLG. **34** 149 (Dresden). Die Vorschrift findet auch auf bedingte Verpflichtungen Anwendung (**RG. 51** 243).

2. Müller, GruchotsBeitr. **57** 809 ff. § 259 bezieht sich auch auf bedingte und künftige Ansprüche.

II. Besorgnis des Sichentziehens. SächsOLG. **34** 149 (Dresden). Das Gesetz erfordert nicht, daß der Schuldner besondere Anstalten treffe, um sich der

Leistung zu entziehen. Es genügt, wenn er das Bestehen seiner Verbindlichkeit bestreitet.

§ 260. Müller, Kann bei Ansprüchen auf Leistung für den Fall, daß nicht geleistet wird, zugleich auf Schadensersatz geklagt werden? GruchotsBeitr. 57 809—822.

Verbindung des Herausgabeanspruchs mit dem Anspruch auf Wertersatz. (vgl. JDR. **11** Nr. III) Müller, GruchotsBeitr. **57** 809 ff. Wird der Schadensersatzanspruch aus § 283 BGB. neben dem Leistungsanspruche geltend gemacht, so kann auf Schadensersatz nur erkannt werden, wenn der Schuldner mindestens gleichzeitig zu der eigentlichen Leistung verurteilt wird. Ist deshalb zu erwarten, daß der Schuldner mit Rücksicht auf die Verurteilung zur Leistung entweder letztere bewirken oder nach Ablauf der ihm gesetzten Frist Schadensersatz leisten werde, so ist der Schadensersatzanspruch mangels Rechtsschutzbedürfnisses als „unzulässig" oder als „zurzeit unbegründet" abzuweisen; anderenfalls ist die Klage dagegen zuzulassen. Der Beklagte ist ohne weiteren Zusatz zur Leistung zu verurteilen. Die Tatsache, daß der Leistungsanspruch demnächst erlischt, ist nicht zu beachten, da der Zeitpunkt des Erlöschens unbestimmt ist. Die nach § 255 zu bestimmende Frist, von welcher das Erlöschen des Anspruchs abhängt, beginnt erst mit Rechtskraft des Urteils zu laufen. Der Zeitpunkt der Rechtskraft aber läßt sich bei Erlassung des Urteils nicht bestimmen. Es ist daher im allgemeinen zwecklos, in das Urteil zu schreiben, die Vollstreckung sei nach einer bestimmten Frist von Rechtskraft des Urteils ab ausgeschlossen. Eine Ausnahme machen jedoch die Urteile des Reichsgerichts und der Landgerichte in zweiter Instanz. Da diese mit der Verkündung rechtskräftig sind, steht das Ende der in ihnen gesetzten Frist kalendermäßig fest. Es ist deshalb in dem Urteil auszusprechen, daß mit diesem Zeitpunkt der Anspruch erlischt. Es ist ferner in dem Urteil eine bestimmte Frist zur Erfüllung des Leistungsanspruchs zu setzen.

§ 263. Literatur: Wurzer, Der Begriff des Prozeßvergleichs und das Verfahren bei seiner Anfechtung, JheringsJ. **62** 285—376.

I. Rechtshängigkeit. Ein für die Unterscheidung von Rechtshängigkeit und Anhängigkeit interessantes Beispiel wird mitgeteilt von *Dickel, Rechtsf. Heft 1, Erl. 126, Nr. 15.

II. Fortsetzung des durch Vergleich beendigten Rechtsstreits. 1. Allgemeines. Wurzer, JheringsJ. **62** 358 ff. Da der Prozeßvergleich ein Vertrag ist, muß er wie jeder Vertrag angefochten werden können; und weil er durch das Zusammenwirken von bürgerlichen und prozessualen Rechtsgrundsätzen zustande kommt, sind die Anfechtungsgründe aus beiden Rechtsgebieten zu entnehmen. Da endlich der Vergleich ein einheitliches Rechtsgeschäft ist, bei dem die bürgerlichen und prozessualen Wirkungen so eng miteinander zusammenhängen, daß die einen nicht ohne die anderen eintreten, so folgt daraus, daß, wenn der bürgerliche Vertrag nichtig ist, auch die Prozeßbeendigung nicht eingetreten ist, und wenn der Vergleich unter Verletzung bestimmter wesentlicher Prozeßvorschriften abgeschlossen ist, kein Prozeßvergleich vorhanden und der Prozeß rechtshängig geblieben ist. Die Anfechtung des Prozeßvergleichs wegen Prozeßmängel und aus Gründen des bürgerlichen Rechtes hat daher nicht durch Klage, sondern durch Fortsetzung des alten Verfahrens zu geschehen. Es ist aber auch die Vollstreckungsgegenklage des § 767, die Feststellungsklage in der Form der Inzidentfeststellungsklage in Verbindung mit der Vollstreckungsgegenklage, in seltenen Fällen auch als selbständige Klage zulässig. Daneben steht nichts im Wege, die Nichtigkeit geltend zu machen, wo immer der nichtige Vergleich dem Gegner als Angriffs- oder Verteidigungsmittel in einem Rechtsstreit entgegentritt. So kann die Nichtigkeit auch zur Begründung einer Bereicherungsklage benutzt werden, mit der eine Vergleichsleistung zurückgefordert wird.

2. Fortsetzung eines Verfahrens über eine einstweilige Verfügung nach Abschluß eines prozeßgerichtlichen Vergleichs? SächsRpflA. **13** 441 (Dresden). Nach Abschluß eines gerichtlichen Vergleichs ist die sofortige Fortsetzung des dadurch erledigten Prozeßverfahrens dann unstatthaft, wenn der Vergleich als nichtig angefochten, dessen Ungültigkeit aber nicht bloß aus Rechts-, insbesondere prozessualen Gründen gefolgert, sondern die Anfechtung materiell begründet, nämlich auf das tatsächliche, bestrittene Vorbringen gestützt wird, der Vertrag sei durch arglistige, seitens der Gegenpartei verübte, Täuschung und infolge des dadurch hervorgerufenen wesentlichen Irrtums des Anfechtenden zustande gekommen. Denn in einem derartigen Falle erfordert die Feststellung der Ungültigkeit des Vergleichs noch ein weiteres Verfahren von ungewisser Dauer. Es ist aber nicht anzunehmen, daß nach der Absicht des Gesetzes unter diesen Umständen die klare, durch den auf endgültige Erledigung des Rechtsstreits gerichteten Vergleich geschaffene, jenem Vergleichswillen der Parteien entsprechende Prozeßlage infolge einer einseitigen Anfechtung, die sich auf Behauptungen stützt, die erst noch des Beweises bedürfen, ohne weiteres aufgegeben werden müsse. Dies gilt auch, wenn der Vergleich in einem einstweiligen Verfügungsverfahren zu dessen Beilegung zum Abschlusse gekommen ist.

3. HessRspr. **13** 195 (Darmstadt). Die zur Beseitigung einer Prozeßvergleichs erforderlichen Prozeßhandlungen sind nicht durch Fortsetzung des früheren Rechtsstreits, sondern durch Anstellung eines neuen, besonderen Prozesses vorzunehmen.

§ 264. Einwilligung in die Klagänderung. **RG.** R. **13** Nr. 1486. Wird der Streitgegenstand auf Grund gegenseitiger Übereinkunft bei einem Treuhänder hinterlegt, so gilt die entsprechende Antragsänderung ohne weiteres als genehmigt. Als Wille der Parteien muß angesehen werden, daß bis zur endgültigen Erledigung des Streites um den hinterlegten Betrag jeder Teil seine Ansprüche auf ihn sollte begründen dürfen, wie er konnte und wollte.

§ 265. Literatur: Haußmann, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache während des Prozesses auf der Aktiv- und der Passivseite, GruchotsBeitr. **57** 660—678. — Jacobi, Ein Beitrag, zur Lehre von der Veräußerung im Streite befangener Sachen, BuschsZ. **43** 441—469.

I. Abs. 1. Rechtsnachfolge bei Klagen auf Löschung von Grundbuchlasten. PosMSchr. **13** 72 (Marienwerder). Geklagt ist auf Löschung einer Grundschuld. Diese ist nach der Klagerhebung von der Beklagten in mehreren Teilen an dritte Personen abgetreten und die Abtretung im Grundbuche vermerkt worden. § 265 ist nicht anwendbar, weil weder die Veräußerung einer im Streite befangenen Sache, noch die Abtretung des geltend gemachten Anspruchs in Frage kommt; der Kläger muß vielmehr, der veränderten Sachlage entsprechend, seinen Antrag dahin fassen, daß die Beklagte die Löschung der Grundschuld herbeizuführen habe.

II. Abs. 2. 1. Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2. a) Haußmann, GruchotsBeitr. **57** 660 ff. Die Veräußerung der streitbefangenen Sache durch den Beklagten kann auch vom Standpunkte der Relevanztheorie aus zu keiner Umstellung des Klagantrags und des Urteils auf den Erwerber führen. Der dem Abs. 2 Satz 1 zugrunde liegende Gedanke ist die Rücksichtnahme auf den Gegner des Veräußernden. Diese Bestimmung will also in ihrer wahren Bedeutung nur ein den Abs. 1 einschränkendes Prinzip zum Ausdrucke bringen, das sich etwa so formulieren ließe: Wenn auch grundsätzlich bei der Beurteilung im Prozesse davon auszugehen ist, daß die Veräußerung materiell wirksam ist (Abs. 1!), so darf doch die Berücksichtigung des materiellen Rechtes nicht dazu führen, daß die Prozeßlage des Gegners der Veräußerung hierdurch verschlechtert werde. Wenn der Beklagte veräußert, kann eine Umstellung des Klag-

antrags auf den Erwerber nicht erfolgen. Eine Antragsänderung und Umstellung des Urteils kommt vielmehr nur dann in Frage, wenn der Kläger die Veräußerung vornimmt. Aber auch der letztere Fall bedarf noch einer Einschränkung. Steht nach Ansicht des Gerichts der geltend gemachte Anspruch weder dem Kläger noch dessen Rechtsnachfolger zu, so wäre eine Prüfung, ob eine Zession des (nach Ansicht des Gerichts gar nicht bestehenden) Anspruchs vorgenommen worden ist, zwecklos. Ob in dem abweisenden Urteile der Kläger oder der (angebliche) Erwerber genannt würde, hat aber auch vor allem für den Beklagten kein Interesse, und dies ist nach dem Sinne des Gesetzes der entscheidende Gesichtspunkt. Eine neue Klage ex eadem causa könnte der Erwerber, trotzdem er im Urteile genannt ist, nicht erheben; denn die Rechtskraft des abweisenden Urteils würde ihm nach seinem eigenen Vortrag, in dem er sich darauf berufen müßte, daß er Rechtsnachfolger des Klägers geworden sei, gemäß § 325 Abs. 1 entgegenstehen. Aber auch bezüglich der Prozeßkosten hat der Beklagte kein Interesse daran, daß statt des Klägers der angebliche Erwerber in dem Urteile abgewiesen wird, denn an den Dritten kann sich der Beklagte wegen der Kosten keinesfalls halten. **b)** **RG.** LeipzZ. **13** 386, SeuffBl. **13** 423, WarnE. **13** 306. Nach der festen Rechtsprechung des RG. (**RG. 40** 340 ff., **56** 301, 307 ff.) ist durch § 265 Abs. 2 der während des Prozesses erfolgenden Veräußerung oder Abtretung nur in rein prozessualer Beziehung die Einwirkung auf die anhängige Streitsache entzogen. Die materiellen Wirkungen der Abtretung treten unerachtet des über die Forderung anhängigen Rechtsstreites ein und sind sogar auch in diesem anhängigen Rechtsstreite zu berücksichtigen.

2. ElsLothJZ. **13** 190 (Colmar). Die Vorschrift gilt nicht für das Zwangsvollstreckungsverfahren.

III. Abs. 3. KGBl. **13** 22 (KG.). Der Gesichtspunkt, welcher der Bestimmung des § 265 Abs. 3 zugrunde liegt, kann dann nicht durchdringen, wenn der Rechtsnachfolger den Kläger ermächtigt, den Prozeß im eigenen Namen fortzuführen; denn in diesem Falle wirkt das Urteil auf Grund der materiellen Abrede zugunsten des Rechtsnachfolgers; die Bestimmungen über den Erwerb in gutem Glauben kommen nicht in Betracht.

§ 268. I. Klagänderung. Neuer Klagegrund. 1. Unerlaubte Handlung statt Vertrag. **RG.** LeipzZ. **13** 614. Der Anspruch aus dem Vertrag und der nachgeschobene Anspruch aus unerlaubter Handlung beruhen auf verschiedenen Klagegründen.

2. Ersitzung statt Vertrag. **RG.** R. **13** Nr. 1174 a, WarnE. **13** 305. Klagänderung, wenn der Erwerb des geltend gemachten dinglichen Rechtes zunächst auf einen Vertrag und nachträglich auf Ersitzung gegründet wird.

3. Übergang von der Leistungs- zur Schadensersatzklage (vgl. aber Nr. II 5). **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **57** 703, LeipzZ. **13** 478. Der Übergang von dem Anspruch auf Erfüllung eines Kaufvertrags zu dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist Klagänderung. **b)** Ebenso **RG.** JW. **13** 500.

4. R. **13** Nr. 712 (BayObLG.). Übergang von der Geltendmachung eines bereits bestehenden dinglichen Rechtes zum Anspruch auf Einräumung eines erst schuldrechtlich zugesicherten derartigen Rechtes ist Klagänderung.

5. **RG.** R. **13** Nr. 1900. Wird die Klage statt auf ungerechtfertigte Entlassung nachträglich auf begründete eigene Kündigung gestützt, so liegt eine Klagänderung vor.

6. Eventualantrag. MSchutzuWettbew. **13** 113 (Königsberg). In der eine Änderung des Gegenstandes der Klage enthaltenden nachträglichen Hinzufügung eines Eventualantrags liegt eine Änderung der Klage.

7. Wechselklage. **a)** **RG.** R. **13** Nr. 539. Ist aus einer Wechselbürgschaft geklagt, so liegt eine unzulässige Klagänderung vor, wenn die Klage später auch auf das dem Wechsel zugrunde liegende materielle Rechtsverhältnis gegründet wird.

b) OLG. 27 105 (KG.). Die Durchstreichung des Vollindossaments des Klägers und die Nachholung der Behauptung, daß der Kläger den Wechsel im Regreßweg eingelöst habe, enthält eine Klagänderung gegenüber der im ersten Rechtszuge nur auf den Besitz des Wechsels gestützten Klage.

8. Wettbewerbsklage. a) **RG.** MschutzuWettbew. **13** 105. Es ist Klagänderung, wenn die auf Unterlassung der Bezeichnung von Bier als „Radeberger Pilsener" gerichtete Klage, die darauf gegründet ist, daß der Beklagte eine falsche Herkunftsangabe gebrauche, nachträglich auch darauf gestützt wird, das Bier des Beklagten sei auch nicht nach Art des Pilsener Bieres gebraut. b) Ebenso **RG.** JW. **13** 748, MschutzuWettbew. **12** 515. Es ist Klagänderung, wenn an Stelle der Behauptung, das angegriffene Warenzeichen („Engelhardt Berliner Pilsener") enthalte eine unrichtige Angabe über den Herstellungsort, die Behauptung gesetzt wird, das Warenzeichen enthalte eine unrichtige Angabe über die Herstellungsart der Ware. Daß in dem einen wie in dem anderen Falle dasselbe Gesetz (§ 3 UnlWG.) als verletzt erscheint, ist für die Frage, ob Klagänderung oder nicht vorliegt, belanglos.

9. MschutzuWettbew. **11** 260 (Hamburg). Bei der Klage aus § 13 WarenZG. ist nachträgliche Bezugnahme auf ein früher eingetragenes Warenzeichen Klagänderung.

10. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 572. In dem Antrag auf Einwilligung in die Löschung eines Zeichens ist gegenüber dem in 1. Instanz allein erhobenen Antrag auf Feststellung des Rechtes des Klägers, das Zeichen mitbenutzen zu dürfen, nicht eine Erweiterung des in erster Instanz erhobenen Anspruchs, sondern ein neuer Anspruch zu erblicken, mit dem zudem auch (dem § 268 Ziff. 3 zuwider) statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes ein anderer Gegenstand gefordert wird.

11. DJZ. **13** 175 (Posen). In dem Übergange von Unterhaltungsbegehren aus § 1361 BGB. zum Unterhaltsanspruch aus § 1578 BGB. ist eine Klagänderung nicht zu erblicken. Der Anspruch aus § 1361 hat das Bestehen der Ehe, der aus § 1578 das Nichtbestehen der Ehe zur Voraussetzung. Bei der neu geforderten Rente handelt es sich daher um einen ganz neuen Klagegrund.

II. Keine Klagänderung. 1. Unbeschränkte Zulässigkeit des Überganges von der Feststellungs- zur Leistungsklage und umgekehrt. KGBl. **13** 51 (KG.). Wesentlich für die Zulässigkeit des Überganges von einer der genannten Klagarten zu der der anderen ist nur, daß der Klagegrund unverändert bleibt. Der Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage ist in jedem Stadium des Prozesses statthaft, also auch in der Berufungsinstanz.

2. **RG.** R. **13** Nr. 967. Ist die Klage auf Erteilung eines Verzeichnisses der Nachlaßgegenstände in erster Linie auf § 2215 BGB., nötigenfalls auf § 2218 BGB. gestützt, so kann es als eine Klagänderung nicht angesehen werden, wenn der Kläger nach der Feststellung, daß ein Verzeichnis bereits früher erteilt ist, seinen Antrag nur noch auf § 2218 Abs. 2 BGB. stützt. Die Ansprüche aus §§ 2215 und 2218 BGB. können nebeneinander bestehen und gleichzeitig geltend gemacht werden.

3. Insbesondere Ziff. 1. a) Klage wegen sittenwidrigen Boykotts. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 480. Darin, daß der gemäß § 826 BGB. Schadensersatz wegen eines sittenwidrigen, über ihn verhängten Boykotts verlangende Kläger über die Art, wie der Boykott gegen ihn durchgeführt wurde, in 2. Instanz weitere Tatsachen vorgetragen hat, liegt keine Klagänderung. Der Kläger hat damit lediglich seine tatsächlichen Anführungen, mit welchen Mitteln der Boykott ins Werk gesetzt worden ist, ohne Änderung des auf § 826 BGB. gestützten Klagegrundes ergänzt. b) FrankfRundsch. **47** 184 (Frankfurt). Die Rechtsausführungen der Par-

teien sind grundsätzlich unerheblich und können jederzeit von ihnen berichtigt werden, ohne daß darin eine Klagänderung läge; eine solche ist auch dann nicht anzunehmen, wenn nachträglich eine andere Art der Erfüllung desselben Anspruchs gefordert wird.

4. Insbesondere Ziff. 2. a) Zulässigkeit nachträglicher Fristsetzung gemäß § 326 BGB. bei einer Klage auf Rücktritt von einem Vertrage. **RG.** JW. **13** 696. Wird die Klage auf Rücktritt von einem Vertrage nachträglich auch auf eine im Laufe des Rechtsstreits erfolgte Fristsetzung gemäß § 326 BGB. gestützt, so liegt eine Klagänderung nicht vor. Im Falle des § 326 BGB. bildet den Grund für den Rücktritt und den darauf gestützten Anspruch stets die Nichterfüllung des Vertrags, die vom Gesetze geforderte vorherige Fristsetzung ist nur Voraussetzung für die Ausübung des Rechtes und nicht immer (**RG. 66** 420 und die dort näher bezeichneten Urteile) eine schlechthin notwendige Voraussetzung. War daher die Klage unter Berufung auf Unmöglichkeit und Verweigerung der Leistung in rechtlich zulässiger Weise überhaupt erst einmal auch aus § 326 begründet worden, so war der Kläger nicht gehindert, nunmehr auch die Tatsache der, wenngleich erst im Laufe des Rechtsstreits erfolgten, Fristsetzung heranzuziehen und für sich zu verwerten. Hierin lag lediglich eine Ergänzung des tatsächlichen Vorbringens. b) Erweiterung des Klagantrags in Enteignungsprozessen. **RG.** EisenbE. **29** 351. Bei einem Prozeß über die Höhe der Enteignungsentschädigung ist die Erweiterung des Klagantrags auch nach Ablauf der im § 30 EnteignG. bestimmten sechsmonatigen Frist zulässig. Mit der Beschreitung des Rechtswegs hat der Kläger dem Gebote des § 30 aaO. genügt. Die ihm als Kläger behufs Herbeiführung des richterlichen Urteils obliegenden Pflichten und zustehenden Rechte richten sich, nachdem die Klage rechtzeitig erhoben ist, nach den Bestimmungen der ZPO., und nach diesen steht der Erweiterung des Klagantrags (§ 268 Ziff. 2) ein rechtliches Hindernis nicht entgegen (vgl. **RG. 12** 299).

5. Insbesondere Ziff. 3. Übergang von der Leistungs- zur Schadensersatzklage (vgl. jedoch Nr. I 3). OLG. **27** 71, NaumburgAK. **13** 73 (Naumburg). Hat der Kläger nach fruchtlosem Versuche, das seinem Erfüllungsverlangen stattgebende Urteil erster Instanz zu vollstrecken, dem Beklagten eine Nachfrist gemäß § 326 BGB erfolglos bestimmt und beansprucht er nunmehr im Wege der Anschlußberufung nicht mehr Erfüllung, sondern wegen Nichterfüllung Ersatz des abstrakten Schadens, so liegt in diesem Übergange von der Leistungs- zur Schadensersatzklage keine verbotene Klagänderung, sondern ein Fall des § 268 Ziff. 3. Der Kläger hätte zwar bereits vor der Klagerhebung die jetzt eingetretene Rechtslage durch Fristsetzung gemäß § 326 BGB. herbeiführen können. Das ist jedoch nicht ausschlaggebend, denn der Kläger konnte nicht gezwungen werden, auf den Versuch der Durchführung seines ursprünglichen Anspruchs zu verzichten. Das Gericht ist daher der Ansicht des **RG. 70** 337 nicht gefolgt. Es geht vielmehr davon aus, daß hier die eingetretene Veränderung durch die Schuld des Beklagten herbeigeführt ist, der selbst den Versuch, das erste Urteil zu vollstrecken, vereitelt hat und den Kläger zwang, so zu handeln, wie er alsbald tat.

§ 269. Einredeweises Vorbringen der die abgeänderte Klage begründenden Umstände ersetzt die Einwilligung. **RG.** JW. **13** 337, LeipzZ. **13** 297, SeuffA. **68** 246. Der Einlassung bedarf es für die Annahme der Einwilligung des Beklagten dann nicht, wenn sie nicht mehr möglich ist, nachdem der Beklagte selbst einredeweise die Tatsachen vorgebracht hat, die zur Begründung des veränderten Klaganspruchs ebenso erforderlich sind wie genügend, und damit die Einlassung auf die letztere vorweggenommen hat. Wie eine Gemeinschaftlichkeit der Beweise gibt es auch eine Gemeinschaftlichkeit der Behauptungen, und wer zum Zwecke seiner Verteidigung Behauptungen aufstellt, um sie zu seinen Gunsten zu verwerten, muß sich auch gefallen lassen, daß der Gegner von ihnen zu

seinen Ungunsten Gebrauch macht. Ergibt sich ein Anspruch des Klägers aus dem eigenen tatsächlichen Vorbringen des Beklagten, das dieser selbst zum Prozeßstoff und zum Gegenstande der Entscheidung gemacht hat, so scheidet die Frage der Klagänderung als einer vom Kläger vorgenommenen Änderung des Klagegegenstandes oder Klagegrundes aus. Der Beklagte kann nicht mehr verlangen, als daß sein Rechtsverhältnis zum Kläger nach seinem eigenen Vorbringen beurteilt werde (so im Anschluß an Wach und GruchotsBeitr. **30** 769, **RG.** JW. **05** 27).

§ 271. Literatur: Pfeiffer, Kostenurteil bei Tilgung der Kosten? DJZ. **13** 462—463. — Schmitt, Die Entscheidung im Kostenpunkte bei Zurücknahme der Klage, BayRpflZ. **13** 105—106.

I. Liegt Klagerücknahme vor? Erledigung der Hauptsache. 1. SeuffA. **68** 118 (Dresden). Dadurch, daß ein Kläger den Klaganspruch, ohne daß er erfüllt oder sonstwie erledigt worden ist, nicht weiter verfolgt, kann er, mag er sich auch des Ausdrucks „Erledigung" bedienen, nie erreichen, daß das Gericht für den Zweck der Kostenentscheidung prüfe, ob der Anspruch zu Recht bestanden hat oder nicht. Die in einem solchen Falle erklärte Erledigung ist nichts anderes als eine Zurücknahme der Klage.

2. HansGZ. **12** Beibl. 299 (Hamburg). Wenn ein begründeter Anspruch wegen veränderter Umstände für erledigt erklärt wird, so liegt darin keine zur Kostenerstattung verpflichtende Klagezurücknahme.

II. Abs. 2. Form der Zurücknahme. 1. Die Erklärung in der mündlichen Verhandlung muß vor dem Prozeßgericht erfolgen und unbedingt sein. ElsLothJZ. **13** 421 (Colmar). Eine Klage kann nicht unter einer Bedingung und überhaupt nur vor dem Prozeßgerichte, nicht auch vor dem beauftragten Richter zurückgenommen werden.

2. Zurücknahme während der Rechtsmittelinstanz. **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 4. Die Zurücknahme der Klage, wie auch (vgl. **RG. 58** 259) der Widerklage kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zum Eintritte der Rechtskraft, also auch noch im Rechtszuge der Revision erfolgen. In Ehesachen kann sogar lediglich zum Zwecke der Zurücknahme Revision eingelegt werden.

3. Vereinbarung der Klagerücknahme. OLG. **27** 75 (Braunschweig). Ein Vertrag auf Klagezurücknahme ist prozessual unwirksam und deshalb für das Gericht solange unbeachtlich, als nicht die Rücknahme in einer der Formen des § 271 Abs. 2 erklärt ist. Vgl. dagegen JDR. **11** Nr. III.

4. Beschränkung des Klagantrags auf die Prozeßkosten als Klagerücknahme. OLG. **27** 73 (KG.). Wenn der Kläger durch seine eigene freie Handlung den Klaganspruch aufgibt und in einem solchen Falle durch Beschränkung seines Antrags auf die Prozeßkosten „die Folgerung aus der durch ihn selbst geschaffenen Rechtslage zieht", so kann darin, daß er keinen Antrag in der Hauptsache stellt, nur eine Zurücknahme der Klage gefunden werden. Diese braucht nicht in bestimmten Worten erklärt zu werden, kann vielmehr auch durch schlüssige Handlungen erfolgen. „Es genügt" jede Erklärung, aus der sich ein Verzicht des Klägers auf die Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch im anhängigen Verfahren ergibt. „Ein entsprechender Verzichtswille kommt darin, daß sich der Kläger im anhängigen Verfahren selbst klaglos stellt und daraufhin seine Anträge in der Hauptsache fallen läßt, klar zum Ausdrucke (JW. **11** 769).

III. Abs. 3. Kostenpflicht und Kostenurteil. 1. Einwand der Kostentilgung. a) SeuffA. **68** 422 (Dresden). Sind dem Beklagten alle ihm erwachsenen Kosten bereits erstattet, so kann er eine Verurteilung des Klägers zur Kostentragung nicht mehr verlangen; es fehlt ihr das Rechtsschutzbedürfnis. Das

dem Beklagten im § 271 Abs. 3 Satz 2 gewährte Recht hat zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß der Beklagte wegen seiner Kosten nicht schon befriedigt ist, daß also die beantragte Verurteilung nicht von vornherein zwecklos ist. **b)** Ebenso Pfeiffer, DIZ. **13** 467. Unerheblich ist, ob Kläger auch bereits die Gerichtskosten bezahlt hat; denn der Beklagte hat kein Interesse daran, daß diese Pflicht des Klägers urteilsmäßig ausgesprochen wird, weil die Beitreibung der Gerichtskosten im Falle der Klagrücknahme keinen Titel voraussetzt. Der Zahlung steht die Tilgung durch Aufrechnung, und zwar auch mit der Klageforderung selbst, gleich.

2. Streit über die Erstattungsfähigkeit. **a)** Schmitt, Bay. RpflZ. **13** 105 f. Entsteht nach Zurücknahme der Klage und nach Erstattung der wesentlichsten Kosten an den Beklagten zwischen den Parteien Streit über die Erstattungsfähigkeit einzelner Posten, so kann dem Beklagten im Hinblick auf § 103 Abs. 1 das Recht auf das Kostenurteil nach § 271 Abs. 3 Satz 2 nicht versagt werden. Dieses Recht besteht aber nur dann, wenn die Posten, deren Erstattung der Beklagte verlangt, auch erstattungsfähig sind. Daraus ergibt sich für das Prozeßgericht die Notwendigkeit, vor Erlassung der Kostenentscheidung ausnahmsweise über die Höhe der Prozeßkosten und über die Erstattungsfähigkeit der Einzelposten zu befinden, entgegen dem Grundsatze der Prozeßordnung, daß die Erörterung über die Kostenhöhe dem besonderen Verfahren der Kostenfestsetzung vorbehalten bleiben soll. Die Zulässigkeit einer sachlichen Prüfung der Kostensätze ergibt sich aus der zu § 304 ergangenen Rechtsprechung, wonach zur Verhandlung über den Grund des Anspruchs u. a. auch die Erörterungen über die Einrede der Aufrechnung und insbesondere die Einrede der wenn auch nur teilweisen Tilgung des Klaganspruchs durch Zahlung gehören. **b)** Ähnlich Pfeiffer, DIZ. **13** 462.

3. OLG. **27** 74 (Naumburg). Ist die Klage in Erfüllung eines Vergleichs zurückgenommen, so kommt hinsichtlich der Kosten des durch den Vergleich erledigten Rechtsstreits nicht die Bestimmung des § 271 Abs. 3, sondern die Regel des § 98 zur Anwendung.

4. OLG. **27** 74 (KG.). Die prozessuale Bestimmung des § 271 Abs. 3 kann der Kläger nicht durch den Nachweis außer Kraft setzen, daß der Beklagte schuldhaft gehandelt habe und ihm aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes zur Erstattung der Kosten verpflichtet sei.

IV. Abs. 4. Vgl. § 274 Nr. V.

§ 272. Ablehnung eines Vertagungsantrags als wesentlicher Verfahrensmangel. Vgl. § 228.

§ 274. I. Abs. 1. OLG. **27** 77 (Hamburg). Eine rechtskräftig zurückgewiesene prozeßhindernde Einrede darf nicht mit neuer Begründung wiederholt werden. So nicht die Einrede der Unzuständigkeit, die zunächst durch Bestreiten der die Zuständigkeit begründenden Tatsachen erhoben ist, nach Zurückweisung dieses Grundes mit der Behauptung, es sei ein anderer ausschließlicher Gerichtsstand vereinbart.

II. Abs. 2 Ziff. 1. Einrede der Unzuständigkeit. R. **13** Nr. 2443 (Hamburg). Hat der Beklagte bei einer auf mehrere rechtliche Gesichtspunkte gestützten Klage die Einrede der Unzuständigkeit geltend gemacht, so ist für jeden Klagegrund die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nachzuprüfen.

III. Abs. 2 Ziff. 2. Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs. **RG.** RheinA. **110** 360. In der Berufung auf Art. 15 Tit. III des Dekrets vom 28. Oktober 1790 ist die prozeßhindernde Einrede der zeitigen Unzulässigkeit des Rechtswegs zu finden.

IV. Abs. 2 Ziff. 3. Schiedsgerichtseinwand. 1. Vereinbarung der Schiedsgerichtsklausel. **a)** Breslau AK. **13** 52 (Breslau). Die Klausel „Differenzen werden durch freundschaftliche Breslauer Schiedsgerichte erledigt" bedeutet im Kartoffelhandel die Vereinbarung eines Schiedsgerichts.

b) OLG. 27 81 (Breslau). Die zwischen Hauptschuldner und Gläubiger getroffene Vereinbarung eines Schiedsgerichts erstreckt sich nicht auf den zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen geschlossenen Bürgschaftsvertrag.

2. Die „Schiedsgerichte" der Unfallversicherungsgesellschaften über die Höhe der Entschädigungssumme sind keine Schiedsgerichte im Sinne der ZPO. LeipzZ. **13** 92 (Colmar). Beschränkt sich die Tätigkeit der „Schiedsrichter" auf die Feststellung von Tatsachen oder Beurteilung von Tatfragen, so ist ihre Tätigkeit keine richterliche, sondern eine begutachtende; die „Schiedsrichter" sind keine Richter, sondern Sachverständige, der „Schiedsvertrag" ist ein „Schätzungsvertrag". (So die in den Versicherungsbedingungen der meisten Unfallversicherungsgesellschaften vorgesehenen Schiedsgerichte über die Höhe der Entschädigungssumme.) Aus einem solchen Schätzungsvertrage kann nicht die prozeßhindernde Einrede des Schiedsvertrags, sondern lediglich diejenige des Schätzungsvertrags erhoben werden, über die nicht gemäß § 275, sondern gemäß § 303 zu entscheiden ist.

3. Umfang der Schiedsgerichtsklausel in den Hausgesetzen der bayerischen Standesherren. BayObLG. **14** 97 (BayObLG.). Eine prozeßrechtliche Autonomie, wozu die Anordnung eines — insbesondere ausschließlichen — Schiedsgerichts gehört, steht den Standesherren in Bayern nicht zu. Es konnte und kann allein durch Hausgesetze die ausschließliche Anrufung eines Schiedsgerichts zur Schlichtung der Streitigkeiten in bezug auf die der autonomischen Regelung unterliegenden Rechtsverhältnisse, insbesondere über Ebenbürtigkeit und Standesmäßigkeit einer Ehe, angeordnet werden. Dies kann aber nur für den Kreis der standesherrlichen Familie geschehen; auf Grund der Hausgesetze kann die Rechtsverfolgung durch Dritte auch dann nicht ausschließlich an ein Schiedsgericht verwiesen werden, wenn es sich bei dem Rechtsstreit um die Familienzugehörigkeit handelte. Eine hausgesetzliche Bestimmung, welche hinsichtlich der Frage der Ebenbürtigkeit und Standesmäßigkeit der Ehe eines Mitglieds des Hauses einheitlich und allgemein für Familienmitglieder und Dritte den Rechtsweg ausschließt und auf den Schiedsweg verweist, ist überhaupt, nicht bloß soweit sie sich auf Dritte bezieht, unwirksam.

4. Abhängigkeit des Schiedsvertrags vom Hauptvertrage? SächsRpflA. **13** 148 (Dresden). Der Schiedsvertrag hat im Falle der Nichtigkeit des Hauptvertrags grundsätzlich dessen Schicksal als unselbständiger Vertragsbestandteil zu teilen. Der Bestand des Hauptvertrags bildet jedoch nicht die Voraussetzung für den Fortbestand des Schiedsvertrags, wenn nach dem Willen der Vertragsparteien auch die Entscheidung über die Rechtsgültigkeit des Hauptvertrags selbst einem Schiedsspruch unterstellt werden soll (vgl. auch OLG. Hamburg in SeuffA. **49** 168 Nr. 92). Dieser Fall liegt vor, wenn der Hauptvertrag bestimmt, der „Kontrakt" dürfe wegen irgendwelcher Differenzen nicht „annulliert" werden, sondern „alle streitigen Punkte" seien schiedsrichterlich zu regeln.

5. Bindung des Konkursverwalters an einen Schiedsvertrag des Gemeinschuldners. BankA. **12** 321 (KG.). An einen rechtsverbindlichen Schiedsvertrag des Gemeinschuldners ist auch der Konkursverwalter gebunden. Vgl. JDR. **11** Nr. II 3 a.

V. Abs. 2 Ziff. 6. Einrede der mangelnden Kostenerstattung des Vorprozesses. OLG. 27 82, SächsOLG. **34** 327 (Dresden). Die Einrede, daß die Kosten des Vorprozesses nicht erstattet sind, hat nicht den Zweck, den Kläger nach der Zurücknahme der ersten Klage an der Erneuerung des Rechtsstreits überhaupt zu hindern, sondern soll nur den Beklagten vor mutwilliger und schikanöser Prozeßführung schützen. Kann der Kläger beweisen, daß ihm eine den Gegner belästigende Absicht mangelt, insbesondere, daß die Zurücknahme der Klage

wegen eines damals nicht zu beseitigenden formellen Hindernisses notwendig war, so ist die Einrede nicht gegeben (OLG. **17** 322). Derartig ist der Sachverhalt im vorliegenden Falle. Der Kläger hatte die erste Klage zunächst nur gegen den Eigentümer des Kraftwagens erhoben, dann aber durch Zustellung eines Schriftsatzes auf den Beklagten zu erstrecken versucht. Da der Beklagte diesem formell unzulässigen Verfahren widersprach, war der Kläger gezwungen, die erste Klage zurückzunehmen, soweit er sie gegen den Beklagten gerichtet hatte. Er war bis zum Erlasse des Kostenurteils ebensowenig wie der Beklagte imstande, die Kosten des früheren Verfahrens zu berechnen. Daß er sich seiner anerkannten Verpflichtung zur Erstattung dieser Kosten nicht entziehen wollte, bewies er damit, daß er dem Beklagten einen ausreichenden Betrag anbot. Selbst wenn dieses Angebot nur als Sicherheitsleistung gemeint gewesen sein sollte, so ersah der Beklagte aus dem ganzen Verhalten des Klägers doch, daß ihm die Absicht, durch die Wiederholung des Prozesses zu belästigen oder mutwillig oder schikanös zu prozessieren, vollkommen fern lag.

§ 275. I. Reihenfolge der Prüfung der einzelnen Prozeßvoraussetzungen. 1. Entscheidend ist die Abhängigkeit der einzelnen Voraussetzungen voneinander. OLG. **27** 76, ElsLothJZ. **13** 269 (Colmar). Die ZPO. enthält für den Fall des Zusammentreffens mehrerer Einreden, die sich nicht auf die Hauptsache, sondern auf die Zulässigkeit der Sachverhandlung beziehen, keine ausdrücklichen Vorschriften darüber, in welcher Reihenfolge das Gericht über das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen zu entscheiden hat. Der Umstand, daß eine der Einreden zu den prozeßhindernden (im Sinne des § 274) zählt, bildet an sich keinen genügenden Grund, über diese Einrede allein und vor allen sonstigen Prozeßeinreden zu entscheiden (vgl. **RG. 34** 394). Die Reihenfolge der Prüfung bestimmt sich vielmehr nach dem Gesichtspunkt ihrer Abhängigkeit voneinander. Über die Einrede der unzulässigen, weil verfrühten Klagerhebung ist danach vor der Einrede der mangelnden gesetzlichen Vertretung zu entscheiden.

2. Über prozeßhindernde Einreden darf erst entschieden werden, wenn die Ordnungsmäßigkeit der Klagerhebung feststeht. Wie **RG.** V, JDR. **11** Nr. I 1 jetzt auch **RG.** R. **13** Nr. 1328.

3. Die Parteifähigkeit ist vor der Zuständigkeit zu prüfen. BadRpr. **13** 97 (Karlsruhe). Über die Parteifähigkeit ist vor Prüfung der Zuständigkeit zu entscheiden.

4. Die örtliche Zuständigkeit ist vor der sachlichen, die Zuständigkeit überhaupt vor der Zulässigkeit des Rechtswegs zu prüfen. BadRpr. **13** 149 (Karlsruhe). Werden in einem Prozesse die Einreden der sachlichen und örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts und der Unzulässigkeit des Rechtswegs vorgetragen, so ist zuerst die örtliche, dann die sachliche Zuständigkeit und in letzter Linie die Zulässigkeit des Rechtswegs zu prüfen. Insbesondere ergibt sich die Notwendigkeit der Prüfung der Zuständigkeit vor der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs aus der Erwägung, daß nur dem zuständigen Gerichte die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs zukommt.

5. **RG.** RheinA. **110** 360. Wird der Rechtsweg als unzulässig oder eine sonstige Prozeßvoraussetzung als fehlend erklärt, so ist das Gericht nicht befugt, über den Klaganspruch sachlich zu erkennen. Geschieht dies gleichwohl, so ist diese zweite Begründung der Klagabweisung als nicht beigefügt zu behandeln.

II. Abs. 2. 1. Halbsatz 1. a) **RG.** LeipzZ. **13** 386. Die Vorschrift des § 275 Abs. 2 findet nach feststehender Rechtsprechung des RG. nur dann Anwendung, wenn die Voraussetzungen des § 275 Abs. 1 gegeben sind, wenn also entweder der Beklagte die Verhandlung zur Hauptsache verweigert oder das Gericht die abgesonderte Verhandlung angeordnet hat. In der Beschränkung der Verhandlung

auf die Berufung gegen ein gemäß § 512 mittelbar angefochtenes Zwischenurteil liegt eine dem § 275 Abs. 1 entsprechende Anordnung. b) **RG.** R. **13** Nr. 1329. Das Zwischenurteil über eine prozeßhindernde Einrede ist auch dann selbständig anfechtbar, wenn in ihm zugleich über Klagerhebungsmängel erkannt ist. Vgl. JDR. **11** Nr. II 2.

2. Halbsatz 2. OLG. **27** 76 Anm. 1 (Naumburg). Beschlüsse aus § 275 Abs. 2 können im Beschwerdeweg überhaupt nicht angefochten werden, selbst wenn sie in an sich unzulässiger Weise ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen sind.

§ 280. I. Streitiges Rechtsverhältnis. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1350. Die Frage, ob ein im Laufe des Rechtsstreits zur Erledigung des Klagantrags gemachter Vergleichsvorschlag von der anderen Seite wirksam angenommen worden sei, kann zum Gegenstand eines Inzidentfeststellungsantrags gemacht werden.

2. Über Inzidentfeststellungsklage im Falle der Zahlung des eingeklagten Betrags unter Vorbehalt vgl. *Dickel, Rechtsf. Heft 1, Erl. 314 ff.

II. Muß das Rechtsverhältnis erst „im Laufe des Prozesses streitig geworden" sein? **RG.** JW. **13** 212, SeuffA. **68** 206. Ob der Streit der Parteien über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses schon vor der Klagerhebung bestanden hat, ist für die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage ohne Bedeutung.

§ 282. Literatur: Brenske, Die Beweislast bei auflösender Bedingung, PosMSchr. **13** 30—32. — Hopmann, Zur Beweislast bei Schadensersatzansprüchen, W. **13** 70—72. — Meyerowitz, Grundlegende Fragen der Beweislast in Literatur und Rechtsprechung seit 1900. JW. **13** 236—264.

I. Aufschiebende und auflösende Bedingung. 1. Brenske, PosMSchr. **13** 30 ff. I. Beim Behaupten der Bedingung durch den Kläger ist beweispflichtig: A. bei der aufschiebenden Bedingung a) für ihr Setzen (und ihren Inhalt): der Kläger, b) für ihren Eintritt: der Kläger. B. bei der auflösenden Bedingung a) für ihr Setzen: der Kläger, b) für ihren Nichteintritt: der Kläger. II. Beim Vorschützen der Bedingung durch den Beklagten ist beweispflichtig: A. bei der aufschiebenden Bedingung a) für ihr Nichtsetzen: der Kläger, b) eventuell für ihren Eintritt: der Kläger; B. bei der auflösenden Bedingung a) für ihr Nichtsetzen: der Kläger, b) eventuell für ihren Eintritt: der Beklagte.

2. *Dickel, Rechtsf. Heft 1, Erl., bekennt sich in zahlreichen Ausführungen, ebenso wie in früheren Schriften, als überzeugter Anhänger Stölzels und dessen „Leugnungstheorie", insbesondere bei der aufschiebenden Bedingung, auch bei der Befristung (70 ff.; vgl. auch 272 ff., 92 ff.).

II. *Dickel, Rechtsf. Heft 1, Erl. 205 ff., erachtet im Gegensatze zu Wach den Kläger für beweispflichtig, wenn er die Verletzung einer sekundären Verpflichtung des Beklagten behauptet, z. B. Nichtanzeige der Ablehnung im Falle des § 663 BGB.

III. BreslauAK. **13** 56 (Breslau). Der Kläger, der die übliche Vergütung gemäß § 632 BGB. fordert, muß beweisen, daß die Behauptung des Beklagten, es sei verabredet, daß er nur eine in seinem Ermessen stehende Vergütung zu zahlen haben solle, unrichtig ist.

IV. Für die Erfüllung ist stets der Schuldner beweispflichtig. **RG.** LeipzZ. **13** 382. Der Schuldner ist für die Erfüllung auch dann beweispflichtig, wenn sie sich auf den Anspruch bezieht, dessen Nichterfüllung Voraussetzung des von dem Kläger geltend gemachten Rechtes ist (vgl. Beckh, Die Beweislast 229, **RG.** **41** 220).

§ 286. I. Welche Tatsachen darf das Gericht berücksichtigen? 1. Keine Berücksichtigung ohne mündlichen Vor-

trag. **RG.** WarnE. **13** 111. Es verstößt gegen die Verhandlungsmaxime und den Grundsatz vom beiderseitigen Gehöre, wenn das Gericht die Bestätigung eines anfechtbaren Vertrags annimmt, ohne daß sich die Partei darauf berufen hat.

2. Inhalt und Grenze des Verhandlungsgrundsatzes. a) **RG. 80** 363, JW. **13** 137. Das Gericht darf zwar nicht sein etwaiges Privatwissen wie überhaupt nicht Tatsachen berücksichtigen, die nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, und es darf ebensowenig Beweise berücksichtigen, die nicht im Verfahren ordnungsgemäß aufgenommen sind. Aber diese dem Gerichte durch den Verhandlungsgrundsatz auferlegte Pflicht findet ihre Schranke da, wo die Beweiswürdigung beginnt, denn in der rechtlichen und tatsächlichen Würdigung des von den Parteien Vorgebrachten ist das Gericht gemäß § 286 frei; es darf daher auch aus dem vorgebrachten Tatsachenstoffe Schlüsse ziehen, die keine der Parteien gezogen hat. b) **RG.** JW. **13** 385, LeipzZ. **13** 387. Der Verhandlungsgrundsatz, der zur Folge hat, daß nur der von den Parteien vorgebrachte Streitstoff die Grundlage der Entscheidung bilden kann, findet da seine Schranke, wo die Beweiswürdigung beginnt, mit der Wirkung, daß das Gericht aus dem vorgebrachten Tatsachenstoffe Schlüsse ziehen darf, die keine der Parteien gezogen hat. Diese Freiheit der Beweiswürdigung kann aber dem Gerichte dann nicht zugestanden werden, wenn unter den Parteien Einverständnis darüber herrscht, daß die Tatsache nicht wahr ist, die das Gericht auf Grund der Beweisaufnahme als erwiesen anzusehen geneigt wäre.

3. Rechtliche Würdigung des Prozeßstoffs durch das Gericht und Verhandlungsgrundsatz. a) **RG.** LeipzZ. **13** 856. Der Richter ist an die Rechtsauffassung der Parteien nicht gebunden. Aber darum ist er auch nicht gehalten, den vorgetragenen Sachverhalt daraufhin zu prüfen, ob sich aus ihm für den Kläger nicht noch andere Ansprüche herleiten lassen, als er geltend macht. Daher keine Verpflichtung zur Prüfung des Klagevorbringens unter dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung, wenn bisher nur von dem unter den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisse die Rede gewesen ist. b) **RG.** R. **13** Nr. 2608. Die Verpflichtung des Gerichts, den ihm unterbreiteten Prozeßstoff in rechtlicher Beziehung frei, erschöpfend und unabhängig von den Rechtsausführungen der Parteien zu würdigen, geht nicht so weit, daß das Gericht einer Partei ein von ihr nicht geltend gemachtes selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel, insbesondere einen nicht geltend gemachten Klagegrund unterschieben dürfte oder sogar müßte.

4. Verwertung des Inhalts anderer Akten. a) **RG.** R. **13** Nr. 541. Ist der Inhalt beigezogener Akten vorgetragen, so kann daraus, daß die Beiziehung vom Vorsitzenden allein ausgegangen ist, kein Einwand entnommen werden. b) Verwertung von Zeugen- und Sachverständigenaussagen aus Vorprozessen (vgl. JDR. **11** Nr. II 4 b). **RG.** DJZ. **13** 1267, R. **13** Nr. 2902. Daß in erster Instanz gegen die Verwertung einer in einem anderen Prozeß abgegebenen Zeugenaussage im Wege des Urkundenbeweises kein Widerspruch erhoben ist, hindert nicht die Erhebung dieses Widerspruchs in der Berufungsinstanz. Es handelt sich nicht um „die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift“, denn eine solche Art der Beweiserhebung ist durchaus zulässig und verletzt an sich keine Vorschrift der ZPO. Ein Rügerecht gemäß § 295 kann deshalb nicht verloren gegangen sein. Wohl aber bleibt die Statthaftigkeit der weiteren Verwertung dieses Beweises davon abhängig, daß die Voraussetzung hierfür bestehen bleibt, daß nämlich der Gegner des Beweisführers mit der Benutzung des Beweisprotokolls aus dem früheren Rechtsstreit an Stelle der nochmaligen persönlichen Vernehmung des Zeugen im neuen Rechtsstreit einverstanden ist.

5. Einholung von Auskünften von Behörden. a) Auskünfte von Polizeibehörden. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1001, SeuffBl. **13** 287. In betreff des Sachverständigenbeweises ist der Richter an die Anträge der Parteien und die Gutachten der Sachverständigen nicht gebunden, vielmehr in der Wahl seiner Erkenntnisquellen frei. Er ist nicht gehindert, gutachtliche Äußerungen von Behörden einzuholen (**RG. 44** 149, JW. **08** 686) und kann auch die Auffassung der Polizeibehörde als der Volksanschauung entsprechend seiner Entscheidung zugrunde legen. Daher zulässig die Benutzung der Auskunft einer Polizeibehörde für die Verneinung der Ortsüblichkeit gewisser Geräusche unter Ablehnung des angebotenen Sachverständigengegenbeweises. b) Auskünfte staatlicher Behörden in fiskalischen Prozessen. **RG.** R. **13** Nr. 1902. In einem Prozesse gegen den Fiskus kann die amtliche Auskunft einer am Prozesse nicht beteiligten fiskalischen Behörde verwertet werden. Die Auskunft ist keineswegs einer bloßen Parteibehauptung des Beklagten gleichzuachten, die des Beweises bedurft hätte. Sie ist allerdings von einem Beamten des Beklagten ausgestellt, der aber für den gegenwärtigen Rechtsstreit nicht als gesetzlicher Vertreter des Beklagten in Frage kommt und daher gesetzlich auch nicht in der Lage war, für den Beklagten im Rahmen der mündlichen Verhandlungen Parteierklärungen abzugeben. Ebenso wie es nicht unzulässig gewesen wäre, diesen Beamten als Zeugen oder Sachverständigen zu vernehmen, kann dec Inhalt seiner Auskunft als Beweismittel nach § 286 berücksichtigt und gewürdigt werden.

6. Verwertung der eigenen Erfahrung. a) **RG.** MSchutz uWettbew. **12** 124. Der Berufungsrichter hat seine Feststellungen darüber, wie die von dem Beklagten gebrauchten Worte „Buffalo-Bill Wild West" und „Pawnee Bill far East" in den beteiligten Verkehrskreisen verstanden werden, ohne prozessualen Verstoß aus den Erfahrungen des täglichen Lebens geschöpft; einer näheren Begründung dessen bedurfte es nicht. b) **RG.** R. **13** Nr. 980. Die Frage des Bestehens einer Verkehrssitte hat der Richter gemäß § 286 nach seiner freien Überzeugung zu entscheiden; traut er sich selbst die erforderliche Sachkenntnis zu, so bedarf er nicht der Hilfe des Sachverständigen.

II. Freie Beweiswürdigung. Einzelfälle. 1. **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 253. Der Tatrichter darf aus der Wahrscheinlichkeit der Entzündung durch Funkenflug aus der Lokomotive eines vorüberfahrenden Eisenbahnzugs und dem Fehlen einer anderen Erklärungsursache den Kausalzusammenhang selbst dann feststellen, wenn Sachverständigenbeweis dafür angetreten ist, daß die Verursachung des Brandes durch Lokomotivfunken ausgeschlossen erscheine.

2. **RG.** BankA. **13** 102. Die Feststellung der Spielabsicht bei Differenzgeschäften des einen Teiles und deren Kenntnis seitens des anderen Teiles kann auch aus früheren Geschäften und Fortsetzung der Geschäftsverbindung hergeleitet werden.

3. **RG.** EisenbE. **29** 431. Auch bei Unfällen genügt hoher Grad von Wahrscheinlichkeit unter Ausschluß vernünftiger Zweifel der Beweispflicht. Mathematische Gewißheit kann nicht gefordert werden.

4. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 129. Die Würdigung angetretener Zeugenbeweise darf nicht vorausgenommen werden, ehe die Zeugen gehört sind. Ob die neu vorgeschlagenen Zeugen von der streitigen Tatsache unmittelbare oder mittelbare Kenntnis haben, läßt sich vor ihrer Vernehmung nicht feststellen. Die Unwahrscheinlichkeit einer solchen Wissenschaft genügt nicht.

5. **RG.** SchlHolstAnz. **13** 161. Die Annahme des Gegenteils einer unter Beweis gestellten Tatsache ist auch ohne vorangegangene Beweisaufnahme zulässig.

III. Begründungspflicht. Bezugnahme auf die Gründe a) des erstinstanzlichen Urteils. **RG.** LeipzZ. **13** 856. Bezugnahme

auf die Entscheidungsgründe des LG. und deren Billigung stellen eine völlig ausreichende Begründung dar, so daß von einer Verletzung des § 286 nicht die Rede sein kann. b) eines Vorprozesses. **RG.** R. **13** Nr. 714. Das Prozeßgericht kann sich in dem anhängigen Prozesse die Gründe eines in einem Vorprozesse zwischen denselben Parteien ergangenen Urteils ohne weiteres aneignen, ohne sie nochmals wörtlich in den Entscheidungsgründen seines Urteils zu wiederholen. Damit sind jene Urteilsgründe gleichzeitig Bestandteil des gegenwärtig angefochtenen Urteils geworden; sie müssen deshalb nach Maßgabe des in dem jetzigen Prozesse erfolgten Parteivorbringens beurteilt werden. Das jetzige Urteil darf daher nicht auf Feststellungen beruhen, die mit den in dem Vorprozesse getroffenen in unvereinbarem Widerspruche stehen.

IV. Zulässige Ablehnung von Beweisanträgen. 1. Grundsatz. **RG.** JW. **13** 44. Es ist nur dann zulässig, einen Beweisantrag abzulehnen, wenn die Nutzlosigkeit des betreffenden Beweises in jeder Richtung von vornherein mit Sicherheit zu übersehen ist oder wenn das Gericht aus den bisherigen Verhandlungen und Beweiserhebungen die ganz bestimmte Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache gewonnen hat und demgemäß mit näherer Begründung feststellt, daß diese seine Überzeugung durch den angebotenen Beweis auf keinen Fall erschüttert werden könne.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 387. Lassen die Ausführungen in ihrer Gesamtheit keinen Zweifel darüber, daß das Berufungsgericht im Endergebnisse sagen will, es sei überzeugt, daß S. bei keiner der drei Unterredungen eine Erklärung des fraglichen Inhalts abgegeben habe, und diese seine Überzeugung würde auch nicht erschüttert werden, wenn der Zeuge E. die in seine Wissenschaft gestellte Tatsache bekunden würde, so konnte das Berufungsgericht ohne Verletzung des § 286 von der Vernehmung des Zeugen E. absehen.

3. Bei Auferlegung eines richterlichen Eides. **RG.** R. **13** Nr. 1785. Der Tatrichter darf im allgemeinen einen ihm für eine noch nicht feststehende Tatsache angebotenen Beweis nicht deshalb ablehnen, weil er wegen Unwahrscheinlichkeit der zu beweisenden Behauptung oder wegen Unglaubwürdigkeit des Zeugen annimmt, daß die Beweisaufnahme auf seine richterliche Überzeugung einflußlos sein werde. Allein, wenn die Voraussetzungen des § 475 gegeben sind, ist der Tatrichter freier, dann kann er angebotene Beweise schon dann ablehnen, wenn er der Überzeugung ist, daß ihr Ergebnis nicht ausreichen würde, um den richterlichen Eid überflüssig zu machen, den er für angebracht hält.

4. **RG.** LeipzZ. **13** 681. Die Revision rügt, daß unter Verletzung des § 286 das Berufungsgericht die vom Kläger angetretenen Beweise dafür, daß der Kläger sofort dem Inhalte des Schreibens vom 8. Juli 1910 widersprochen habe, nicht erhoben habe. Diese Rüge erscheint jedoch unbegründet. Das Berufungsgericht faßt das Schreiben vom 8. Juli nicht etwa als kaufmännische Bestätigung einer voraufgegangenen mündlichen Vereinbarung in dem Sinne auf, daß die Bestätigung, weil ihr nicht widersprochen worden sei, als Vertragsgrundlage anzusehen sei. Es unterstellt vielmehr, daß der Kläger dem Schreiben sofort widersprochen habe, und legt dem Schreiben nur insofern eine gewisse Bedeutung bei, als der Beklagte schon damals im unmittelbaren Anschluß an die mündliche Vereinbarung diese, wenn auch nur einseitig, gegenüber dem Kläger so kundgegeben habe, wie er jetzt im Prozesse behaupte. Diese Verwertung des Schreibens als eines Beweisumstandes ist trotz des angeblichen Widerspruchs des Klägers gegen das Schreiben rechtlich nicht zu beanstanden.

V. Unzulässige Beweisablehnung. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2444. Bloße Wahrscheinlichkeit der Erfolglosigkeit der Beweiserhebung rechtfertigt die Ablehnung nicht.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 941. Ein unter Beweis gestellter, für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblicher Handelsgebrauch kann nicht mit der Begründung verneint werden, daß er unglaubwürdig sei und sich weder die jetzige Klägerin, noch die jetzige Beklagte im Vorprozeß auf einen solchen Handelsgebrauch berufen hätten. Die Beklagten haben mit Recht darauf hingewiesen, daß, wenn die Übung besteht, das Nichtvorschützen der Übung im Vorprozeß an ihrem Bestande nichts ändert, und daß der Berufungsrichter um so weniger zu dem von ihm gezogenen Schlusse kommen konnte, als er gar nicht gefragt hat, weshalb die Übung im Vorprozesse nicht vorgeschützt worden ist.

3. **RG.** R. **13** Nr. 1627. Beweisangebote eines aktiven Eisenbahnbetriebsbeamten in einem Unterhaltsstreite dürfen nicht schon deshalb abgelehnt werden, weil die Ehefrau ein privatärztliches Zeugnis vorlegt, wonach der Ehemann chronischer Alkoholist und deshalb geistig geschwächt sei.

4. **RG.** JW. **13** 749. Die Vernehmung von Zeugen kann nicht aus dem Grunde unterbleiben, weil das Gericht das Gegenteil von dem, was die Zeugen bekunden sollen, für wahr erachtet.

VI. Abs. 2. **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 175. Die Feststellung des Schiedsgerichts für Arbeiterversicherung, daß jemand als gewerblich beschäftigter „Arbeiter" anzusehen sei, ist für die ordentlichen Gerichte bindend.

§ 287. I. Anwendungsgebiet. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 682. Dem Kläger liegt der Nachweis der schuldhaften Handlungen oder Unterlassungen des Beklagten gemäß § 286 ob; dagegen findet hinsichtlich der Frage, ob und welcher Schaden entstanden ist, und ob ursächlicher Zusammenhang zwischen dem schuldhaften Tun des Schädigers und dem Schaden des Beschädigten besteht, der § 287 Anwendung.

2. Abmessung der Dauer einer Rente. a) **RG.** R. **13** Nr. 2610. Auch in der Frage, für wie lange eine zum Ausgleich einer Erwerbsminderung oder einer Erhöhung der Bedürfnisse bestimmte Rente zu gewähren sei, soll kein strenger und vollständiger Beweis verlangt, sondern nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände geschätzt werden, wobei häufig ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit genügen wird. Nur wenn das Gericht auch bei Berücksichtigung bloßer Wahrscheinlichkeitsgründe zu einem positiven Schätzungsergebnisse nicht zu gelangen vermag, ist eine Ablehnung unter Darlegung der der Schätzung entgegenstehenden Gründe gerechtfertigt (**RG. 68** 165, **76** 204). b) **RG.** EisenbE. **30** 107. Läßt sich eine Änderung der für die Bemessung der Haftpflichtrente maßgebenden Verhältnisse nicht erwarten, so ist ihre Zubilligung bis zum Ende der normalen Erwerbsfähigkeit gerechtfertigt.

3. Enteignungssachen. R. **13** Nr. 2133 (BayObLG.). Es wird daran festgehalten, daß auf die Wertbemessung in Enteignungssachen § 287 Anwendung findet. Auf unrichtige Vergleichung mit Nachbargrundstücken kann die Revision nicht gestützt werden.

II. Inhalt und Grenzen der Ermittelungspflicht des Gerichts. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 64. Wenn das Berufungsgericht selbst anerkannt hat, daß die erfolgreiche Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs rechtfertigen würde, so durfte es den Anspruch nicht wegen ungenügender tatsächlicher Begründung abweisen. Erschien ihm das von der Klägerin Vorgetragene nicht ausreichend, um die Frage der Entstehung eines Schadens in Anwendung der hier maßgebenden Vorschrift des § 287 zu beantworten, so hatte es gemäß § 139 auf eine Ergänzung des Klagevorbringens hinzuwirken. Vgl. JDR. **11** Nr. II 2, 3.

2. Ebenso **RG.** R. **13** Nr. 1177.

3. **RG.** R. **13** Nr. 981. Damit, daß das Gericht im Falle des § 287 an das Partei-

vorbringen nicht gebunden ist, sondern auch Umstände berücksichtigen kann, die nicht Gegenstand der Verhandlung und Beweisaufnahme gewesen sind (**RG. 9** 120, **10** 18, 21, 19), ist nicht gesagt, daß es insbesondere bei Prüfung des ursächlichen Zusammenhanges auch alle noch so entfernt liegende Möglichkeiten in den Kreis seiner Erörterungen zu ziehen habe, auch wenn sie von den Parteien nicht berührt sind.

§ 288. Literatur: Smoschewer, Zur Behandlung eventuellen Vorbringens im Prozesse, JW. **13** 246 ff.

I. Nichtbestreiten als Geständnis. **RG.** LeipzZ. **13** 148. Wenn der Tatbestand besagt, eine Partei habe entgegen ihrer anfänglichen Einlassung in der letzten mündlichen Verhandlung „nicht mehr bestritten", von einer Tatsache Kenntnis gehabt zu haben, so liegt ein gerichtliches Geständnis dieser Kenntnis vor. Denn eine Erklärung mit Nichtwissen würde im Hinblick auf § 138 Abs. 3 unzulässig gewesen sein.

II. Kein Geständnis über Rechtsbegriffe. **RG.** LeipzZ. **13** 614. Kein Geständnis, wenn beide Teile im Prozesse den Abschluß eines Vertrags behaupten. Es handelt sich nicht um ein Zugeständnis von Tatsachen, sondern um rechtliche Folgerungen, die aus mittels Auslegung festzustellenden Tatsachen zu ziehen sind.

III. Geständnis unter Vorbehalt. WürttRpflZ. **13** 98 (Stuttgart). Die Erklärung des Beklagten im vorbereitenden Verfahren, er erkenne an, die vom Kläger verlangten Beträge schuldig geworden zu sein, behalte sich aber die Einrede späterer Aufhebung der Ansprüche durch Verzicht vor, ist kein Anerkenntnis, auch kein gerichtliches Geständnis, wohl aber ein den Beklagten bindender gerichtlicher Dispositionsakt, dessen nächste Wirkung darin besteht, daß der Kläger der Darlegungs- und Beweispflicht überhoben ist.

IV. Muß jede Partei die von ihr aufgestellten Behauptungen auch gegen sich gelten lassen? (vgl. JDR. **11** Nr. V). 1. *Smoschewer, JW. **13** 246. Eine bestrittene und unerwiesene Behauptung darf nicht gegen die behauptende Partei derart verwertet werden, daß der Inhalt der Behauptung als Tatsache behandelt wird und aus dieser Tatsache wiederum weitere Schlüsse gezogen werden. Daher ist es auch unzulässig, einen eventuellen Einwand lediglich deshalb, weil er in Widerspruch mit einer prinzipalen Behauptung steht, zu verwerfen, ohne daß die Wahrheit der prinzipalen Behauptung festgestellt wird. Die entgegenstehende Entscheidung **RG. 78** 345, wonach die Partei ihre, wenn auch unerwiesene prinzipale Behauptung „gegen sich gelten lassen" und deshalb mit der widersprechenden eventuellen nicht gehört werden soll, ist unrichtig, steht auch nicht in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung, namentlich den Urt. **RG.** JW. **06** 746, **09** 729 und GruchotsBeitr. **37** 1240.

2. **RG. 82** 35. Als Klagegrund im Sinne der §§ 767, 768 können nicht Behauptungen vom Gerichte verwertet werden, die der Beklagte aufgestellt und der Kläger, wenngleich mit dem Zusatze, daß er den Beklagten daran festhalten wolle, bestritten hat.

§ 291. RG. JDR. **11** Nr. III jetzt auch LeipzZ. **13** 70.

§ 292. Literatur: Eckstein, Die Entkräftung der gesetzlichen Vermutung durch Gegenbeweis und Gegenvermutung, GruchotsBeitr. **57** 635—660. — Plosz, Die Natur der gesetzlichen Vermutungen. Festschrift für Wach II 3—42. Leipzig.

I. Allgemeines. 1. Begriff der gesetzlichen Vermutung. *Plosz. Die gesetzlichen Vermutungen sind nicht prozessualische, sondern materielle Rechtssätze. Sie befehlen dem Richter keine Fürwahrannahme und sind keine besonderen Beweislastvorschriften oder eine Art von gesetzlichen Beweisregeln. Sie sind eine Form der Gesetzestechnik für die Festsetzung des Tatbestandes einer Rechtsfolge. Es wird die Rechtsfolge neben dem vermuteten (ursprünglichen, idealen) Tatbestand auch an einen zweiten (praktikablen, gewöhnlich approximativ festgesetzten)

Tatbestand, den Ausgangstatbestand der Vermutung geknüpft, letzterer jedoch mit der Ausnahme (Einwendung) belastet, daß die Rechtsfolge nicht eintritt, wenn sich der vermutete Tatbestand nicht ereignet hat. Die Rechtsvermutungen haben im wesentlichen dieselbe rechtliche Natur.

2. Die Entkräftung der gesetzlichen Vermutung durch Gegenbeweis und Gegenvermutung. *Eckstein, GruchotsBeitr. **57** 635 ff. Die gesetzlichen Vermutungen zerfallen in gesetzliche Annahmen und eigentliche gesetzliche Vermutungen. Als gesetzliche Annahmen sind anzusehen: §§ 16, 18, 19, 20, 891, 938, 1006, 1591 Abs. 2, 1720 Abs. 2, 1964, 2365 BGB. Gesetzliche Vermutungen sind: §§ 484, 921, 1253, 1362, 1527, 1540, 2009 BGB.; §§ 459 Abs. 2, 694 Abs. 2, 774 Abs. 2, 787 Abs. 1, sowie 344 Abs. 1 HGB.; § 7 Abs. 3 KO.; §§ 437 und 440 ZPO. Die gesetzlichen Annahmen können durch Gegenbeweis widerlegt werden. Die gesetzlichen Vermutungen werden durch Gegenbeweis widerlegt, durch Gegenvermutung entkräftet. Im ersten Falle erfolgt die richterliche Entscheidung daraufhin, daß das Gegenteil der fraglichen Behauptung erwiesen ist, im letzteren Falle kann sie daraufhin erfolgen, daß die fragliche behauptete Tatsache nicht hinreichend bewiesen ist. Das richterliche Beweiswürdigungsrecht lebt wieder auf. Der Geltungsbereich der gesetzlichen Annahmen ist auf ihren unmittelbaren Gegenstand beschränkt. Keine Wirkung gegen Dritte. De lege ferenda vgl. S. 659, 660.

II. R. **13** Nr. 713 (Stuttgart). Die Rechtsregel, wonach eine Vermutung dafür besteht, daß eine einmal begründete Verbindlichkeit oder Berechtigung noch fortbesteht, ist nicht entsprechend anwendbar, wenn es sich nur darum handelt, ob in einem gewissen Zeitraum eine Tatsache bestanden hat, deren Bestehen gewisse Rechtsfolgen hätte.

§ 293. I. *Schultzenstein, BuschsZ. **43** 311. Es handelt sich nicht um Anwendung der Untersuchungsmaxime, sondern um eine begrifflich verschiedene Amtspflicht. Vgl. zu § 128.

II. Keine Fragepflicht bei der Ermittlung ausländischen Rechtes. **RG. 80** 262. Für die Anwendung des § 139 ist im Falle der Ermittlung des ausländischen Rechtes kein Raum, da es lediglich Sache des pflichtmäßigen Ermessens des erkennenden Gerichts ist, darüber zu befinden, in welcher Weise es sich die Kenntnis von dem Inhalt und der Bedeutung des ausländischen Rechtes verschaffen will.

III. Antretung des Beweises für das Bestehen einer Observanz. **RG.** JDR. **11** Nr. II 3 jetzt auch LeipzZ. **13** 69.

§ 294. I. Über den Unterschied von Beweis und Glaubhaftmachung vgl. *Dickel, Rechtsf. Heft 1, Erl. 78 ff., 93, 266, 330 ff.

II. Mittel der Glaubhaftmachung. 1. SchlHolstAnz. **13** 56 (Kiel). Eine Glaubhaftmachung durch eidesstattliche Versicherung kann wirksam auch durch Überreichung der schriftlichen Erklärung erfolgen.

2. Glaubhaftmachung durch eidesstattliche Versicherung des Pfändungsschuldners und seiner Ehefrau. KGBl. **13** 24 (KG.). Daß der Vorderrichter die eidesstattliche Versicherung des Schuldners und seiner Ehefrau nicht als ausreichende Glaubhaftmachung des von dem Kläger geltend gemachten Anspruchs erachtet hat, kann bei dem naheliegenden Interesse des Schuldners und seiner Ehefrau daran, daß die Zwangsvollstreckung in die in ihrer Wohnung befindlichen Gegenstände nicht weiter durchgeführt würde, nicht beanstandet werden.

III. Widerlegung der Glaubhaftmachung. **RG. 82** 268. Auch für die Widerlegung der Glaubhaftmachung sind die Vorschriften des § 294, insbesondere auch der Abs. 2 maßgebend.

§ 295. I. Auch Widerspruch gegen die Beeidigung eines Zeugen steht dem Verzicht auf die Rüge der Nichtbeeidigung gleich. **RG.** R. **13** Nr. 715. Hat eine Partei der Beeidigung eines Zeugen (Sachverständigen) widersprochen, z. B. weil der Zeuge (Sachverständige) der Begünstigung verdächtig sei (§§ 384 Ziff. 2, 393 Ziff. 3), so kann sie das Unterbleiben der Beeidigung nicht mehr rügen.

II. Erhaltung des Rügerechts. OLG. **27** 60, HansGZ. **13** Beibl. 110 (Hamburg). Kein Verlust des Rügerechts gegenüber der gemäß § 176 formwidrigen Zustellung eines Versäumnisurteils durch Nichtausübung in der nächsten Verhandlung, wenn die Verhandlung auf Grund des vor der Zustellung des Versäumnisurteils eingelegten Einspruchs stattgefunden hat und in ihr auf die Zustellung nicht Bezug genommen ist.

III. Verfahrensvorschrift. **RG.** DJZ. **13** 1267, R. **13** Nr. 2902. Die Verwertung einer in einem anderen Prozeß abgegebenen Zeugenaussage im Wege des Urkundenbeweises stellt keine die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift dar.

§ 297. OLG. **27** 114 (Colmar). Die Vorschrift bezieht sich nur auf die „Sachanträge", die ein bestimmtes sachliches Klagebegehren enthalten. Sie bezieht sich nicht auf die Prozeßanträge (z. B. Vertagungsanträge) und vor allem auch nicht auf die rein negativen Gegenanträge, die auf Abweisung der Klage, der Berufung usw. gerichtet sind (Stein II a 2, Seuffert [1] zu § 297).

§ 299. I. Unter welchen Voraussetzungen müssen die Gerichte dem Ersuchen des Vorstandes einer Berufsgenossenschaft um Aktenübersendung entsprechen? Thür. Bl. **60** 17 (Jena). Das Ersuchen der Berufsgenossenschaft um Übersendung der Akten stützt sich nicht auf § 299, sondern auf § 144 GewUVG. Wenn § 299 von Dritten (im Gegensatze zu den Parteien) spricht, so denkt er nicht an öffentliche Behörden. Diese brauchen, wenn sie Akten einsehen wollen, nicht erst ein rechtliches Interesse glaubhaft zu machen. Ihr Recht dazu folgt ohne weiteres aus der Verpflichtung der öffentlichen Behörden, sich gegenseitig bei Durchführung ihrer dienstlichen Obliegenheiten zu unterstützen. Diese Verpflichtung ergibt sich ganz naturgemäß für die Behörden eines und desselben Staates, die dieselbe Staatsgewalt vertreten und gemeinsam darauf bedacht sein müssen, die Ziele der Staatsgewalt zu fördern. Ob sie über den Rahmen des Einzelstaates hinaus nach der Reichsverfassung auch allgemein für die Behörden des Reiches und der Bundesstaaten gilt, auch soweit besondere Vorschriften sie nicht festsetzen, kann dahingestellt bleiben, da für das Gebiet der Unfallversicherung jedenfalls im § 144 GewUVG. eine besondere gesetzliche Anordnung besteht.

II. Anspruch auf Abschrift des Armenrechtsgesuchs (vgl. JDR. **11** Nr. III). OLG. **26** 170 (Posen). Dem Anwalte liegt es ob, den ihm anvertrauten Prozeß sachdienlich zu führen. Hierzu gehört vor allem eine genaue Kenntnis des Streitgegenstandes. Diese sich zu beschaffen, ist er nicht nur auf den oft langwierigen Weg der Parteiinformation angewiesen, wenn er sie auf andere Weise schneller für die Erhebung der Klage erlangen kann. Ihm steht vielmehr frei, sie sich auch aus den dem Armenrechtsgesuche zugrunde liegenden Eingaben der Partei zu entnehmen. Daß er sich hierzu lediglich der Akteneinsicht zu bedienen hat, ist vom Gesetze nicht gefordert. Es muß daher seinem eigenen pflichtgemäßen Ermessen überlassen bleiben, ob er zu seiner sachdienlichen Information, die unumgänglich notwendig ist, für die Förderung des Prozesses eine Abschrift aus den Akten erforderlich hält. Eine solche würde auch zu dem Zwecke geboten sein, um den Beweis der Übereinstimmung der Klageschrift mit dem Inhalte der Information auch nach

einer etwa früheren Vernichtung der Prozeßakten als der Handakten jederzeit führen zu können.

III. Mehrere Urteilsausfertigungen (vgl. JDR. **11** Nr. IV). 1. Für Zulässigkeit des Gesuchs. **a)** SächsOLG. **34** 94 (Dresden). Das Gesuch um Erteilung einer Abschrift des Urteils neben der vollstreckbaren Ausfertigung darf nicht abgelehnt werden. Wenn auch die Zustellung des Urteils auf Betreiben der Parteien zu geschehen hat, so folgt daraus noch nicht, daß es den Parteien versagt sein solle, sich die dazu erforderliche Abschrift durch den Gerichtsschreiber erteilen zu lassen. **b)** KGBl. **13** 69 (LG. III Berlin). Die Abweisung des Antrags auf Erteilung zweier weiterer Ausfertigungen läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn für die Partei kein erkennbares Interesse vorliegt. Die Partei hat aber ein Interesse daran, für die Zustellung des Urteils zwei Ausfertigungen ohne Gründe zu bekommen und eine Ausfertigung mit Gründen für sich zu behalten.

2. Dagegen OLG. **27** 84 (KG.). Auf Erteilung einer einfachen, zur Zustellung zu benutzenden Ausfertigung des Urteils neben der vollstreckbaren haben die Parteien keinen Anspruch. Nach § 299 können sich allerdings die Parteien Ausfertigungen in beliebiger Anzahl erteilen lassen. Damit ist jedoch eine Prüfung des Gerichts, ob im einzelnen Falle die Erteilung mehrerer Abschriften sachdienlich ist oder zu mißbräuchlichem Zwecke beantragt wird, keineswegs ausgeschlossen. Hier muß der Zweck des Antrags als ein mißbräuchlicher angesehen werden. Der Kläger hat die beantragte Ausfertigung nicht nötig; seine Prozeßbevollmächtigten sind, da die auf Betreiben der Parteien erfolgende Zustellung des Urteils in der Übergabe einer beglaubigten Abschrift besteht, in der Lage, die Abschrift durch ihr Bureau fertigen zu lassen und selbst zu beglaubigen (§ 170 Abs. 2). Würde dem Antrage stattgegeben, so würde dies außerdem zu dem unbilligen Ergebnisse führen, daß die Prozeßbevollmächtigten des Klägers auf Kosten ihrer Partei, welche auf Erstattung des unterlegenen Gegners nicht zu rechnen hat, von einer ihnen obliegenden und durch den Pauschsatz abgegoltenen Leistung befreit würden.

IV. Abwälzung der Schreibarbeit auf das Gericht. KGBl. **13** 62 (KG.). § 299 ist dann nicht anzuwenden, wenn durch die beantragte Erteilung einer Abschrift die einer Partei obliegende Schreibarbeit auf das Gericht abgewälzt würde. Das ist hier der Fall. Die mit dem Schriftsatze vom 14. Mai 1912 überreichte Notariatsurkunde von nicht bedeutendem Umfange hätte vom Kläger nach § 131 Abs. 1 der Beklagten mit dem Schriftsatze zugestellt werden müssen. Unerheblich ist es, daß sich die Beklagte oder deren Anwalt zur Tragung der Kosten erboten hat.

V. Vorlegung einer Vollmachtsurkunde des Prozeßbevollmächtigten ist nicht erforderlich. KGBl. **13** 119 (KG.). Es bedarf nach Erledigung des landgerichtlichen Prozesses keiner schriftlichen Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten zum Antrag auf Erteilung von Abschriften aus den Gerichtsakten.

VI. Rückgabe von Urkunden aus Prozeßakten. RheinA. **110** 321 (Cöln). Eidesstattliche Versicherungen, die einem Gesuche um Bewilligung des Armenrechts beigefügt sind, „gehören nicht zu den Gerichtsakten" (§ 21 Abs. 14 GeschO. f. GSchr. vom 22. Oktober 1906 — JMBl. **06** 393 ff. —) und müssen demjenigen, der sie überreicht hat, auf Antrag wieder herausgegeben werden, nachdem sie für den Zweck, zu dem sie vorgelegt wurden, überflüssig geworden sind.

Zweiter Titel. Urteil.

§ 300. Eventualaufrechnung. Wirksamkeit eines Prozeßvertrags dahin, daß für den Fall der Zulässigkeit der Aufrechnung diese ohne Prüfung der Höhe der Klage-

forderung, jedoch unter Vorbehalt der Parteirechte im übrigen, in dem anhängigen Rechtsstreite durchgeführt werden solle. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1072, HansGZ. **13** Beibl. 296, JW. **13** 338, SächsRpflA. **13** 98. Es ist zwar anerkannt Rechtens, daß über eine Aufrechnung nicht entschieden werden darf, solange die Forderung, die durch Aufrechnung getilgt werden soll, nicht nach Grund und Betrag feststeht. Denn es liegt insolange Entscheidungsreife nicht vor. Es ist ferner mit der Rechtsprechung und der Literatur anzuerkennen, daß dieser Rechtssatz zwingendes Recht enthält. Einem Parteiverzichte kommt daher keine Bedeutung zu. Hier liegt jedoch ein Prozeßvertrag besonderer Art vor. Die Parteien stritten in der Berufungsinstanz ernstlich am Ende nur noch über die Zulässigkeit der Aufrechnung. Sie wollten, wenn sich wider Erwarten über die Höhe der Klageforderung doch noch eine Fortsetzung des Streites als nötig erweisen sollte, die Entscheidung darüber einem neuen Rechtsstreite vorbehalten; in diesem anhängigen Prozeß aber sollte über die Höhe der Klageforderung nicht mehr gestritten und nicht entschieden werden, die Höhe der Klageforderung sollte für diesen anhängigen Rechtsstreit als feststehend behandelt werden. Eine Vereinbarung dieses Inhalts konnten die Parteien treffen. Deshalb hatte der Berufungsrichter sich mit der Höhe der Klageforderung nicht mehr zu befassen, weil sie für diesen Prozeß feststand.

§ 301. I. Unzulässigkeit des Teilurteils. 1. Zwischenurteil. OLG. **27** 93 (Colmar). Ein Teilurteil zu erlassen ist weder dann statthaft, wenn durch die zu treffende Entscheidung nur ein einzelnes Element für das künftige Endurteil geschaffen wird, noch dann, wenn keine Mehrheit von Ansprüchen, sondern nur e i n Anspruch vom Kläger geltend gemacht wird, und von den mehreren im Klagantrage zum Ausdrucke gebrachten Begehren das eine sich als grundlegend darstellt, die übrigen aber nur als Folge aus ihm abgeleitet werden. In einem Falle der letzten Art enthält die Entscheidung über den grundlegenden Antrag lediglich einen der Vollstreckung nicht fähigen Ausspruch über das Vorhandensein von rechtlichen Voraussetzungen des Klagebegehrens.

2. Kein Teilurteil über die Klage, wenn die Widerklage denselben Gegenstand betrifft. SeuffA. **68** 247 (Stettin). Mit der Klage wird verlangt, daß die Beklagte ihr nicht in Pilsen gebrautes Bier nicht als „Pilsener" oder als „nach Pilsener Art" gebraut bezeichnen sollte, während mit der Widerklage die Feststellung begehrt wird, daß die Beklagte berechtigt sei, ihr nach Pilsener Art gebrautes Bier als „Stettiner Elysium-Pilsener" oder Stettiner Elysium nach Pilsener Art" zu bezeichnen. Der Klaganspruch und das Begehren der Widerklage schließen sich demnach gegenseitig aus, so daß die Erlassung eines Teilurteils nur über die Klage unzulässig ist.

II. Ergänzung eines Teilurteils vgl. § 321 Nr. III.

III. Teil- oder Zwischenurteil? WürttJ. **25** 315 (Stuttgart). Als ein der Berufung selbständig unterliegendes Teilurteil im Sinne des § 301 erscheint die Entscheidung nur dann, wenn dadurch ein bestimmter Teil des Klaganspruchs endgültig entschieden ist. Die bestimmte Bezeichnung des Teilanspruchs, der durch das Teilurteil erledigt sein soll, wird bei einem auf eine feste Summe lautenden Klagantrag in der Regel durch ziffermäßige Angabe des Betrags, über den entschieden ist, erfolgen; allein notwendig ist dies nicht, es genügt, wenn in einer Zweifel ausschließenden Weise gesagt ist, welcher Teil des Klagantrags abgewiesen oder zuerkannt werden will. Diesem Erfordernis ist genügt, wenn das Urteil die Klage, „soweit sie die Vergütung für die Dacheindeckung R zum Gegenstande hat", wegen örtlicher Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts abweist, im übrigen die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit verwirft.

§ 302. OLG. 27 94 (Königsberg). Rechtlicher Zusammenhang im Sinne des § 302 liegt vor, wenn die Klageforderung aus dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Tausch hergeleitet ist, während Beklagter die Gegenforderung darauf stützt, daß die Klägerin ihn eben bei diesem Vertrag arglistig getäuscht habe. Das durch diesen Vertrag zwischen den Parteien begründete Rechtsverhältnis und die infolgedessen eingetretene tatsächliche Rechtslage ist die gemeinschaftliche Grundlage, auf die sich die Klage- wie die Gegenforderung aufbaut.

§ 303. I. Zulässigkeit des Zwischenurteils. 1. **RG.** WarnE. **13** 155. Der Einwand der sog. Vorteilsausgleichung bildet ein selbständiges Verteidigungsmittel, über das in einem besonderen Zwischenurteil entschieden werden kann.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1488. Darüber, ob eine Anfechtung nach § 3 AnfG. verspätet ist, wie der Beklagte einwendet, kann Zwischenurteil nach § 303 ergehen.

3. **RG.** BreslauAK. **13** 65. Ein Zwischenurteil in Ehesachen dahin: „Die Scheidungsklage der Klägerin ist aus § 1568 BGB. begründet" ist zulässig.

II. Unzulässiges Zwischenurteil. **RG.** **82** 206. Bei einer Klage des Fiskus auf Ersatz der Kosten des Wiederaufbaues einer abgebrannten Kirche, die sowohl auf die ihm obliegende Baulast als auch auf die Abtretung der Ansprüche des Eigentümers gestützt ist, ist ein Zwischenurteil, das die Beklagten unter Offenlassung der Klageberechtigung des Fiskus „dem Eigentümer und dem Baulastpflichtigen" zum Ersatze des durch den Brand eines Teiles der Kirche entstandenen Schadens für verpflichtet erklärt und ferner ausspricht, daß den Beklagten auch in Beziehung auf den Brand des anderen Teiles der Kirche eine Fahrlässigkeit zur Last falle, unzulässig. Ohne die Klageberechtigung entbehrt der ganze Anspruch der Grundlage. Mit der Entscheidung des herausgeschnittenen Teiles des Streitstoffs wird eine von dem übrigen Vorbringen unabhängige Grundlage für die Endentscheidung nicht gewonnen; es handelt sich vielmehr nur um einen selbständigen Bestandteil der Gesamtentscheidung, der nach § 303 Gegenstand einer besonderen Entscheidung durch Zwischenurteil nicht sein kann. Dies gilt noch mehr von dem Ausspruche der Fahrlässigkeit in Beziehung auf den Brand des anderen Teiles der Kirche, der außer der Klageberechtigung gerade diese Beziehung, nämlich den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Fahrlässigkeit und dem Brande dieses Teiles noch offen läßt. Ohne die ursächliche Beziehung der Versäumung einer Verkehrspflicht zu einem bestimmten schädlichen Erfolge kann von einem Verschulden im Rechtssinne nicht gesprochen werden; es ist also nicht einmal eine Fahrlässigkeit, sondern nur ein zunächst rechtlich belangloses Verhalten der Beklagten festgestellt, das rechtliche Bedeutung erst durch den Hinzutritt der ursächlichen Beziehung gewinnen kann.

III. § 303 oder § 304? **RG.** JDR. **11** Nr. V 2 jetzt auch HansGZ. **13** Beibl. 31.

§ 304. Literatur: Schuntner, Die Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs. München 1913.

I. Zulässigkeit der Vorabentscheidung. Streit nach Grund und Betrag. Allgemeines. 1. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Zwischenurteils nach § 304 sind von Amts wegen zu prüfen. ElsLothJZ. **13** 188 (Colmar). Die Einigkeit der Parteien darüber, daß zunächst über den Grund des Anspruchs erkannt werden solle, entbindet das Gericht nicht von der selbständigen Prüfung darüber, ob die Voraussetzungen für den Erlaß eines Zwischenurteils nach § 304 gegeben sind.

2. Widerspruchsklage nach § 878 ZPO. BayRpflZ. **13** 258 (Augsburg). Ein nach Grund und Betrag streitiger Anspruch liegt auch bei einem Wider-

sprüche gegen den Teilungsplan (§ 878) vor, wenn die eingesetzte Forderung nicht nur hinsichtlich des Schuldgrundes, sondern auch der Ziffer beanstandet wird.

3. Vorabentscheidung über die Widerklage. **RG.** Gruchots Beitr. **57** 1063, JW. **13** 750, LeipzZ. **13** 614. Wird derselbe Anspruch teils aufrechnungsweise, teils im Wege der Widerklage, nämlich soweit er den zwecks Aufrechnung geltend gemachten Betrag übersteigt, geltend gemacht, so kann eine Vorabentscheidung über den Grund der Widerklage nur dann erfolgen, wenn feststeht, daß die Höhe der Gegenforderung die der Klageforderung übersteigt, daß also nach durchgeführter Aufrechnung für die Widerklage selbst noch etwas übrig bleibt. (So auch Skonietzki u. Gelpcke, ZPO. § 304 Anm. 1.)

4. **RG.** R. **13** Nr. 2899. Ist von einem ziffermäßig berechneten Schadensersatzanspruche mit der Klage nur ein Teil geltend gemacht und hat der Beklagte widerklagend die Feststellung verlangt, daß dem Kläger ein Anspruch auch auf den weiteren Schadensbetrag nicht zustehe, so rechtfertigt die Feststellung, daß die Klage dem Grunde nach gerechtfertigt sei, noch nicht die Abweisung der Widerklage. Erst wenn feststeht, daß der Schaden den Klagebetrag übersteigt, kann eine Abweisung der Widerklage in Frage kommen, und zwar für den den Klagebetrag übersteigenden Betrag des Schadens. Würde schon mit dem Grundurteil über die Klage die Widerklage abgewiesen, so würde die Rechtskraft dieses Abweisungsurteils die positive Feststellung des mit der Widerklage bekämpften Anspruchs des Klägers bedeuten (**RG. 78** 396).

5. Streitiger Betrag. a) **RG.** BayRpflZ. **13** 379, GruchotsBeitr. **57** 1079, JW. **13** 928. Ein Anspruch ist auch dann nach Grund und Betrag streitig, wenn der Betrag zwar nicht beziffert ist, aber für das angerufene richterliche Ermessen die erforderlichen tatsächlichen Unterlagen in dem Parteivorbringen beschafft sind. **b) RG.** R. **13** Nr. 2898. § 304 setzt nicht voraus, daß die Betragsziffer streitig sei; auch dann ist ein Betrag streitig, wenn er dem Beklagten gegenüber, der durch seinen Antrag auf Klagabweisung kundgibt, nichts zahlen zu wollen, erst richterlich festgesetzt werden soll. **c) RG.** JW. **13** 750. Wie in der neueren Rechtsprechung des RG. schon wiederholt ausgesprochen worden ist (JW. **11** 459; vgl. auch SeuffA. **64** 158), braucht der Schaden im Klagantrage nicht unbedingt beziffert zu sein. Es genügt, den Anspruch im Antrage zusammen mit den Angaben über seinen Gegenstand und Grund so bestimmt zu kennzeichnen, daß auf Grund dieser tatsächlichen Unterlagen der Betrag durch richterliches Ermessen festgestellt werden kann. **d) RG.** EisenbE. **29** 428. § 304 setzt voraus, daß ein bestimmter Betrag gefordert und dieser bestritten ist. Dazu genügt aber, wenn die tatsächlichen Unterlagen für die qualitative und quantitative Abgrenzung des Anspruchs so vollständig vorliegen, daß er gehörig individualisiert ist und seinem Betrage nach durch richterliches Ermessen, event. unter Zuziehung von Sachverständigen, bestimmt werden kann.

6. § 303 oder § 304? s. § 303 Nr. III.

II. Reife zur Vorabentscheidung. 1. Es genügt die Wahrscheinlichkeit der Feststellbarkeit irgendeines Betrags. **RG.** FrankfRundsch. **47** 1. Damit ein nach Grund und Betrag streitiger Anspruch durch Urteil nach § 304 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden kann, ist zwar erforderlich, daß anzunehmen ist, er werde sich auch der Höhe nach wenigstens zu irgendeinem Betrage nachweisen lassen, es genügt aber, daß dies eben zu irgendeinem Betrage der Fall sein wird.

2. Mehrheit von Ansprüchen. Hinsichtlich jedes einzelnen Anspruchs müssen die Voraussetzungen für den Erlaß eines Grundurteils vorliegen. **a) RG.** FrankfRundsch. **47** 1. Sind in einer Klage mehrere nach Grund und Betrag streitige Ansprüche

erhoben, so muß in bezug auf jeden einzelnen Anspruch anzunehmen sein, er werde sich auch der Höhe nach wenigstens zu irgendeinem Betrage nachweisen lassen. Anders verhält es sich, wenn der Kläger nicht mehrere selbständige, sondern einen einheitlichen Anspruch erhebt, der sich zwar rechnungsmäßig aus einer Reihe von Einzelposten zusammensetzt, bei dem aber die Einzelposten nicht selbständige Ansprüche darstellen, sondern nur als Rechnungsgrößen bei Feststellung der Gesamthöhe des Anspruchs in Betracht kommen. Hier genügt für den Erlaß der Vorabentscheidung, daß auch nur irgendein Teil dieses einheitlichen Anspruchs für begründet erachtet wird. b) **RG.** JW. **13** 429, LeipzZ. **13** 387. Wenn es sich um fünf einzelne, nur in eine Gesamtsumme zusammengefaßte Schadensersatzansprüche handelt, von denen jeder auf eine der fünf vom Beklagten veranlaßten Kündigungen gestützt wäre, so müßte allerdings, wenn ein den ganzen Klaganspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärendes Urteil erlassen werden sollte, als Grundlage der fünf Einzelansprüche festgestellt werden, daß der Beklagte jede der fünf Kündigungen pflichtwidrig herbeigeführt und dadurch der Klägerin Schaden zugefügt habe (**RG. 58** 229). Es handelt sich hier aber um einen einheitlichen, auf einheitlicher Vertragsverletzung beruhenden Klaganspruch. Daher genügte es zur Erlassung eines den ganzen Anspruch betreffenden Urteils nach § 304, wenn das Berufungsgericht feststellte, daß der Beklagte zwei der fraglichen Kündigungen veranlaßt hatte, zumal gerade diese beiden Kündigungen vorzugsweise den Schaden der Klägerin veranlaßt haben. Die Frage, ob der Beklagte auch die drei übrigen Kündigungen veranlaßt hat, betrifft, wenngleich sie auch den Grund des Anspruchs mitberührt, so doch vorwiegend den Betrag des der Klägerin entstandenen Schadens; sie konnte daher, wie auch in der Rechtsprechung des RG. für ähnliche Fälle anerkannt ist, dem Verfahren über den Betrag des Anspruchs vorbehalten bleiben. Vgl. JW. **98** 601, **03** 239, **95** 518. c) **RG.** GruchotsBeitr. **57** 711, JW. **13** 99. Hat die Klägerin gegen die Beklagte nicht auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten wegen allen der Klägerin entstandenen und noch entstehenden Schadens geklagt, sondern mit der Klage ganz bestimmte, ziffermäßig begrenzte Ansprüche erhoben, so daß durch das Urteil nur über diese konkreten Ansprüche entschieden und keine darüber hinausgehende Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten getroffen werden kann (§ 308), so ist eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs gemäß § 304 nur mit der Wirkung möglich, daß die in der Klage geltend gemachten Ansprüche ihrem Grunde nach als gerechtfertigt festgestellt werden, und zwar erstreckt sich die Wirkung des Zwischenurteils auf die eingeklagten Ansprüche nur in dem Umfange, wie sie zur Zeit der Erlassung des Urteils anhängig waren. Da aber die Klägerin mit der Klage nicht nur einen, sondern mehrere Ersatzansprüche geltend gemacht hat, so setzt der Erlaß des Zwischenurteils, sofern dieses nicht ausdrücklich auf den Grund eines oder einzelner der erhobenen Ansprüche beschränkt wird, für jeden der mit der Klage geltend gemachten Ansprüche die Feststellung voraus, daß die Entstehung eines Anspruchs auf Grund der Klagebehauptungen als nachgewiesen anzusehen sei (**RG. 58** 232, **63** 198).

3. Mitwirkendes Verschulden. a) **RG. 81** 269. Die Entscheidung über die Frage, ob bei der Entstehung eines Schadens ein ursächliches Verschulden des Klägers mitgewirkt hat, muß in dem Verfahren über den Grund getroffen werden (**RG. 53** 116, **62** 148). Handelt es sich dagegen lediglich um die Frage, um welche Summe der Geschädigte den bereits entstandenen Schaden zu mindern schuldhaft unterlassen hat, so steht insoweit lediglich die ziffermäßige Höhe des Schadens in Frage; die Entscheidung hierüber kann dem Verfahren über den Betrag vorbehalten werden. b) **RG. 82** 193. Die Frage des mitwirkenden Verschuldens kann dann dem Nachverfahren vorbehalten werden, wenn sie zugleich den Betrag des Schadens berührt.

4. Entbehrlichkeit der zeitlichen Begrenzung eines Rentenanspruchs im Grundurteile. a) **RG.** EisenbE. **13** 450, FrankfRundsch. **47** 101, R. **13** Nr. 872. Bei der Entscheidung über den Grund des Anspruchs kann eine zeitliche Begrenzung des Anspruchs des Klägers auf Zahlung einer Rente unterbleiben, wenn das Gericht die Nichtbeifügung einer zeitlichen Grenze damit begründet, daß zur Zeit des Unfalls der Kläger als ein 66 jähriger Mann nur noch einen so geringen Erwerb gehabt habe, daß, abgesehen von außerordentlichen Vorkommnissen, angenommen werden dürfe, er werde den gleichen Erwerb bis zuletzt behalten. b) HessRspr. **13** 339 (Darmstadt). In dem Verfahren über den Grund ist festzulegen, von welcher Zeit an die Rente zu gewähren ist (**RG.** JW. **04** 575), während zweckmäßig die Festsetzung der zeitlichen Grenze, bis zu der die Rente zu gewähren ist, der Verhandlung über den Betrag zu überlassen ist. c) **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1065, JW. **13** 137. Die Festsetzung der Dauer einer nach dem HaftpflG. zu gewährenden Rente kann dem Verfahren über den Betrag des Anspruchs vorbehalten werden. d) Ebenso BadRpr. **13** 149 (Karlsruhe). e) LeipzZ. **13** 92 (Colmar). In den Bereich der Höhe der Entschädigung fällt auch die Frage der Dauer der Erwerbsunfähigkeit des Verletzten (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1112, JW. **09** 199).

5. Entscheidung, ob Rente oder Kapitalabfindung. **RG.** EisenbE. **13** 440. Die Entscheidung der Frage, ob Kapitalabfindung oder Rente zu gewähren sei, wird zweckmäßig im Nachverfahren ausgetragen. Jedenfalls ist ihre Zuweisung an das Nachverfahren unbedenklich.

6. Ausgleichung beiderseitiger Vorteile und Nachteile. **RG.** R. **13** Nr. 1630. Handelt es sich nicht um Aufrechnung im eigentlichen Sinne, sondern um Ausgleichung beiderseitiger Vorteile und Nachteile zwecks Schadensermittlung, so genügt für den Erlaß eines Zwischenurteils die Überzeugung, daß sich nach weiterer tatsächlicher Aufklärung des gesamten Sachverhalts ein erstattungsfähiger Schadensbetrag für den Berechtigten ergeben wird. Unstatthaft ist ein Zwischenurteil sogar dann nicht, wenn das Gericht mit der Möglichkeit rechnet, daß sich bei der Beweisaufnahme ein nachweisbarer Schadensersatz nicht herausstellen wird (JW. **98** 141).

7. Zurückbehaltungsrecht. **RG.** R. **13** Nr. 376. Das wegen Abtretung der Bereicherungsansprüche nach § 255 BGB. dem Beklagten etwa zustehende Zurückbehaltungsrecht steht dem Erlasse des Zwischenurteils über den Grund des Schadensersatzanspruchs nicht entgegen. Es ist darüber im Verfahren über den Betrag zu entscheiden.

8. Beschränkte Haftung des Reeders oder Schiffseigners. **RG.** LeipzZ. **13** 847. Die Frage der beschränkten Haftung des Reeders oder Schiffseigners gehört zum Grunde des Anspruchs; wird ein Anspruch auf Geldzahlung ohne Vorbehalt der beschränkten Haftung dem Grunde nach festgestellt, so bedeutet dies, daß der Schuldner vorbehaltlich der Frage des Betrags persönlich und unbeschränkt zur Zahlung verpflichtet ist. Eine solche Feststellung darf aber in den Fällen des § 486 HGB. und § 4 BinnenSchG. nur erfolgen, wenn es außer Zweifel ist, daß einer der gesetzlichen Ausnahmefälle vorliegt, in denen der Reeder (Schiffseigner) persönlich und unbeschränkt haftet.

9. **RG.** EisenbE. **13** 446, R. **13** Nr. 871. Ob für die Unterhaltsrente der Kinder des Getöteten auch der Zuschuß in Betracht kommt, den er bei Lebzeiten aus dem Vermögen seiner Frau bezog, kann dem Nachverfahren überlassen werden.

III. Das Nachverfahren. 1. Unbeschränkte Zulässigkeit von Einwendungen, die nach Erlaß des Zwischenurteils entstanden sind. **RG.** EisenbE. **29** 348, GruchotsBeitr. **57** 1065. Nach Erlaß des Zwischenurteils entstandene Einreden, die den Grund des Anspruchs betreffen,

können noch in dem Verfahren über den Betrag geltend gemacht werden. Die gegenteilige Ansicht würde einen durch nichts gerechtfertigten Formalismus bedeuten; denn alsdann wäre das in diesem Verfahren ergehende Endurteil sofort nach seiner Verkündung wiederum der Anfechtung auf Grund des § 323 ausgesetzt.

2. Rechtskraft des Grundurteils. a) **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1065. Neue selbständige Ansprüche oder bloße Rechnungsposten in einer Schadensaufstellung werden nicht von der Rechtskraft des Grundurteils (§ 304) betroffen. b) ElsLothJZ. **38** 388 (Colmar). Der erst nach Rechtskraft des Grundurteils im Verfahren über den Betrag geltend gemachte Einwand, der Anspruch sei teilweise kraft Gesetzes auf einen anderen Gläubiger übergegangen, ist unzulässig.

§ 305. Vgl. *Jahn, Aufschiebende Einreden aus §§ 2014, 2015 BGB., s. oben §§ 2014, 2015 BGB. Ziff. 2 b.

§ 307. I. Wann liegt ein Anerkenntnis vor? R. **13** Nr. 1781 (Colmar). Sind die Parteien darüber „einig", daß der Beklagte den Schaden zu ersetzen habe, so liegt ein Anerkenntnis des Klaganspruchs dem Grunde nach vor, durch das die Frage, ob der Beklagte zum Schadensersatze verpflichtet ist, der richterlichen Beurteilung entzogen ist.

II. Anerkenntnis unter Vorbehalt einer Einrede? Württ. RpflZ. **13** 98 (Stuttgart). Ein prozessuales Anerkenntnis im Sinne des § 307 liegt nur vor, wenn der Beklagte sich dadurch jeder Verteidigung gegen den Anspruch begibt. Ein Anerkenntnis vorbehaltlich einer Einrede genügt nicht.

§ 308. I. **RG.** JW. **13** 212. Wenn die Klage auf Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung gestützt ist, so darf das Gericht nicht den Kläger wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft für berechtigt erklären, den Kauf zu wandeln. Der Anspruch aus einer Anfechtung des Kaufvertrags und der auf Wandelung sind in ihren tatsächlichen Voraussetzungen und Wirkungen verschiedene Ansprüche.

II. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 711. Wenn die Klägerin gegen die Beklagte nicht auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten wegen allen der Klägerin entstandenen und noch entstehenden Schadens geklagt, sondern mit der Klage ganz bestimmte, ziffermäßig begrenzte Ansprüche erhoben hat, so kann durch das Urteil nur über diese konkreten Ansprüche entschieden und keine darüber hinausgehende Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten getroffen werden.

§ 313. I. Bezeichnung der Prozeßbevollmächtigten (Abs. 1 Ziff. 1). **RG.** JW. **13** 501, LeipzZ. **13** 471. Eine unrichtige Angabe der Prozeßbevollmächtigten ist unschädlich. Dies schon um deswillen, weil jede Partei weiß, wie ihr Anwalt heißt, und weil ihr auch der Anwalt des Gegners durch die gewechselten Schriftsätze dem Namen nach bekannt ist.

II. Bezeichnung der Richter (Abs. 1 Ziff. 2). OLG. **26** 394 (Breslau). Namentliche Aufführung der Richter im Urteilskopf ist neben der Unterschrift nicht erforderlich.

III. Tatbestand (Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2). 1. In das Revisionsurteil braucht ein Tatbestand nicht aufgenommen zu werden. **RG. 80** 172, JW. **13** 44, LeipzZ. **13** 70. Die Aufnahme des sachlichen mündlichen Parteivorbringens, also des den Sach- und Streitstand bildenden Sachverhalts, in das Revisionsurteil ist im Gesetze nicht vorgeschrieben (§ 566). Sie ist auch nicht notwendig, da tatsächliche Angaben, soweit sie nicht im Tatbestande des Berufungsurteils enthalten sind, nach § 561 für die Entscheidung nicht zu berücksichtigen sind. Nur aus praktischen Gründen, zur Erleichterung besserer Übersichtlichkeit des Prozeßstoffs und zum leichteren Verständnisse der Entscheidungsgründe, pflegt auch im Revisionsurteil eine dem Tatbestande des Berufungsurteils entsprechende kurze Darstellung des Sachverhalts den Entscheidungsgründen voran-

gestellt zu werden. Diese hat aber als Tatbestand keine selbständige rechtliche Bedeutung.

2. Auch das Beweisvorbringen bedarf der Aufnahme in den Tatbestand. **RG.** JW. **13** 697. Grundsätzlich fällt das Beweisvorbringen nicht minder als das tatsächliche Vorbringen, zu dem es gehört, unter die Vorschrift des § 313 Abs. 1 Nr. 3.

3. Zulässigkeit und Grenzen der Verweisungen. a) **RG.** R. **13** Nr. 1489. Es ist prozeßrechtlich unbedenklich, den Tatbestand des Endurteils über den Betrag, soweit die Verhandlung darüber nicht neue Tatsachen in den Rechtsstreit eingeführt hat, durch eine Bezugnahme auf den Tatbestand des im Verfahren über den Grund des Anspruchs ergangenen Urteils oder, wenn es sich um mehrere im Instanzenzug ergangene Urteile handelt, auf die Tatbestände aller dieser Urteile zu ersetzen. b) **RG.** R. **13** Nr. 1333, RheinA. **111** 24. Verwiesen kann nur auf Schriftsätze desselben Prozesses werden.

4. Unzulässige Verweisungen. a) SächsOLG. **34** 228 (Dresden). Die im § 313 Abs. 3 als nicht ausgeschlossen bezeichnete Bezugnahme auf Schriftsätze darf nicht zu einer doppelten Feststellung des Parteivorbringens derart führen, daß die Behauptungen im Tatbestand ausdrücklich wiedergegeben sind, hinsichtlich der Beweisantretungen aber auf den Inhalt der Schriftsätze verwiesen ist. Sie zieht Zweifel oder sonstige Unklarheiten nach sich, wenn in den Schriftsätzen Behauptungen unter Beweis gestellt sind, die im Tatbestande ganz oder teilweise fehlen, oder wenn die Schriftsätze in sonstiger Beziehung mit dem Tatbestande nicht völlig übereinstimmen. Um diese Folgen zu vermeiden, ist die Verweisung, je nach der Gestaltung des Falles, entweder ganz zu unterlassen oder auf einzelne, bestimmt zu bezeichnende Stellen der Schriftsätze zu beschränken. Die Aufgabe, durch Vergleichung des Tatbestandes mit den Schriftsätzen festzustellen, für welche einzelne im Tatbestand ohne Beweisangebot gelassene Behauptungen in den Schriftsätzen Beweis angetreten sei, liegt nicht dem Berufungsgericht ob, sondern ist vom LG. durch zweckentsprechende Gestaltung des Tatbestandes zu lösen. b) Ähnlich **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 73. c) **RG.** WarnE. **13** 409. Allerdings ist nach § 313 Abs. 2 bei der Darstellung des Tatbestandes die Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze nicht ausgeschlossen. Sie bildet aber, wie schon die Fassung des § 313 erkennen läßt, die Ausnahme von der Regel und ist nur insoweit zulässig, als dadurch die gedrängte Sachdarstellung nicht verloren geht und der Sachvortrag in der höheren Instanz nicht wesentlich erschwert wird. Ein Tatbestand, der nur wenige Sätze über die mündlichen Vorträge der Parteien bringt, im übrigen auf einen Teil des landgerichtlichen Urteils, eine größere Anzahl erst- und zweitinstanzlicher, teilweise umfangreicher Schriftsätze, mehrere Briefe, mehrere Vertragsurkunden und ein in erster Instanz erstattetes Gutachten Bezug nimmt, ist ungenügend. Indessen nötigt dieser Mangel nicht zur Aufhebung des Berufungsurteils, da er seitens der Parteien nicht gerügt worden und die Umgrenzung des Sach- und Streitstandes bei Hinzunahme der in Bezug genommenen Aktenteile immerhin noch möglich ist. d) **RG.** JW. **13** 213. Das RG. erklärt einen Tatbestand für ungenügend, in dem eine eigene Darstellung des zweitinstanzlichen Streitstandes völlig fehlt und nur äußerlich und mechanisch mehr als 15 Schriftsätze zweiter Instanz, deren Anlagen sowie die Beweisverhandlungen angeführt und als vorgetragen bezeichnet sind. Welche Behauptungen in der überaus weitschichtig vorbereiteten Sache nach der Beweisaufnahme in der maßgeblichen mündlichen Schlußverhandlung übrig geblieben sind und für die Urteilsfindung in Betracht zu ziehen waren, kann aus den wahllosen und summarischen Verweisungen des Berufungsgerichts auf vollkommen ungesichtete Schriftstücke nicht entnommen werden. Ein solcher gesetzwidriger Tatbestand verschließt dem Revisionsgerichte die Möglichkeit, die weiter vorgebrachten Revisionsangriffe beider Parteien

nachzuprüfen. Unbedingt ist hier erforderlich, daß der Tatbestand die schließlich zur Aburteilung gestellten Parteibehauptungen wenigstens in ihren Grundzügen derart kennzeichnet, daß das beiderseitige Vorbringen sachlich geordnet übersehen werden kann. Dabei ist allerdings zulässig, sogar unter den hier gegebenen Umständen nicht unzweckmäßig, zu den sachlich gruppierten Behauptungen ergänzungshalber auf den jedesmal einschlägigen Inhalt der Schriftsätze, der insoweit bestimmt zu bezeichnen wäre, zu verweisen. **e)** Ähnlich **RG.** WarnE **13** 91.

IV. Entscheidungsgründe (Abs. 1 Ziff. 4). **RG.** JDR. **11** Nr. III jetzt auch WürttRpflZ. **13** 13.

§ 314. OLG. **27** 114 (Colmar). Die Beweiskraft des Tatbestandes wird durch das Sitzungsprotokoll widerlegt, wenn dieses hinsichtlich der bestrittenen Tatsache eine ausdrückliche, dem Tatbestandsinhalte widersprechende Feststellung trifft (vgl. Seuffert 1, Stein [10] II, Struckmann-Koch 1 zu § 314). Dies ist der Fall, wenn es im Tatbestande heißt, „zur Sache selbst beantragte der Beklagte Abweisung", während das Protokoll sagt: „Beklagter stellte zur Sache keine Anträge".

§ 315. RG. (Verein. Zivils.) **82** 422, LeipzZ. **13** 938, HessRspr. **14** 225. Die Zustellung eines Urteils setzt auch dann die Rechtsmittelfrist in Lauf, wenn die Urschrift die gesetzlich erforderlichen Unterschriften nicht trägt — z. B. nur von zwei Richtern unterschrieben ist —, die Ausfertigung aber vollständig ist und diesen Mangel nicht erkennen läßt. (Abweichend **RG.** IV JDR. **11** Nr. I.)

§ 317. Literatur: Pfahler, Ist Urteilszustellung in abgekürzter Form zulässig? AGAnw. **13** 55—56.

§ 319. Literatur: Hörle, Berichtigung der Bezeichnung der beklagten Parteien im Urteile nach § 319 ZPO., BuschsZ. **44** 65—73.

I. Offenbare Unrichtigkeit. 1. Rechtschreibungsfehler. RheinARV. **31** 69 (Düsseldorf). Eine Berichtigung ist statthaft, wenn infolge eines auf ein Versehen des Gerichts oder der Partei zurückzuführenden Schreibfehlers eine unverfängliche Verbesserung in der Rechtschreibung eines Namens erforderlich wird. Um einen solchen Rechtschreibungsfehler handelt es sich, wenn an Stelle des Namens „Interbieten" der Name „Inderbieten" treten soll. Die Partei, die gemeint ist, wird durch ihre Bezeichnung als Ehemann der Klägerin, die Hervorhebung ihres Standes, ihrer Wohnung und ihres richtigen Vornamens unzweideutig bezeichnet.

2. Berichtigung des Urteilssatzes. BayObLG. JDR. **11** Nr. I 2 jetzt auch DJZ. **13** 107.

3. OLG. **27** 85 (KG.). Die Bezeichnung einer Partei als „Einzelkaufmann W. Weiß" ohne kenntlich zu machen, daß dies sein Handelsname (Firma) ist, ist eine offenbare Unrichtigkeit, weil man bei solcher Bezeichnung annimmt, daß der angegebene Name der bürgerliche Name der Partei ist, der sich vielleicht mit seiner Firma deckt.

II. Berichtigung von Parteiversehen. 1. Für die grundsätzliche Zulässigkeit. **a)** OLG. **27** 87 (KG.). Die Frage der Berichtigung einer Unrichtigkeit, die nicht auf einem Versehen des Gerichts, sondern auf den Angaben der Parteien beruht, ist sehr streitig (vgl. Gaupp-Stein § 319 I 4 Nr. 19). Die Auffassung, daß die Berichtigung auch in diesem Falle zulässig ist, verdient aber den Vorzug, da sie dem praktischen Bedürfnisse besser Rechnung trägt. Mit dem Wortlaute des Gesetzes ist sie nicht unvereinbar; denn unter offenbaren Unrichtigkeiten können auch solche verstanden werden, die durch eine unrichtige Angabe der Partei veranlaßt worden sind. Der Umstand, daß das zu berichtigende Urteil bereits rechtskräftig geworden ist, ist ohne Bedeutung. **b)** Ebenso Hoerle BuschsZ. **44** 65 ff.

2. Dagegen, besonders für abgekürzte Versäumnisurteile. BayRpflZ. **13** 114, SeuffA. **68** 63, SeuffBl. **13** 223 (München). Be-

richtigungen von Parteiversehen werden durch § 319 nicht ermöglicht (vgl. **RG. 45** 364). Dies muß um so mehr für abgekürzte Versäumnisurteile gelten; denn hier besteht der gerichtliche Ausspruch lediglich in dem Urteilssatze, daß „nach Antrag erkannt" wird, und hierin ist irgendeine Unrichtigkeit nicht enthalten. Außerdem beruht die Verurteilung auf der gesetzlichen Annahme, daß der ausgebliebene Beklagte den Inhalt der ihm zugestellten Klage zugesteht. Eine nachträgliche einseitige Änderung des zugestandenen Klaginhalts durch den Kläger nach Erlaß des Urteils ist unzulässig, vollends, wenn bereits vor dem Berichtigungsantrage die Rechtskraft eingetreten war.

III. **RG.** R. **13** Nr. 1502. Anwendbarkeit des § 319 Abs. 1 im schiedsrichterlichen Verfahren.

IV. Übergehung der Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention vgl. § 321 Nr. V.

§ 320. I. Bedeutung der Ablehnung eines Berichtigungsantrags. **RG.** JW. **13** 697. Ein Tatbestandsberichtigungsantrag, nach dem mehrere näher angegebene, in vorbereitenden Schriftsätzen angekündigte Behauptungen und Beweisantretungen noch in den Tatbestand des Urteils als in der mündlichen Verhandlung vorgetragen aufgenommen werden sollten, war mit der Begründung abgelehnt, daß das Gericht sich nicht erinnere, „daß außer den im Tatbestande erwähnten tatsächlichen Behauptungen weitere tatsächliche Behauptungen vorgebracht sind", und dem die Bemerkung hinzugefügt, die Angabe der vorgebrachten einzelnen Beweismittel gehöre nicht unbedingt in den Urteilstatbestand. Aus der Art dieser Begründung ist nicht zu entnehmen, daß das Gericht „im Grunde gar nicht bestreiten will, daß die in dem Berichtigungsantrag erwähnten Schriftsätze vorgetragen worden seien" und ebensowenig ist anzuerkennen, daß nach der Begründung des Ablehnungsbeschlusses „die in dem Berichtigungsantrag erwähnten Beweisantretungen und damit sinngemäß die ihnen zugrunde liegenden Behauptungen als vorgetragen gelten" müssen. Nur das ist anzunehmen, daß für die aus dem Tatbestande sich als vorgetragen ergebenden Behauptungen die dafür aus den Schriftsätzen ersichtlichen Beweisantretungen ebenfalls vorgetragen sind. Dagegen wird die Annahme, daß noch andere tatsächliche Behauptungen, als im Tatbestand angegeben, vorgetragen seien, durch die Erklärung des Berufungsgerichts, daß dies (nach seiner Erinnerung) nicht der Fall sei, ausgeschlossen.

II. Keine Tatbestandsberichtigung bei Revisionsurteilen. **RG. 80** 172, JW. **13** 44, LeipzZ. **13** 70. Eine Berichtigung der Sachdarstellung des Revisionsgerichts ist zwecklos und kommt daher nicht in Frage. Vgl. § 313 Nr. III 1.

§ 321. I. Voraussetzung der Ergänzung. **RG.** R. **13** Nr. 380. Der Rechtsbehelf des § 321 ist nur da gegeben, wo die Übergehung des Anspruchs in der Urteilsformel selber zutage tritt. Lautet die Formel des Berufungsurteils schlechthin auf Abweisung der Klage sowie auf Belastung der Klägerin mit den gesamten Prozeßkosten, so ist es unmöglich, ein Urteil von so bestimmter Fassung im Wege der Auslegung in ein Teilurteil umzudeuten und anzunehmen, daß die Entscheidung über den Hilfsantrag offengelassen sei. Vielmehr liegt eine Abweisung des Hilfsanspruchs vor, die nur die Eigentümlichkeit hat, daß sie mit Gründen nicht versehen ist (§ 551 Nr. 7).

II. Verhältnis zu § 319 ZPO. OLG. 27 88, SächsOLG. **34** 191 (Dresden). Eine Urteilsergänzung im Sinne des § 321 setzt voraus, daß eine Entscheidung über den ganz oder teilweise übergangenen Haupt- oder Nebenanspruch in der Urteilsformel nicht getroffen und auch nicht gewollt ist. Ergeben die Gründe zweifelsfrei, daß eine Entscheidung über einen solchen Punkt gewollt ist, so kann die Nichtaufnahme in die

Urteilsformel nur auf einer unbeabsichtigten Auslassung beruhen; es liegt also eine nach § 319 jederzeit zu berichtigende offenbare Unrichtigkeit des Urteils vor.

III. Ergänzung eines Teilurteils. BadRpr. **13** 79 (LG. Mannheim). Aus dem Wesen des Teilurteils ergibt sich von selbst, daß alle Ansprüche, über die darin nicht entschieden ist, stillschweigend der späteren Entscheidung vorbehalten werden. Es kann daher regelmäßig vor dem Schlußurteile kein Antrag auf Ergänzung gestellt werden. Nur ausnahmsweise ist ein solcher Antrag dann gerechtfertigt, wenn das Teilurteil selbst, nach seiner Begründung, den Anschein erweckt, einen größeren Teil des Rechtsstreits zu entscheiden, als es in Wirklichkeit entscheidet.

IV. Urteilsergänzung, wenn der Antrag aus § 713 Abs. 2 übergangen ist. 1. OLG. **26** 171 (Hamburg). Die Ergänzung ist zulässig. Unter „Nebenanspruch" ist auch ein rein prozessualer Anspruch zu verstehen, der darauf beruht, daß einem Antrage der hier fraglichen Art (z. B. nach § 713 Abs. 2) kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift stattgegeben werden muß, auf dessen Berücksichtigung also ein prozeßrechtlicher Anspruch besteht.

2. Ebenso OLG. **27** 390 (Hamburg).

V. Übergehung der Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention. BadRpr. **13** 78 (Karlsruhe). Der Nebenintervenient kann eine im Urteil übergangene Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention nur in der Form und Frist des § 321 Abs. 2 beantragen. Eine Berichtigung des Urteils nach § 319 ist in einem solchen Falle nicht möglich. Die Verpflichtung des Gegners, die Nebeninterventionskosten zu tragen, ist eine Nebenfolge der allgemeinen Kostentragungspflicht.

VI. Anfechtbarkeit des Ergänzungsurteils. HessRspr. **13** 337 (LG. Gießen). Das Ergänzungsurteil kann, auch wenn es lediglich den Kostenpunkt betrifft, nur zugleich mit dem vorausgegangenen Endurteil angefochten werden. Das bereits vor Erlaß des Ergänzungsurteils gegen das Endurteil eingelegte Rechtsmittel ergreift das Ergänzungsurteil mit.

§ 322. Literatur: Bunge, Können die Wirkungen eines arglistig herbeigeführten Scheidungsurteils durch eine negative Feststellungsklage aus §§ 162 Abs. 2 BGB., 256 ZPO. beseitigt werden? DJZ. **13** 164. — Josef, Rechtsprechung und Rechtslehre in der Frage über die wechselseitige Einwirkung von Entscheidungen in der freiwilligen und in der streitigen Gerichtsbarkeit aufeinander, BuschsZ. **43** 365—394. — Kamm, Die materielle Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, BuschsZ. **44** 84—113. — Koeßler, Die Stellung des Nachlaßrichters. BuschsZ. **44** 1—48. — Kreß, Über materielle Rechtskraft, R. **13** 118—122. — Mendelssohn-Bartholdy, Neuere französische und englische Entscheidungen zur Rechtskraftwirkung auf Dritte, RheinZ. **5** 412—424. — Derselbe, Rechtskraftwirkung und Existenzwirkung von Urteilen (ZPO. § 945), SeuffBl. **13** 49—55, 77—81. — Oertelt, Rechtskraft bei Kostenurteilen, R. **13** 239—240. — Reichel, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung. 1913.

I. Allgemeines zur Rechtskraft. 1. Rechtskraftwirkung und Tatbestandswirkung. *Mendelssohn-Bartholdy, Seuff. Bl. **13** 50. Die Rechtskraftwirkung ist streng zu scheiden von der Existenz- oder Tatbestandswirkung. Nur jene steht unter den §§ 322 ff. ZPO., nicht diese; nur jene erklärt sich aus der Rechtsprechungsgewalt des Gerichts und der Endgültigkeit seiner Entscheidung. Nur für die Rechtskraftwirkung gilt, daß sie dem Urteil im Augenblicke der formellen Rechtskraft schon in ihrem vollen Umfange zukommt und grundsätzlich eine Wirkung auf die Parteien, nicht „für" oder „gegen" eine Partei ist.

2. Keine Rechtskraft der Entscheidungsgründe. **RG.** WarnE. **13** 554. Nur die Entscheidung über den Klag- oder Widerklaganspruch geht in Rechtskraft über, nicht die Begründung dieser Entscheidung.

3. Die Rechtskraftwirkung beschränkt sich grundsätzlich auf die Parteien. a) **RG. 80** 317, JW. **13** 138. Soweit nicht die im Gesetze

besonders vorgesehenen (§§ 68, 76 Abs. 4, 325—327, 629, 643, 644, 856 Abs. 4 und 5, 976 Abs. 3) oder aus der besonderen rechtlichen Natur des Urteils (sog. konstitutive Urteile) sich ergebenden Ausnahmen Platz greifen, schafft ein Urteil nur zwischen den Parteien Recht, zwischen denen es ergangen ist. Auf ein im Prozesse zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eines Grundstücks ergangenes rechtskräftiges Urteil, das die Nichtigkeit der Auflassung wegen arglistiger Täuschung ausspricht, kann sich daher ein Hypothekengläubiger in einem späteren Rechtsstreite mit dem Erwerber nicht berufen. **b)** **RG. 80** 317, JW. **13** 138. Der Grundsatz, daß die Voraussetzung eines später erhobenen Anspruchs nicht mehr streitig gemacht werden kann, wenn sie in einem früher rechtskräftig zuerkannten Anspruch oder in der Nichtexistenz eines früher rechtskräftig aberkannten Anspruchs besteht und umgekehrt ein später erhobener Anspruch ohne weiteres fällt, wenn er das Nichtbestehen eines früher rechtskräftig zuerkannten Anspruchs oder das Bestehen eines früher rechtskräftig aberkannten Anspruchs zur Voraussetzung hat, betrifft nur die Frage, inwieweit nach § 322 eine Entscheidung über einen früher geltend gemachten Anspruch Rechtskraft schafft hinsichtlich eines in einem anderen Rechtsstreite zwischen denselben Parteien später erhobenen Anspruchs. Für die Frage, ob die Wirkung eines Urteils sich auch auf andere Personen als die Prozeßparteien erstreckt, hat er keine Bedeutung.

4. Auslegung der Urteilsformel. R. **13** Nr. 1984 (BayObLG.). Ist in der Klagebegründung für eine mehrfache Deutung des Klagantrags und der Urteilsformel Raum, so muß die Deutung bevorzugt werden, welche dem allgemeinen Wortlaute am meisten gerecht wird und zugleich dem Zwecke der Klage allein entspricht. Ist ein Miterbe schlechthin zur Löschung einer Hypothek verurteilt, so gilt dies daher im Zweifel auch insoweit, als sich später herausstellt, daß die Hypothek zum Teile erst durch Beerbung eines weiteren Miterben auf ihn übergegangen ist.

II. Bedeutung und Grenzen der Rechtskraft im einzelnen. 1. Prozeßurteile. **a)** **RG.** WarnE. **13** 67. Prozeßurteile, welche die Entscheidung über den Sachanspruch aus prozessualen Gründen ablehnen, sind in gewissem Umfange zwar ebenfalls der Rechtskraft fähig, sie haben aber nur Bedeutung für den bestimmten prozessualen Tatbestand, für welchen sie erlassen sind. Darüber hinaus haben sie keine Wirkung. **b)** FrankfRundsch. **47** 163 (Frankfurt). Ein Anspruch, daß der Rechtsweg für nach einem bestimmten Zeitpunkt entstandene Ansprüche des Klägers unzulässig sei, ist der Rechtskraft fähig und bindet den Richter eines weiteren Prozesses, sofern nur die Streitfrage die gleiche ist. Identität des Streitgegenstandes liegt auch vor, wenn in dem ersten Prozesse Feststellungsklage, hier Leistungsklage erhoben ist.

2. Urteile über sonstige Klagevoraussetzungen. ElsLoth. JZ. **38** 570 (Colmar). Wenn eine landwirtschaftliche Berufsgenossenschaft mit ihrer auf § 147 LwUVG. gestützten Klage gegen den Betriebsunternehmer auf Ersatz ihrer Aufwendungen deshalb abgewiesen ist, weil der Vorstand den Beschluß auf Geltendmachung des Ersatzanspruchs nicht gemäß § 148 dem Ersatzpflichtigen schriftlich mitgeteilt hat, steht der Wiederholung ihrer Klage nach Behebung des Mangels der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht entgegen.

3. Kann die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache auf einen verlorengegangenen Vollstreckungsbefehl gestützt werden? PosMSchr. **13** 44 (Marienwerder). Hat der Gläubiger den ihm ausgehändigten vollstreckbaren Schuldtitel verloren und ist die Erteilung einer zweiten Ausfertigung nicht möglich, weil die Urschrift nicht mehr vorhanden ist, so steht der prozessualen Zulässigkeit einer zweiten Klage wegen desselben Anspruchs nichts im Wege. So liegt die Sache hier. Die Urschrift des Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls ist nicht bei den Mahnakten verblieben, sondern

dem Gläubiger ausgehändigt. Diese Urschrift ist verloren gegangen. Die Erteilung einer zweiten Ausfertigung ist ausgeschlossen, da eine Urschrift, von der eine Ausfertigung erteilt werden könnte, nicht mehr vorhanden ist.

4. Klagen auf Löschung eines Warenzeichens. a) **RG.** JW. **13** 515, MschutzuWettbew. **13** 65. Das einmal unter denselben Parteien ergangene Urteil, das die auf mangelnde Neuheit gestützte Löschungsklage hinsichtlich des Gebrauchsmusterschutzanspruchs abweist, stellt unter den Parteien endgültig fest, daß der Kläger die Löschung des streitigen Anspruchs nicht deshalb verlangen kann, weil das Gebrauchsmuster in öffentlichen Druckschriften vorbeschrieben sei. Jeder neuen derartigen Löschungsklage auf Grund einer im Vorprozesse nicht erwähnten Veröffentlichung steht daher der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen. **b)** Ist eine Klage auf Löschung eines Warenzeichens mit der Begründung abgewiesen, daß eine auf Täuschung beruhende Nachahmung nicht vorliege, so steht die Rechtskraft dieses Urteils einer Klage aus § 826 BGB. nicht entgegen, mit der geltend gemacht wird, daß der Beklagte einzelne Teile seines Warenzeichens zum Zwecke der Täuschung benutze. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 654. Mit der rechtskräftigen Abweisung der früheren Klage ist unter den Parteien nur festgestellt, daß die Klägerin von der Beklagten nicht die Löschung des Warenzeichens beanspruchen und also die Beklagte sich dieses Warenzeichens bedienen kann. Die einzelnen Elemente jenes Urteils und die einzelnen Tatsachen, auf deren Feststellung das Urteil beruht, sind damit aber nicht auch in betreff jedes anderen Rechtsstreits der Parteien unabänderlich festgestellt; einer Rechtskraft sind insbesondere festgestellte bloße Tatsachen naturgemäß überhaupt nicht fähig. Wenn nun auch infolge des Ergebnisses jenes Vorprozesses die Beklagte die Umhüllung, deren Vorderseite mit dem Warenzeichen wiedergegeben wird, weiterbenutzen darf, so ist doch daraus nichts dafür zu entnehmen, daß sie sich auch des jetzt strittigen Zeichens, nämlich des Wortes „Mona" (für sich allein) bedienen darf. **c) RG.** MschutzuWettbew. **12** 30. Die rechtskräftige Abweisung der von einem Vertreter des Klägers im eigenen Namen erhobenen Klage auf Herbeiführung der Löschung der von dem Beklagten benutzten Firma wegen Verletzung der dem Vertreter zustehenden Warenzeichenrechte steht der Erhebung einer neuen Löschungsklage durch den Kläger auf Grund des ihm zustehenden Rechtes zur Führung der Firma nicht entgegen.

5. Unterlassungsklagen auf Grund des UnlWG. a) **RG.** WarnE. **13** 270. Die Feststellungswiderklage der Beklagten, daß sie berechtigt sei, ihr nach Pilsener Art gebrautes Bier als „Deutsch-Pilsener" zu bezeichnen, kann nicht deshalb abgewiesen werden, weil schon durch die Abweisung der auf die Unterlassung dieser Bezeichnung gerichteten Klage ausgesprochen sei, daß der Beklagten die Bezeichnung nicht untersagt werden könne. Die Abweisung beruht auf einer Verkennung der Tragweite der Rechtskraft. Dadurch, daß die Klage rechtskräftig abgewiesen wird, steht fest, daß die Beklagte sich derjenigen (unerlaubten) Handlungen, die ihr mit der Klage zur Last gelegt waren, nicht schuldig gemacht hat. Diese selben, der Vergangenheit angehörigen Handlungen können daher nicht noch einmal zum Gegenstand eines Rechtsstreits gemacht werden, ohne daß einer auf sie gestützten Klage der Einwand der Rechtskraft entgegengesetzt werden könnte. Aber die Gründe, aus denen die auf sie gestützte Klage abgewiesen ist, werden nicht rechtskräftig, daher auch nicht der Grund: Die Beklagte war zu ihrem Tun berechtigt. Ein Tatbestand der Art, wie er in dem gegenwärtigen Rechtsstreite vorgelegen hat, könnte an sich, wenn Handlungen derselben Art wieder vorgenommen werden, wiederum zum Gegenstand einer Klage gemacht werden. **b) RG.** MschutzuWettbew. **12** 508. Die rechtskräftige Abweisung einer Klage, mit der begehrt war, der Beklagte solle es unter-

lassen, seine Weine oder deren Verpackungen mit den den Klägern geschützten Warenzeichen oder ähnlichen zu versehen, steht der Klage auf Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung der Anbringung bestimmter für ihn eingetragener Warenzeichen nicht entgegen.

6. Identität des Anspruchs. **RG.** JW. **13** 437. Ist eine Partei rechtskräftig verurteilt, die Auflassung von ihr gekaufter Grundstücke bestimmten Flächeninhalts entgegenzunehmen und in Höhe des gestundeten Kaufgeldes die Eintragung von Hypotheken für den Gegner zu bewilligen, so kann sie nicht nachträglich einen Teil des inzwischen gezahlten Kaufgeldes auf Grund der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern, weil die ihr verkauften Grundstücke kleiner seien, als im Vorprozeß angenommen sei. Daß die Partei durch das Urteil des Vorprozesses nicht zur Zahlung verurteilt worden ist, ist bedeutungslos. Es ist durch das Urteil des Vorprozesses zwischen den Parteien rechtskräftig entschieden, daß der Gegner aus dem Verkaufe der Grundstücke noch einen bestimmten Betrag Rechtens zu fordern hatte.

7. Über den Einfluß der prozessualen Durchführung des vermittelten Vertrags auf den Provisionsanspruch des ihn vermittelnden Mäklers: *Reichel, Mäklerprovision 81 ff.

8. Umfang der Rechtskraft eines Urteils, durch das der Beklagte zur Vorlegung eines Rechnungsabschlusses über die zwischen den Parteien bestehende Gesellschaft verurteilt ist. **RG.** JW. **13** 271, LeipzZ. **13** 220, SeuffBl. **13** 134. Lautet das Urteil dem Klagantrag entsprechend auf Verurteilung des Beklagten zur Vorlegung eines Rechnungsabschlusses „über die zwischen den Parteien bestehende Gesellschaft" und hat sich in diesem Verfahren der Streit wesentlich um die Frage gedreht, ob zwischen den Parteien eine Gesellschaft bestehe, während die sich daraus ergebende Rechnungslegungspflicht lediglich von nebensächlicher Bedeutung gewesen ist, so ist damit nicht nur in den Gründen, sondern in der Urteilsformel selbst das Bestehen einer Gesellschaft zwischen den Parteien festgestellt. Diese Feststellung ist daher nicht bloß ein Entscheidungsgrund, sondern ein Bestandteil der Entscheidung selbst und deshalb kommt auch diesem Teile der Entscheidung Rechtskraft zu.

9. **RG.** R. **13** Nr. 2759. Ist im Vorprozeß an Stelle des anfänglich geltend gemachten Anspruchs auf Rechnungslegung später der Anspruch auf abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz und auf Gestattung der Einsicht der Bücher erhoben worden und ist dann, nachdem diesem Verlangen genügt war, auf Antrag des Klägers durch Urteil die Hauptsache für erledigt erklärt worden, so steht dieses Urteil der erneuten Erhebung des Anspruchs auf Rechnungslegung nicht entgegen.

10. SeuffA. **68** 251 (Stettin). Der Rechtsstreit, in welchem der Pfändungsgläubiger auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gegen den Drittschuldner klagt, schafft Rechtskraft für die eingeklagte Forderung im Verhältnisse des Schuldners zum Drittschuldner.

11. Umfang der Rechtskraft bei Kostenurteilen. **a)** Grundsatz. α. Kreß, R. **13** 118 ff. Haben die Parteien die Mitentscheidung der Hauptsache nur wegen des Kostenpunkts, nicht mit Rücksicht auf einen künftigen Anspruch beantragt, haben sie also einen Ausspruch über den Klaganspruch nur zu dem Zwecke verlangt, damit er der Entscheidung, wer die Streitkosten zu tragen habe, zur Grundlage diene, so beeinflußt dieser Zweck auch die Tragweite der Rechtskraft des über den Klaganspruch erfolgten Ausspruchs. Es ist zwar über den durch die Klage erhobenen Anspruch in Form der Feststellung entschieden, diese Feststellung aber, als nicht zum Zwecke der Sicherung oder Abwehr eines künftigen „Anspruchs" erfolgt, nicht gemäß § 256 getroffen, über den Klaganspruch also nicht im Sinne des § 322 „entschieden". β. Oertelt, R. **13** 239 ff. Die Feststellungswirkung eines ver-

urteilenden Erkenntnisses bezieht sich entweder auf den Zeitpunkt der Klagerhebung oder auf den Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung, genauer: auf den Anspruch in seiner mit den erwähnten Zeitpunkten beginnenden zeitlichen Erstreckung. In keiner Weise betrifft die feststellende Kraft des Urteils die Frage, ob der Anspruch bereits vor dem Prozeß oder vor Verhandlungsschluß begründet war. Die aus dieser Vorzeit hervorgehenden Anspruchswirkungen, z. B. Schadensersatzrechte wegen Verzugs oder Ansprüche auf rückständige Zinsen, werden daher von der Rechtskraft nicht berührt. b) *Kreß, R. **13** 118 ff. Die im Vorprozesse getroffene Feststellung, daß die Weigerung des Beklagten, mit seiner auf dem Anwesen des Klägers eingetragenen Hypothek einem neuaufzunehmenden Hypothekenkapital im Range auszuweichen, unbegründet gewesen sei und daß deshalb der Beklagte die Kosten des — in der Hauptsache, nämlich hinsichtlich der mit der Klage geltend gemachten Verpflichtung des Beklagten zum Rangrücktritte vor Erlaß des Urteils erledigten — Rechtsstreits zu tragen habe, erwächst nicht in Rechtskraft, unterliegt deshalb im Nachprozeß auf Ersatz des infolge der Weigerung des Beklagten, im Range auszuweichen, dem Kläger erwachsenen Schadens erneuter Prüfung und Entscheidung.

12. Negative Feststellungsklage. **RG.** JW. **13** 653. Die richtige Anwendung des Grundsatzes, daß die Rechtskraft des eine negative Feststellungsklage abweisenden Urteils, insofern die Abweisung aus sachlichen Gründen erfolgt, die positive Feststellung des Rechtes des Gegners bedeutet, das mit der negativen Feststellungsklage bekämpft wurde, erfordert nicht bloß die sorgsame Betrachtung des Inhalts der negativen Feststellungsklage, sondern auch ein sorgsames Eingehen auf die Vorentscheidung, da die negative Feststellungsklage ihren rechtlichen Inhalt und ihre Eigenart durch die damit bekämpften Ansprüche der Gegenseite erhält.

13. Rechtskraftwirkung gegenüber anderen Behörden, insbesondere dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit. a) *Kamm, BuschsZ. **44** 84 ff. Die materielle Rechtskraft hat, weil im Staatsrechte wurzelnd, über Zivilprozeß, Strafprozeß und Verwaltungsgerichtsbarkeit hinaus allgemeine Geltung. Sie setzt eine unanfechtbar gewordene (formell rechtskräftige) Entscheidung voraus und hängt von drei Erfordernissen ab: 1. von der Gestaltung des der Entscheidung vorausgehenden Verfahrens, 2. davon, daß der Gegenstand der Entscheidung seinem Wesen nach einer endgültigen Festlegung fähig ist, 3. von der Organisation der entscheidenden Behörde (gerichtliche Entscheidung — Verwaltungsakt). b) Josef, BuschsZ. **43** 365 ff. Der § 325 führt als Folge der Rechtskraft nur auf die Wirkung des Urteils für und gegen die Parteien und die dort bezeichneten Personen, nicht aber, daß auch Behörden, insbesondere die der freiwilligen Gerichtsbarkeit, an den rechtskräftigen Ausspruch des Prozeßgerichts gebunden sein sollen. Dies letztere ist schon deshalb zu verneinen, weil die Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei ihren Entschließungen überall den wahren Sachverhalt zu ermitteln und zugrunde zu legen haben, während das Urteil des Prozeßgerichts ergeht nach Maßgabe der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien, sonach ohne Rücksicht auf die wahre Sachlage. Andererseits ist es die Pflicht des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, seine Entscheidungen tunlichst den Anforderungen des Rechtsverkehrs anzupassen; es wird daher seiner Entscheidung regelmäßig die des Prozeßgerichts zugrunde legen und von dieser nur da abweichen, wo sich der Widerspruch der prozeßgerichtlichen Entscheidung von der wahren Sachlage klar ergibt. — Diese Rechtsgrundsätze gelten insbesondere auch im Verfahren bei Erteilung des Erbscheins. c) Ähnlich Koeßler, BuschsZ. **44** 1 ff. d) Wirkung der Arrestentscheidungen auf den Prozeß des § 945. Mendelssohn-Bartholdy, SeuffBl. **13** 49 ff. Die Annahme

der Existenz-(Tatbestands-)wirkung der Arrestentscheidungen auf den Prozeß des § 945 ist unmöglich, weil sie jeden Anhalts im positiven Rechte ermangelt und zudem nur für die den Arrest aufhebenden Entscheidungen, nicht aber für die Bekräftigung des Arrestes durch rechtskräftiges Urteil des Arrestgerichts eine Lösung brächte. Die Annahme einer echten Rechtskraftwirkung scheitert am § 322 und an der beschränkten Kognition des Arrestprozesses. Läßt sich aber für unser ganzes Prozeßrecht ein ungeschriebener Rechtssatz des Inhalts behaupten, daß an endgültige Feststellungen prozessualer Art, die vom unmittelbar zuständigen Gerichte getroffen werden, jedes andere Gericht derart gebunden ist, daß es sie von Amts wegen berücksichtigen muß und ein Gegenbeweis gegen sie ausgeschlossen ist — dann ist ein sehr erwünschter Anwendungsfall dieses allgemeinen Satzes im § 945 gegeben. Nimmt man dagegen einen solchen allgemeinen Satz für unser geltendes Prozeßrecht nicht an, dann läßt sich eine Bindung des Gerichts im Schadensersatzprozeß an die vorhergegangene Arrestentscheidung (an die Gründe dieser Entscheidung!) nicht rechtfertigen. Daß ohne solche Bindung die Gerichte zu widersprechenden Entscheidungen kommen können, auch bei allernächst verbundenen Tatbeständen, ist ein Argument, das zu viel und deshalb nichts beweist. e) Konkursgericht und Prozeßgericht. **RG.** R. **13** Nr. 2137. Die Abweisung des Konkursantrags über eine e. GenmbH. mangels Zahlungsunfähigkeit hindert nicht, in einem Schadensersatzprozesse der Genossenschaft gegen den früheren Vorstand diese Zahlungsunfähigkeit anzunehmen. Für die Rechtskraft fehlen die notwendigen Voraussetzungen der Identität des Streitgegenstandes und der Parteien.

III. Abs. 2. Umfang der Rechtskraft bei Abweisung der Klage wegen bestehender Gegenforderung. **RG. 80** 164, JW. **13** 101. Wird die Gegenforderung als bestehend anerkannt und auf Grund der erfolgten Aufrechnung die Klage abgewiesen, so ist die Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung ebensowenig der Rechtskraft fähig wie die Entscheidung darüber, daß die Klageforderung aus einem anderen Grunde getilgt ist. Es ergeht also in einem solchen Falle ein der Rechtskraft fähiges Urteil nur dahin, daß die Klageforderung nicht besteht.

IV. Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung. *Reichel, Das fehlrechtskräftige Urteil verändert den Privatrechtsstand (Ablehnung der Theorie von Stein-Hellwig) (5 ff.); es begründet daher eine Bereicherung des fälschlichen Obsiegers (9); ob diese eine gerechtfertigte ist, darüber macht das Urteil nur dann etwas aus, wenn es, was nicht notwendig der Fall, zugleich rechtfertigende Kraft besitzt (10 ff.); gegenstandslos aber ist die Frage des Gerechtfertigtseins, insoweit vermöge der Unangreifbarkeit des Urteils die durch dasselbe erzeugte Bereicherung als Nichtbereicherung behandelt werden muß (17).

V. Die Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten (vgl. JDR. **10** Nr. IV, JDR. **11** Nr. IV). 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 722, LeipzZ. **13** 68. Eine Schadenszufügung im Sinne des § 826 BGB. ist nicht darin zu finden, daß der Beklagte gegen den Kläger ein Urteil auf vertragsmäßige Leistung erwirkt hat, obwohl er die Anfechtbarkeit des Vertrags kannte (**RG. 67** 152).

2. **RG.** JW. **13** 19. In der Geltendmachung eines einwandfrei erlangten rechtskräftigen Urteils liegt keine unsittliche Schadenszufügung im Sinne des § 826 BGB. (**RG. 67** 153).

3. Ebenso SchlHolstAnz. **13** 13 (Kiel).

§ 323. Literatur: Reichel, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung. 1913.

I. Wesentliche Veränderung der Verhältnisse. Die Veränderung darf nicht voraussehbar gewesen sein. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2613. Bei Schadensersatzansprüchen muß es sich um eine Veränderung

der für den Schaden und seine Höhe bedeutsamen Verhältnisse handeln, die zur Zeit der früheren Verurteilung vorschauend noch nicht zu übersehen war. Bei Festsetzung einer Rente für Erwerbsverminderung als Folge eines Unfalls kann daher die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge regelmäßig, z. B. infolge des Alters eintretende Minderung der Erwerbsfähigkeit nicht als eine im Sinne des § 323 wesentliche Änderung der Verhältnisse angesehen werden.

2. **RG.** JW. **13** 272. Bloße Möglichkeiten, die zur Zeit des Urteils ersichtlich sind, müssen als solche gewürdigt und dürfen nicht einer späteren Entscheidung überlassen werden.

3. Wiedervereinigung getrennt lebender Ehegatten nach Erlaß eines Unterhaltsurteils aus § 1361 BGB. OLG. Braunschweig JDR. **11** Nr. I 6 jetzt auch OLG. **27** 89.

II. Anwendbarkeit auf Unterhaltsverträge (Vergleiche)? 1. **RG.** R. **13** Nr. 1181. § 323 findet auf Unterhaltsverträge zwischen Verwandten, wenn nicht ganz bestimmte Umstände dagegen sprechen, keine Anwendung.

2. RheinA. **110** 177 (Düsseldorf). Auf Vergleiche findet § 323 keine Anwendung. Im Wege der Auslegung ist aber zu prüfen, ob die Parteien bei Festsetzung einer Unterhaltsrente durch Vergleich nicht die Berücksichtigung einer wesentlichen Veränderung der maßgebenden Umstände stillschweigend haben vorbehalten wollen. Ist dies zu bejahen, so kann gemäß § 767 die Rente ermäßigt werden, wenn die wesentliche Änderung zuungunsten des Leistungspflichtigen eingetreten ist.

3. OLG. **27** 91 (Hamburg). Auf Vergleiche ist § 323 nicht anwendbar.

III. Verjährung. **RG.** EisenbE. **29** 326. Die zweijährige Verjährungsfrist des § 8 HaftpflG. gilt entsprechend auch für die nach § 323 zu erhebenden Ansprüche auf Erhöhung der Rente, und zwar beginnt sie für diese Ansprüche mit dem Zeitpunkt, in dem die wesentliche Veränderung der ursprünglich maßgebenden Verhältnisse eingetreten ist.

IV. Abs. 3. *Reichel 38 ff. Durch Abs. 3 wird Zurückforderung (Kondiktion) des auf die Zeit vor Anstrengung der Abänderungsklage Geleisteten nicht ausgeschlossen; sie erfolgt mittels besonderer Klage.

§ 325. I. Begriff der Rechtsnachfolge. Auch die Übertragung oder der Erwerb eines minderen Rechtes ist Rechtsnachfolge. 1. OLG. **26** 88 (KG.). Eine Rechtsnachfolge im Sinne des Prozeßrechts liegt nicht nur dann vor, wenn das einer Person zustehende Recht in derselben Gestalt und mit demselben Inhalte, wie es dieser zusteht, auf einen anderen übertragen, insbesondere eine Forderung abgetreten wird, sondern auch dann, wenn es sich um die Begründung eines neuen Rechtes handelt, sofern nur dieses seine Grundlage in einem Rechte dessen, der es begründet hat, findet und sich als eine vollständige oder teilweise Übertragung der mit diesem Rechte verbundenen Befugnisse auf den Erwerber des neubegründeten Rechtes darstellt (**RG. 15** 368, **45** 372). Es begründet auch keinen Unterschied, ob der Rechtsübergang oder die Rechtskonstituierung auf Rechtsgeschäft beruht oder kraft Gesetzes erfolgt, so daß auch der Erwerber eines Pfändungspfandrechts, der Ersteher eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung, der Mann als Nießbraucher des eingebrachten Gutes seiner Frau Rechtsnachfolger im Sinne der ZPO. ist (**RG. 53** 10). Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß ebenso, wie der Mann als Nießbraucher des eingebrachten Gutes seiner Frau kraft Gesetzes deren Rechtsnachfolger im Sinne der ZPO. ist, die Frau Rechtsnachfolgerin ihres Mannes in diesem Sinne dadurch wird, daß ihr durch Rechtsgeschäft der Nießbrauch an einem Grundstücke des Mannes eingeräumt wird.

2. **RG. 82** 35. Der Begriff der Rechtsnachfolge ist nicht im strengen Sinne des Wortes zu nehmen. Wie er nicht zu beschränken ist auf den abgeleiteten Erwerb,

sondern auch auf ursprünglichen Erwerb, insbesondere den Erwerb in der Zwangsversteigerung anzuwenden ist, so ist darunter nicht bloß der volle Rechtsübergang, sondern auch die Übertragung oder der Erwerb eines minderen Rechtes zu verstehen. Durch Rechtsnachfolge erlangte Rechtsdispositionen sind daher auch Besitz und Eigentumsübertragung im Grundbuch auf Grund nichtiger Auflassung.

3. **RG. 82** 29. Auch der Eigenbesitz fällt unter den Begriff der Rechtsnachfolge. § 325 hebt in seinem zweiten Teile nur eine bestimmte Art des Besitzes der Verdeutlichung wegen hervor, nämlich den dem mittelbaren (Eigen-) Besitze gegenüberstehenden unmittelbaren Besitz.

II. R. **13** Nr. 1334 (KG.). Das rechtskräftige Urteil auf Auflassung an einen Dritten wirkt nicht für den Dritten.

III. Im Streite befangene Sache. OLG. **26** 88 (KG.). Handelt es sich um die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung wegen einer Hypothekenforderung gegen den Nießbraucher des Grundstücks nach § 727, so ist die im Streite befangene Sache nicht die Hypothekenforderung, sondern ihre Volstreckbarkeit in das Grundstück, und damit dieses selbst. Der § 325 ist daher anzuwenden.

IV. Abs. 2. „Entsprechende" Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. **RG.** JDR. **11** Nr. III 1 jetzt auch SeuffA. **68** 165.

§ 328. Literatur: Feige, Die öffentliche Urkunde als Mittel der Vollstreckungsrechtshilfe zwischen Österreich und dem deutschen Reiche, DNotV. **13** 392—393. — Frankenstein, Die Verbürgung der Gegenseitigkeit im Sinne des § 328 ZPO. im allgemeinen und gegenüber Italien, R. **13** 83—86. — Leader, Die Vollstreckung deutscher Urteile in England, JW. **13** 14—15. — Lebrecht, Sind vor deutschen Gerichten abgeschlossene Vergleiche in Österreich vollstreckbar? R. **13** 554—555. — Derselbe, Die Vollstreckbarkeit von deutschen Kostenfestsetzungsbeschlüssen in der Schweiz, AGAnw. **13** 75. — Ott I, Rechtsverkehr nach der Schweiz, BadRpr. **13** 131—132. — Wagner, Die öffentliche Urkunde als Mittel der Vollstreckungsrechtshilfe zwischen Österreich und dem deutschen Reiche, DNotV. **13** 241—277.

I. Abs. 1 Ziff. 1. Zuständigkeit. **RG.** JW. **13** 552, R. **13** Nr. 1336 WarnE. **13** 358. Die Voraussetzung ist schon dann nicht gegeben, also die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts zu bejahen, wenn unter Zugrundelegung der Vorschriften des deutschen Rechtes, falls diese im Auslande gelten würden, die Zuständigkeit eines Gerichts des ausländischen Staates gegeben ist (**RG.** JW. **00** 590, Gruchots Beitr. **45** 1123).

II. Abs. 1 Ziff. 4. Höhere Kosten des ausländischen Prozeßverfahrens. **RG. 82** 29, JW. **13** 596. Daß die durch das ausländische Prozeßgericht festgesetzten Kosten des Verfahrens bedeutend höher sind, als wenn der Prozeß in Deutschland geführt worden wäre, bildet keinen Grund, ihretwegen das Vollstreckungsurteil zu versagen. Die Anerkennung der ausländischen Entscheidung in diesem Punkte schließt keinen Verstoß gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes in sich. Davon könnte nur bei offensichtlichem Überschreiten jedes billigen Maßes die Rede sein.

III. Abs. 1 Ziff. 1. Verbürgung der Gegenseitigkeit. 1. Begriff der Gegenseitigkeit. Frankenstein, R. **13** 83 ff. Eine anerkannte Definition des Begriffs der Gegenseitigkeit existiert nicht. Man wird Gegenseitigkeit stets anzunehmen haben, wenn die Voraussetzungen, unter denen das Ausland deutsche Urteile vollstreckt, im wesentlichen den Vorschriften für die Vollstreckung fremder Urteile entsprechen oder doch nicht wesentlich strengere sind. Die Vollstreckung wegen der im Auslande geübten révision au fond wird nur dann versagt werden dürfen, wenn das Ausland deutsche Urteile au fond, d. h. von Grund auf, nachprüft. Nachprüfung von Einzelheiten, z. B. der innerstaatlichen Zuständigkeit, bei der im übrigen die Rechtskraft des Urteils anerkannt wird, ist keine révision

au fond, sondern Aufstellung einzelner Erfordernisse, unter denen das im übrigen anerkannte Urteil vollstreckt wird. Die Frage nach der révision au fond ist die prinzipielle: erkennt der ausländische Staat deutsche Urteile grundsätzlich als Judikat an oder prüft er das Streitverhältnis nochmals von Grund auf nach, wobei er das Urteil entweder überhaupt ignoriert oder nur als Beweismittel benutzt? Nur wenn er das Judikat grundsätzlich anerkennt, révision au fond also ausschließt, ist zu prüfen, unter welchen einzelnen Voraussetzungen er deutsche Urteile vollstreckt. Steht auch das fest, so ist im Wege der Vergleichung mit § 328 zu ermitteln, ob die Erfordernisse des fremden Rechtes nicht wesentlich schwerer als die des deutschen Rechtes sind. Wenn ein Staat die Prüfung der inneren Zuständigkeit vorschreibt, so sind seine Erfordernisse für die Vollstreckung ausländischer Urteile nicht wesentlich strenger als die des deutschen Rechtes.

2. Österreich. a) ÖstZBl. **13** 1056 (ÖstRG.). Keine Vollstreckung aus dem Urteil eines prorogierten deutschen Gerichts beim Mangel einer schriftlichen Beurkundung der Prorogation. b) ÖstZBl. **13** 1057 (ÖstRG.). Ebensowenig aus dem Urteil eines als prorogiert angerufenen deutschen Gerichts, wenn die Urkunde über die prorogatio fori nicht schon mit der Klageschrift vorgelegt wurde. c) Vergleiche. Lebrecht, R. **13** 554 f. Hinsichtlich der Vollstreckbarkeit von Vergleichen ist im Verhältnisse zwischen dem Deutschen Reiche und Österreich die Gegenseitigkeit nicht verbürgt. d) Notarielle Urkunden. α. Wagner, DNotV. **13** 241 f., sucht darzulegen, daß die rechtliche Gleichstellung der gerichtlichen und notariellen Urkunden in Deutschland und Österreich unschwer möglich und in welcher Richtung ein Ausbau des geltenden Rechtes dazu notwendig ist. Es erscheint ihm als eine dringende Pflicht, die Vollstreckungsrechthilfe zwischen Deutschland und Österreich durch die Schaffung eines so leicht zu erlangenden, wertvollen und verläßlichen Vollstreckungstitels zu verbessern. β. Zustimmend Feige, DNotV. **13** 392.

3. Italien. a) Frankenstein, R. **13** 83 ff. Mit Art. 914 Ziff. 1 der italienischen ZPO., welcher bestimmt, daß der Gerichtshof zu prüfen hat, „ob das Urteil von einer zuständigen Gerichtsbehörde ausgesprochen ist", ist ausschließlich die internationale Zuständigkeit gemeint. Die Gegenseitigkeit gegenüber Italien ist also, wie im Gegensatze zu Wittmaack (JDR. **10** Nr. 3) anzunehmen ist, verbürgt. b) R. **13** Nr. 1784 (Nürnberg). Gegenüber Italien ist die Gegenseitigkeit verbürgt.

4. Rußland. BayObLG. **13** 690, BayRpflZ. **13** 73, DJZ. **13** 1272, OLG. **27** 92 (BayObLG.). Gegenüber Rußland ist in Ansehung des Vollzugs gerichtlicher Urteile die Gegenseitigkeit nicht verbürgt.

5. Spanien. **RG. 82** 29. Gegenüber Spanien ist die Gegenseitigkeit als verbürgt anzusehen, weil die sachliche Nachprüfung deutscher Urteile sich dort darauf beschränkt, ob sie eine dem öffentlichen Rechte, der Souveränität oder den Interessen Spaniens widersprechende Bestimmung enthalten, und dies im wesentlichen demselben Vorbehalt entspricht, den das deutsche Recht im § 328 Abs. 1 Ziff. 4 macht.

6. Schweiz. a) OLG. **26** 172 (Celle). Zwischen dem Deutschen Reiche und dem Kanton Aargau ist die Gegenseitigkeit als verbürgt anzusehen. b) Vollstreckbarkeitserklärung deutscher Kostenfestsetzungsbeschlüsse. Lebrecht, AGAnw. **13** 75. Für die Schweiz bedarf es der Vollstreckbarkeitserklärung nicht, die Kostenentscheidungen gemäß Artt. 18, 19 Haager Zivilprozeßabkommens vom 17. Juli 1905 können von der Partei selbst im gewöhnlichen Beitreibungsverfahren zur Vollstreckung gebracht werden. Die Frage der Vollstreckbarkeit von Kostenentscheidungen, welche die Verpflichtung zur Kostentragung seitens eines verurteilten Beklagten betreffen, richtet sich nach den Zivilprozeßordnungen der einzelnen Kantone, da eine einheitliche ZPO. für die Schweizer Eidgenossenschaft bisher noch nicht in Geltung ist. Das erste Erfordernis besteht darin,

daß die Gegenseitigkeit zwischen dem betreffenden Kanton und dem Deutschen Reiche verbürgt ist.

Dritter Titel. Versäumnisurteil.

Vor § 330. Wann liegt ein Versäumnisurteil vor? KGBl. **14** 6 (KG.). Für die Frage, ob ein Versäumnisurteil oder ein kontradiktorisches Urteil vorliegt, ob also der Einspruch oder die Berufung gegeben ist, ist nicht der Wille des Gerichts oder die Bezeichnung des Urteils entscheidend, sondern der Inhalt des Urteils. Ein Urteil ist ein Versäumnisurteil, wenn es auf der totalen Versäumnis einer Partei beruht und deren Folge zur Verwirklichung bringt, es ist ein kontradiktorisches, wenn eine Partei als vertreten angesehen worden ist (wobei es gleichgültig ist, ob das Gericht mit Unrecht die totale Versäumnis oder das Vertretensein angenommen hat).

§ 330. I. OLG. Kiel, JDR. **11** jetzt auch SeuffA. **68** 116.

II. Versäumnisurteil bei mangelnder gesetzlicher Vertretung s. § 56.

§ 331. Versäumnisurteil nach vorangegangenem Mahnverfahren s. §§ 696, 697 und 709.

§ 333. I. Begriff der Verhandlung. 1. OLG. **27** 114 (Colmar). Der bloße Widerspruch einer Partei gegen einen Antrag des Gegners ist auch ohne die Stellung eines formellen Gegenantrags ausreichend. Eine förmliche Antragstellung gehört zwar der Regel nach, nicht aber unbedingt zur Annahme einer mündlichen Verhandlung beider Parteien zur Sache (**RG. 10** 391). Eine solche ist stets dann gegeben, wenn die Parteien den Rechtsstreit vor Gericht irgendwie erörtern. Eine Verhandlung zur Hauptsache selbst ist nicht erforderlich, es genügt vielmehr jede Verhandlung, mag sie sich auf Tat- oder Rechtsfragen, auf die Sache selbst oder auf prozessuale Nebenfragen beziehen, sofern nur ein Zusammenhang mit der Hauptsache besteht. Ob die Parteien so verhandelt haben, wird aus ihrem Vorbringen nach der Gestaltung der Sache beurteilt (**RG. 10** 391, **31** 423).

2. KGBl. **14** 6 (KG.). Kein Versäumnisurteil, sondern ein kontradiktorisches Urteil ist zu erlassen wenn eine Partei im Laufe der Verhandlung erklärt, nicht weiter verhandeln zu wollen.

3. OLG. **27** 91 (München). Erklärt im Wechselprozesse der Anwalt des Beklagten nach Leistung des dem Kläger durch Beweisbeschluß auferlegten Eides, nicht weiter aufzutreten, so ist Versäumnisurteil gegen den Beklagten zulässig.

§ 335. Abs. 1 Ziff. 3. OLG. **27** 95, SächsOLG. **34** 95 (Dresden). Der rechtzeitigen Mitteilung tatsächlicher Behauptungen oder von Anträgen durch Schriftsatz steht das Vorbringen in einer früheren mündlichen Verhandlung zu Gehör des Gegners gleich. — Unter den Begriff des tatsächlichen mündlichen Vorbringens oder Antrags im Sinne der Nr. 3 des § 335 Abs. 1 fällt auch ein in der Berufungsinstanz neuer und wesentlicher Beweisantrag des Berufungsklägers über eine Behauptung, der, weil sie im ersten Rechtsgange bestritten worden war, das festgestellte Sachverhältnis entgegensteht.

§ 339. Abs. 2. 1. *Dickel, Rechtsfälle, Heft 1, Erl. 21 ff. Ist die Klage dem Beklagten im Auslande gehörig zugestellt und der alsdann im Termine nicht vertretene Beklagte durch Versäumnisurteil verurteilt, so muß die Zustellung des Versäumnisurteils nicht im „Ausland" erfolgen; die Zustellung kann vielmehr durch Aufgabe des Schriftstücks zur Post geschehen, wenn der Beklagte keinen Zustellungsbevollmächtigten bestellt hat. Die Einspruchsfrist bleibt also die gesetzliche.

2. SächsRpflA. **13** 314 (LG. Dresden). Auch wenn das Gericht fälschlich annimmt, daß die Voraussetzung des § 339 Abs. 2 gegeben ist, und eine Einspruchsfrist bestimmt, kann nur diese von ihm bestimmte Frist in Lauf gesetzt werden.

§ 343. *Dickel, Rechtsfälle, Heft 1, Erl. 21 ff., vertritt den Standpunkt, daß ein Versäumnisurteil, wenn demnächst auf Eid erkannt wird, schon in diesem

bedingten Endurteil aufzuheben und daß die Aufhebung oder Bestätigung des Versäumnisurteils nicht auf die Läuterung zu verschieben sei.

§ 344. I. R. **13** Nr. 1632 (Stuttgart). Aus § 344 darf nicht geschlossen werden, daß die Kosten eines in ungesetzlicher Weise ergangenen Versäumnisurteils schlechthin dem Gegner der vermeintlichen säumigen Partei aufzuerlegen sind; vielmehr sind, wenn nicht ein Fall der Kostenseparation vorliegt, die Kosten des Versäumnisverfahrens demjenigen Teile aufzuerlegen, der schließlich überhaupt unterliegt.

II. R. **13** Nr. 3267 (Colmar). Wenn nach erfolgtem Einspruche gegen ein die Klage zusprechendes Versäumnisurteil der Kläger die Klage zurücknimmt, so muß er sämtliche Prozeßkosten, einschließlich der durch die Versäumnis des Beklagten entstandenen tragen. Für die Kostenentscheidung ist allein § 271 maßgebend, der gegenüber § 95 eine die Anwendung des letzteren ausschließende Sondervorschrift enthält. Auch § 344 kann nicht zur Anwendung kommen, da die Entscheidung über die Kosten, die auf Grund der Klagezurücknahme ergeht, zwar eine das Versäumnisurteil abändernde Entscheidung ist, aber keine Entscheidung, die infolge des Einspruchs erlassen ist.

§ 346. BadRpr. **13** 61 (Karlsruhe). Das Urteil, das eine Partei gemäß § 515 des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil verlustig erklärt, ist weder mit der Berufung, noch auch hinsichtlich des Kostenpunkts nach § 99 mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar, sondern mit der Verkündung rechtskräftig.

Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

Vor **§ 355.** Beweisaufnahme zum Zwecke der Gesetzesauslegung (vgl. JDR. **10** § 373 Nr. I 1). **RG. 81** 276, DJZ. **13** 467. Der Richter ist befugt und verpflichtet, sich den zur Erkenntnis und Auslegung des Gesetzeswillens ihm erforderlich oder dienlich scheinenden Stoff, mag er der Entstehungsgeschichte des Gesetzes oder sonstigen Umständen zu entnehmen sein, in jeder dem richterlichen Feingefühle geeignet erscheinenden Weise zu verschaffen. Er ist dabei nicht an die für das Beweisverfahren der ZPO. gegebenen Formen und Regeln gebunden, aber auch nicht gehindert, sich ihrer zu bedienen. Er ist bei seiner Tätigkeit nicht beschränkt auf die Gesetzgebungsdrucksachen und sonstige Urkunden, sondern befugt, bestimmte Vorgänge bei der Entstehung eines Gesetzes durch Abhörung von Zeugen oder Auskunftspersonen anderer Art aufzuklären und festzustellen. Auch steht der Verwertung der bei Gelegenheit des einen Rechtsstreits gewonnenen Ergebnisse in einem anderen Rechtsstreite nichts entgegen. Die Frage der Brauchbarkeit des Ergebnisses für die Gesetzesauslegung ist keine Frage der prozessualen Zulässigkeit, sondern der vorsichtigen sachlichen Bewertung.

§ 356. I. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 557. Wenn eine Partei auf die Frage des Gerichts nach dem Wohnort eines von ihr benannten Zeugen antwortet, sie wolle die Adresse des Zeugen in 6 Wochen angeben, so ist in dieser Antwort die Stellung eines Antrags nach § 356 nicht zu erblicken.

II. Eine Partei kann nicht Aussetzung des Verfahrens bis zum Ausgang eines anderen Verfahrens beanspruchen, durch das sie Stoff zur Stellung neuer Beweisanträge zu gewinnen hofft. **RG.** JDR. **11** jetzt auch BayRpflZ. **13** 48.

§ 357. **RG. 81** 193, JW. **13** 387. Die Vorschrift gilt nicht für das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren zugunsten des zu Entmündigenden. Vgl. § 653.

§ 363. Literatur: Delius, Die Beweisaufnahme in inländischen Prozessen vor dem deutschen Konsul im Auslande, BankA. **12** 239—243.

*Delius, BankA. **12** 239. Es empfiehlt sich, Auslandsdeutschen die Verpflichtung aufzuerlegen, auf Ladung vor dem zuständigen deutschen Konsul als Zeuge oder Sachverständiger zu erscheinen. — Der § 20 KonsulatsG. vom 8. November 1867

muß auf die Vernehmung von Sachverständigen ausgedehnt werden, damit auch die Protokolle der Konsuln über Vernehmung von Personen als Sachverständigen die gesetzliche Beweiskraft haben, wie Zeugenprotokolle.

§ 366. Literatur: Laubhardt, Entscheidung über die Eigenschaft als Zeuge oder Sachverständiger durch den ersuchten Richter, BuschsZ. **44** 49—56.

§ 368. Literatur: Wienstein, Bedeutung des Ausbleibens des Schwurpflichtigen im Eidesleistungstermine, BayRpflZ. **13** 122—124.

Wienstein, BayRpflZ. **13** 122 ff. Mit der Bedeutung des Parteieids scheint es nicht vereinbar, den § 368 in der Weise zu verwerten, wie dies vielfach geschieht. Die Frage ist, ob ein neuer Beweisaufnahmetermin „erforderlich" wird, wenn im ersten Termine der Schwurpflichtige unentschuldigt ausgeblieben und kein Antrag aus § 465 gestellt worden ist. Man wird einen neuen Termin nicht ohne weiteres als erforderlich voraussetzen dürfen, da vorerst nicht feststeht, ob nicht etwa der Schwurpflichtige ausbleiben wollte, obgleich er unbehindert war, zu erscheinen. Es ist auch nicht zu ersehen, auf Grund welcher Vorschrift das Prozeßgericht einen neuen Termin von Amts wegen bestimmen könnte; erst durch einen Antrag wird ein neuer Termin im Sinne des § 368 erforderlich. Dem Schwurpflichtigen wird es überlassen bleiben müssen, sein Ausbleiben nach § 367 Abs. 2 zu entschuldigen. Der § 467 Abs. 2 soll eine zweckentsprechende Abkürzung des Verfahrens in einem besonderen Falle bewirken, setzt aber im übrigen voraus, daß ein weiterer Termin ohne Antrag nicht zu bestimmen ist. Vgl. auch Fuchs, JDR. **11**.

§ 370. Wienstein, BayRpflZ. **13** 122 ff. § 370 ist nicht wörtlich so zu verstehen, daß nur unter der Voraussetzung der Erledigung der Beweisaufnahme der gleiche Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt sei. Dies ergibt sich daraus, daß das Gericht sogleich in die Verhandlung eintreten und demnächst beschließen kann, von der Beweiserhebung abzusehen. Aber auch für den Fall, daß es zur mündlichen Verhandlung gemäß § 360 wegen Ausbleibens einer Partei nicht kommt, wird sich kaum behaupten lassen, daß eine beschlossene Beweiserhebung unter allen Umständen durchgeführt werden müsse. Man nehme an, daß die geladenen Zeugen ausbleiben. Sollte es nun unmöglich sein, das Versäumnisurteil gegen den Beweisführer zu erlassen, welches doch ergehen müßte, wenn die Beweiserhebung stattgefunden und ein dem Beweisführer möglichst günstiges Ergebnis gehabt hätte? (vgl. Skonietzky Anm. 4c zu § 322). Ein Versäumnisurteil gegen den Beweisführer ist ferner auch dann möglich, wenn das Gericht, vielleicht gestützt auf eine inzwischen ergangene höchstrichterliche Entscheidung, seinen Beweisbeschluß als unrichtig erkannte und deshalb von der Ladung des Zeugen abgesehen oder die erschienenen Zeugen unvernommen entlassen hat, weil anderenfalls der Beweisführer durch wiederholtes Ausbleiben eine dem Gegner höchst beschwerliche Verzögerung der Entscheidung bewirken könnte.

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

§ 373. I. Bestimmte Bezeichnung von Tatsachen. 1. Dienstliche Überlastung. **RG.** R. **13** Nr. 1182, WarnE. **13** 245. Die ohne nähere Angaben aufgestellte Behauptung, der Beklagte sei innerhalb einer näher angegebenen Zeit „dienstlich überlastet" gewesen, ist ein Urteil, nicht die Bezeichnung einer Tatsache im Sinne des § 373. Das Gericht braucht auch nicht abzuwarten, ob die als Zeugen Benannten durch ihre Aussagen etwa die tatsächlichen Unterlagen beibringen möchten. Denn die Angabe der erforderlichen Tatsachen ist Aufgabe der beweispflichtigen Partei. Kann sie sie nicht beschaffen, so muß sie die Folgen tragen, selbst wenn die Sachlage es erklärlich erscheinen lassen sollte, daß sie kaum in der Lage sei, diese Tatsachen noch einzeln anzugeben.

2. Aufstellung einer bloßen Vermutung. RG. R. 13 Nr. 2132. Die Benennung eines Zeugen im Ehescheidungsprozesse dafür, daß die Beklagte während der Zeit der Verlobung und „wohl auch" nach der Eheschließung mit zwei Männern aus V. Geschlechtsverkehr gehabt habe, entbehrt der erforderlichen Bestimmtheit. Es handelt sich nicht um die Behauptung einer bestimmten Tatsache, sondern um die Aufstellung einer bloßen Vermutung.

3. Vergessen. RG. R. 13 Nr. 1491. „Vergessen" einer Handlung kann nicht unmittelbarer Gegenstand eines Zeugenbeweises durch Dritte sein. Bei einem Vergessen handelt es sich um eine innere Tatsache bei der Person, die etwas unterläßt. Ob dieses Unterlassen auf Vergeßlichkeit oder auf anderen Ursachen beruht, entzieht sich der Wahrnehmung Dritter und kann nur auf Grund anderer Tatsachen im Wege der Schlußfolgerung beurteilt werden.

II. Genaue Bezeichnung des Zeugen. 1. RG. MschutzuWettbew. **12** 557. Eine Beweisantretung durch einen Zeugen ohne Bezeichnung seines Wohnorts ist nicht zu beachten, weil er nicht geladen werden kann.

2. Ebenso RG. R. 13 Nr. 3162.

III. Wer kann Zeuge sein? 1. Reeder. RG. **82** 131. Auch die von der Vertretung — und damit vom Parteieid — ausgeschlossenen Mitreeder dürfen im Reedereiprozeß als Zeugen nicht vernommen werden, weil sie in ihrer Verbindung als Reeder die Prozeßpartei bilden.

2. OLG. 27 96 (Naumburg). Der gemäß § 86 Abs. 3 VersVG. vom 12. Mai 1901 für Preußen bestellte Generalbevollmächtigte einer ausländischen Versicherungsgesellschaft, der nach § 115 Abs. 2 VersVG. zur gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft in Preußen zugelassen ist, kann als Zeuge in Prozesse der Gesellschaft vernommen werden.

IV. Verwertung von Zeugenaussagen im Wege des Urkundenbeweises. S. hierüber § 286 Nr. I 4 b.

V. Sachverständige Zeugen. S. § 414.

§ 377. SchlHolstAnz. **13** 30 (LG. Kiel). Die gerichtliche Ladung eines Zeugen zu einem Beweisaufnahmetermine kann nur durch einen gerichtlichen Akt, nicht durch eine private Mitteilung (Abbestellung durch den Prozeßbevollmächtigten einer Partei auf Anordnung des Gerichts) außer Kraft gesetzt werden. Der trotz der Abbestellung erschienene Zeuge hat daher Anspruch auf Zeugengebühren.

§ 379. R. **13** Nr. 2138 (Colmar). Hat das Prozeßgericht zwar die Zeugenladung von der Hinterlegung eines Auslagenvorschusses abhängig gemacht, aber keine Frist für diese bestimmt, so darf es die Beweisaufnahme nicht auf Grund des § 379 Abs. 2 ablehnen, und zwar selbst dann nicht, wenn der Vorsitzende nachträglich dem Beweisführer eine Frist für die Hinterlegung bestimmt hatte. Auch die Frist ist durch das Prozeßgericht zu bestimmen.

§ 381. Wann gilt das Ausbleiben eines Zeugen infolge geschäftlicher Behinderung als entschuldigt? KGBl. **13** 76 (KG.). Geschäftliche Behinderung durch eine zur Terminsstunde vorzunehmende Erwerbstätigkeit ist in der Regel kein genügender Entschuldigungsgrund, weil die Zeugenpflicht auch besteht, wenn durch die Wahrnehmung des Termins vom Zeugen ein Erwerb versäumt wird, wofür er gemäß § 401 ZPO., § 2 GO. f. Z. u. S. Zeitversäumnis beanspruchen kann. Nur wenn dem Zeugen durch die Erwerbsversäumnis ein unverhältnismäßiger Nachteil entstehen würde, rechtfertigt sie einen Antrag auf Terminsverlegung und vermag, wenn dieser Antrag nicht mehr vor dem Termine gestellt werden kann, sein Ausbleiben genügend zu entschuldigen. Die Notwendigkeit einer solchen gerade am Terminstag erforderlichen geschäftlichen Tätigkeit, insbesondere also ihre Unaufschiebbarkeit hat der Zeuge in seinem Antrag auf Terminsverlegung oder bei seiner nachträglichen Entschuldigung darzulegen unter

näherer Angabe der Gründe, weshalb eine Unterlassung oder Verschiebung dieses Geschäfts oder eine Vertretung bei der Erledigung des Geschäfts einen unverhältnismäßigen Nachteil verursacht haben würde. Das gilt auch bei einem Zeugen, der, im festen Vertragsverhältnisse stehend, von seinem Arbeitgeber mit der Erledigung eines Geschäfts beauftragt worden ist. Ein solcher Zeuge hat darzulegen, ob er seinem Arbeitgeber seine Behinderung an der Erledigung seines Geschäfts durch seine Zeugenpflicht mitgeteilt hat, ob trotzdem der Arbeitgeber die Erledigung des Geschäfts durch ihn selbst zur Terminszeit verlangt hat und aus welchem der oben angegebenen Gründe dieses Verlangen gerechtfertigt war. Denn auch der Dienstverpflichtete kann sich gegenüber seinem Arbeitgeber darauf berufen, daß er an der Erfüllung seiner Verpflichtung für die Dauer eines Termins durch seine Zeugenpflicht behindert ist, und der Arbeitgeber kann nur dann verlangen, daß der Zeuge einen gerichtlichen Termin versäumt, um ein Dienstgeschäft zu erledigen, wenn die Unterlassung oder Verschiebung dieses Geschäfts oder die Wahrnehmung durch einen Vertreter dem Geschäftsherrn einen unverhältnismäßigen Nachteil bringen würde. Ein am Terminstage vom Zeugen telegraphisch übersandter Antrag auf Terminsverlegung, da er habe „dringend geschäftlich verreisen müssen", oder die Behauptung der Beschwerdeschrift, daß er am Terminstag im Auftrage seiner Arbeitgeberin geschäftlich nach Meißen habe reisen müssen, genügen nicht.

Vor **§ 383.** FrankfRundsch. **46** 255 (LG. Frankfurt). Kein Zeugnisverweigerungsrecht eines nach § 1036 im schiedsrichterlichen Verfahren zu vernehmenden Zeugen wegen formeller Einwendungen im Hinblick auf den zu erwartenden Schiedsspruch.

§ 383. Literatur: Doerr, Die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht im Zivil- und Strafprozesse, BayRpflZ. **13** 296—297. — Ruth, Das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte nach der StPO. und ZPO., DJZ. **13** 1198—1199.

I. Abs. 1 Ziffer 5. Notare. HansGZ. **13** Beibl. 72 (Hamburg). Der zur Testamentserrichtung zugezogene hamburgische Notar hat nach § 7 HambG. betr. das Notariat vom 29. Dezember 1899 ein Zeugnisverweigerungsrecht hinsichtlich der Verhandlungen bei der Testamentserrichtung.

II. Belehrung der Angehörigen über das Zeugnisverweigerungsrecht. Doerr, BayRpflZ. **13** 296. Die Angehörigen sind bei der gesetzlich vorgeschriebenen Belehrung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht auch darauf aufmerksam zu machen, daß aus der Zeugnisverweigerung unter Umständen nachteilige Schlüsse für die zu ihnen in Beziehungen stehende Partei gezogen werden können, die sie nicht beabsichtigt oder sich nicht vorgestellt haben.

III. Über Zeugnisverweigerungsrecht bei wiederholter Vernehmung vgl. § 398.

§ 384. Literatur: Das Zeugnisverweigerungsrecht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften in gesellschaftlichen Angelegenheiten, BauersZ. **20** 169.

I. Ziff. 1. Unmittelbarer Schaden. FrankfRundsch. **46** 243 (Frankfurt). Das Mitglied eines Syndikats, das als solches zur Einhaltung von Mindestpreisen beim Verkaufe verpflichtet ist, darf, zumal wenn es wegen angeblicher Preisunterbietungen bereits von dem Syndikate gemaßregelt worden ist, das Zeugnis über seine mit einem anderen Syndikatsmitgliede vereinbarten Lieferungsbedingungen verweigern. Es läuft durch deren Bekanntgabe Gefahr, daß das Syndikat sie ungünstig beurteilt und infolgedessen zu weiteren schädigenden Maßnahmen finanzieller Natur gegen ihn greift.

II. Ziff. 3. 1. Gewerbegeheimnis. a) FrankfRundsch. **46** 243 (Frankfurt). Die Bezugsbedingungen eines Kaufmanns bedeuten ein sein Handelsgewerbe betreffendes Geheimnis, wenn sie noch laufende sind und ihre Bekanntgabe geeignet

ist, sie zu verschlechtern. b) HessRspr. **14** 49 (Darmstadt). Der Umfang der Bierlieferungen einer Bierbrauerei ist kein Gewerbegeheimnis im Sinne von § 384 Ziff. 3. c) OLG. **27** 97, BauersZ. **21** 11 (Braunschweig). Der Geschäftsführer einer Brauerei-G. m. b. H. kann sein Zeugnis verweigern über die Verkaufspreise der Brauerei innerhalb eines bestimmten Bezirks. § 384 Ziff. 3 deckt auch handelsgeschäftliche Gewerbegeheimnisse (**RG. 54** 325) und nicht bloß die eigenen des Zeugen, sondern auch die seines Arbeitgebers, dem gegenüber er zur Bewahrung des Geheimnisses verpflichtet ist (**RG. 53** 42).

2. Geschäftsführer eines Auskunfteivereins. OLG. **27** 97 (Hamburg). Das Zeugnisverweigerungsrecht des Inhabers oder Angestellten einer kaufmännischen Auskunftei besteht nicht nur in bezug auf die Quellen der Auskunft, sondern grundsätzlich auch hinsichtlich des Inhalts der erteilten Auskunft. Es ist nur dann zu versagen, wenn nach den besonderen tatsächlichen Verhältnissen die Pflicht zur Verschwiegenheit fortfällt.

§ 385. I. Abs. 1 Ziff. 4. Vertreter. *Dickel, Rechtsf., Heft 1, Erl. 33, erachtet auch den Geschäftsführer ohne Auftrag als Vertreter im Sinne dieser Vorschrift.

II. Abs. 2. Befugnis des Erben zur Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht über eine vom Erblasser anvertraute Tatsache. ElsLothJZ. **38** 354, OLG. **27** 98 (Colmar). Ob der Erbe den Notar von der Verschwiegenheit bezüglich einer ihm kraft seines Amtes durch den Erblasser anvertrauten, geheimzuhaltenden Tatsache entbinden kann, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Frage ist dann in der Regel zu bejahen, wenn die in das Zeugnis des Notars gestellte Tatsache für ein kraft der Erbfolge der Verfügung des Erben unterworfenes Rechtsverhältnis von Bedeutung ist.

§ 387. Abs. 3. a) HessRspr. **14** 38 (Darmstadt). Nach Erlaß des Endurteils ist die sofortige Beschwerde nicht mehr zulässig. Mit diesem Augenblicke kann sich die Partei nur noch durch das Endurteil beschwert fühlen und deshalb das gegen dieses zulässige Rechtsmittel verfolgen. Die Beschwerde gegen das Zwischenurteil ist dagegen gegenstandslos, weil dadurch die Entscheidung in der Hauptsache für die erste Instanz doch nicht mehr geändert werden könnte. Die nichtangefochtene Entscheidung des Zwischenurteils kann für die zweite Instanz nicht bindend werden. Wenn der Zeuge auch in zweiter Instanz als Zeuge benannt wird und wiederum das Zeugnis verweigern sollte, so ist hierüber von dem Berufungsgerichte selbständig und ohne Rücksicht auf das landgerichtliche Zwischenurteil zu entscheiden. b) Hiergegen wendet sich Hirsch, HessRspr. **14** 108.

§ 391. I. Abs. 1. **RG. 82** 273. Die zu Unrecht unterbliebene Beeidigung eines Zeugen bildet dann keinen Revisionsgrund, wenn der Vorderrichter in rechtlich unanfechtbarer Weise ausgesprochen hat, daß er auch die beeidigte Aussage des Zeugen nicht anders als die unbeeidigte würdigen werde.

II. Abs. 2. Verzicht auf die Beeidigung. 1. Verzicht nur für eine Instanz. **RG.** BayRpflZ. **13** 129, WarnE. **13** 213. Der auf die erste Instanz beschränkte Verzicht ist zulässig (JW. **03** 306). Er kann aber rechtliche Wirkungen äußern nur innerhalb der ihm durch den Erklärenden gesteckten Grenzen, also nur für den ersten Rechtszug. Das Zeugnis (oder Gutachten) kommt daher für das Berufungsgericht nur als unbeeidigtes in Betracht. Das Berufungsgericht muß den Zeugen (oder Sachverständigen) deshalb dem Gesetze gemäß beeidigen, und zwar nicht nur dann, wenn dessen nochmalige Vernehmung angeordnet ist.

2. Stillschweigender Verzicht. **RG.** BayRpflZ. **13** 129. Stillschweigender Verzicht auf die Beeidigung in zweiter Instanz ist anzunehmen, wenn die Partei sich der Benutzung des Zeugnisses oder Gutachtens durch den Gegner

und der Verwertung durch das Gericht nicht widersetzt, und nicht etwa die Beeidigung des Zeugen oder Sachverständigen, vielmehr nur seine wiederholte Vernehmung, und zwar vor dem Prozeßgerichte beantragt hat. Darin liegt die Kundgebung, daß auch sie trotz fehlender Beeidigung das Zeugnis oder Gutachten als Beweisstoff betrachte und betrachtet wissen wolle.

§ 393. Literatur: Hagen, Zeugnisverweigerung und Eidesleistung im Zivilprozeß, BayRpflZ. 13 67—69.

I. Abs. 1 Ziff. 4. Zedent. **RG.** **81** 160, BauersZ. **20** 237, JW. **13** 317. Die Abtretung eines Anspruchs, damit der Abtretende als Zeuge vernommen werden kann, verstößt an sich nicht gegen die guten Sitten und macht die Abtretung nicht nichtig. Vgl. JDR. **11** Nr. I 2.

II. Abs. 2. Hagen, BayRpflZ. **13** 67 ff., begründet mit der herrschenden Meinung gegen Stein (10), Anm. III Ziff. 2 zu § 393, die Zulässigkeit der Verweigerung der Eidesleistung der zeugnisverweigerungsberechtigten Personen im Falle des Abs. 2.

§ 396. Literatur: v. Beneckendorff und v. Hindenburg, Ein Beitrag zur Psychologie der Zeugenaussagen, KuW. **13** 80—82.

§ 398. Literatur: Freymuth, Zeugnisverweigerungsrecht bei wiederholter Vernehmung, DJZ. **13** 635. — Grosebert, Dasselbe, R. **13** 337. — Rudolph, Dasselbe, DJZ. **13** 463—464.

I. Wiederholte Vernehmung. **RG.** JW. **13** 500, R. **13** Nr. 985. Eine „wiederholte Vernehmung" ist nur eine nochmalige Vernehmung über denselben Beweisgegenstand (**RG.** **48** 390). Darauf, ob die Vernehmung darüber ausdrücklich angeordnet worden war, kommt es nicht an. Eine Vernehmung über denselben Gegenstand ist indes nicht schon damit gegeben, daß sie sich auf denselben Vorgang bezieht; entscheidend ist vielmehr, ob sich der Zeuge gerade über die bestimmte Einzelheit, über die seine Vernehmung verlangt wird, bei der früheren Vernehmung bereits in bejahendem oder verneinendem Sinne geäußert hat (**RG.** JW. **99** 339, SeuffA. **55** Nr. 176).

II. Zeugnisverweigerungsrecht bei wiederholter Vernehmung. Rudolph, DJZ. **13** 463. Die wiederholte Vernehmung im Sinne des § 398 hat dieselben Beweisfragen wie die erste Vernehmung zum Gegenstande, sie ist demnach eine Ergänzung dieser ersten Vernehmung. Der einmal erklärte Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht ist auch auf die erneute Vernehmung auszudehnen. Die wiederholte Vernehmung hat ohne besonderes Ersuchen sofort eidlich zu erfolgen. Dagegen Grosebert, R. **13** 337 f.

§ 401. Vgl. § 377.

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

Vor **§ 402.** Literatur: von Jhering, Die Beweislast. Beitrag zur Frage der Aufgaben des gerichtlichen Sachverständigen, MschutzuWettbew. 12 494—498. — Katz, Vorbildliche Behandlung des Sachverständigenbeweises in der englischen Rechtsprechung, MschutzuWettbew. 12 540—541.

I. Allgemeines über den Beweis durch Sachverständige. 1. Aufgabe des Sachverständigen. von Jhering, MschutzuWettbew. **12** 494 ff. Es ist im Zivilprozeßverfahren lediglich Sache der Parteien, die Beweismittel, deren sie sich zum Nachweise tatsächlicher Behauptungen bedienen wollen, zu bezeichnen und das hierzu erforderliche Beweismaterial beizubringen. Der Sachverständige ist Gehilfe des Richters; er darf nicht selbst über streitige Tatsachen Beweis erheben. Der Sachverständige ist hierzu insbesondere auch im Patent- und Gebrauchsmusterprozesse gar nicht imstande, da ihm das zu einer erschöpfenden Neuheitsrecherche erforderliche Hilfsmittel (Be-

nutzung des Recherchenmaterials des Patentamts) nicht zur Verfügung steht und die Recherchen in öffentlichen Bibliotheken keinerlei Gewähr für das Nichtvorhandensein neuheitshindernder, öffentlicher Druckschriften geben können.

2. Bedeutung des Sachverständigen in Patentprozessen. Katz, MschutzuWettbew. **12** 540 f. Die deutschen Gerichte haben überwiegend die Neigung, sich bei der Abfassung der Urteile in Patentprozessen die Auslegung der Sachverständigen über die Patentschrift maßgebend sein zu lassen. Es ist mehr als unerwünscht, daß in Deutschland die Auffassung gilt, wie die Entscheidung eines Patentprozesses von der Auswahl des Sachverständigen abhängt; denn die Entscheidung wird damit mehr oder minder zu einem Zufallsspiele. Dringend ist zu wünschen, daß auch die deutschen Gerichte die Befragung des Sachverständigen lediglich einschränken auf die Auslegung technischer Ausdrücke oder auf die Darlegung der technischen oder wissenschaftlichen Erfahrungstatsachen, die zum Verständnisse des Zusammenhanges der in der Patentschrift geschilderten Vorgänge erforderlich ist.

II. Verwertung von Privatgutachten. **RG.** JDR. **11** Nr. II 2 jetzt auch SeuffA. **68** 85.

§ 404. **RG.** R. **13** Nr. 2445. Die Tauglichkeit eines Sachverständigen für die Erstattung von Gutachten einer bestimmten Art ist Sache der dem Tatsachenrichter zustehenden, einer Nachprüfung im Revisionsverfahren nicht unterliegenden Beweiswürdigung.

§ 406. I. Abs. 1. Ablehnungsgründe. 1. Dauernde Geschäftsverbindung des Sachverständigen mit einer Partei. KGBl. **13** 21 (KG.). Eine dauernde Geschäftsverbindung zwischen dem Sachverständigen und einer Partei kann allerdings bei der Gegenpartei die Besorgnis rechtfertigen, daß der Sachverständige mit Rücksicht auf seine Beziehungen zu dem anderen Streitteile sein Gutachten nicht unparteiisch abzugeben imstande sein werde. Indes müssen, damit diese Befürchtung berechtigt ist, die zwischen dem Sachverständigen und der Partei bestehenden geschäftlichen Beziehungen schon von längerer Dauer sein und so erhebliche Geschäfte gezeitigt haben, daß eine gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit des Sachverständigen von der Partei anzunehmen sein würde, die befürchten lassen könnte, daß der Sachverständige, um die Vorteile dieser Verbindung nicht zu verlieren, nicht den Mut zu einem dieser Partei ungünstigen Gutachten finden möchte. Wenige seltene Geschäfte zwischen dem Sachverständigen und dem Gegner berechtigen die andere Partei nicht zur Ablehnung des Sachverständigen (vgl. WarnE. **09** 51).

2. Verhalten des Sachverständigen in den von ihm angeordneten Terminen. ElsLothJZ. **38** 359 (Colmar). Kein Grund zur Ablehnung eines Sachverständigen, wenn er eine Partei in der Zahl der von ihr zur Vertretung in den Verhandlungen vor ihm berufenen Personen beschränkt, sofern die Beschränkung sachlich gerechtfertigt ist.

II. Abs. 2. Anbringung des Ablehnungsgesuchs. **RG.** Bay. RpflZ. **13** 300. Ein Ablehnungsgesuch ist nicht angebracht, wenn die Partei lediglich vor Erlaß des die Vernehmung des Sachverständigen anordnenden Beweisbeschlusses in einem vorbereitenden Schriftsatz erklärt, daß bei dem Sachverständigen die Besorgnis der Befangenheit begründet sei. Es liegt nur eine von einer Partei der anderen gegenüber abgegebene Erklärung über die vorzuschlagenden Sachverständigen vor.

III. Abs. 4. Über das Ablehnungsgesuch muß durch besonderen Beschluß entschieden werden. **RG.** BayRpflZ. **13** 300. Ein gegen einen Sachverständigen angebrachtes Ablehnungsgesuch muß durch einen besonderen Beschluß des Gerichts beschieden werden. Der Beschluß ist zwar, wenn

er in der Berufungsinstanz ergeht, gemäß § 567 Abs. 2 unanfechtbar, auch wenn das Ablehnungsgesuch darin für unbegründet erklärt wird. Gleichwohl ist es eine Verletzung der Vorschriften über das Verfahren, wenn das OLG. über das Ablehnungsgesuch ohne besonderen Bescheid hinweggeht und nur in dem Endurteil es als unbegründet zurückweist. Diese Verletzung einer Verfahrensvorschrift kann den Gegenstand eines Revisionsangriffs bilden und zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen, wenn das Urteil darauf beruht. Das Urteil beruht auf dem Verstoße, wenn darin das Gutachten des abgelehnten Sachverständigen berücksichtigt ist (vgl. **RG. 60** 110, JW. **06** 572).

§ 411. ElsLothJZ. **38** 359 (Colmar). Die Partei hat ein Recht, sich in den Verhandlungen vor dem Sachverständigen durch einen Fachmann Beistand leisten zu lassen.

§ 412. BayObLG. **13** 623 (BayObLG.). Das Gericht ist nicht schon deshalb, weil die Ansichten der vernommenen Sachverständigen auseinandergehen, gehalten, dem Antrag auf eine neue Begutachtung durch dieselben oder andere Sachverständige stattzugeben, sondern es hat nach freier Überzeugung darüber zu befinden, ob das eine oder andere Gutachten in Verbindung mit den sonstigen Ergebnissen der Beweisaufnahme genügt.

§ 414. Literatur: Laubhardt, Entscheidung über die Eigenschaft als Zeuge oder Sachverständiger durch den ersuchten Richter. BuschsZ. **44** 49—56.

RG. WarnE. **13** 410. Grundsätzlich gilt auch bei einem sachverständigen Zeugen nach § 414 die Vorschrift des § 373, wonach die Tatsachen, über die seine Vernehmung erfolgen soll, zu bezeichnen, d. h. bestimmt zu bezeichnen sind und die Beweisantretung nicht dazu dienen darf, durch die Vernehmung die zu verwertenden Tatsachen erst zu ermitteln.

Neunter Titel. Beweis durch Urkunden.

§§ 415 ff. Einholung behördlicher Auskünfte vgl. § 286 Nr. II 5.

§ 415. RG. (Strafs.) GoltdA. **60** 287. Die Bürgermeister und Gemeinderäte der Landgemeinden der Rheinprovinz sind zur Beglaubigung von Unterschriften nicht zuständig. Solche von diesen ausgestellte Beglaubigungen sind daher keine öffentlichen Urkunden.

§ 416. Literatur: Siegel, Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde, AZivPr. **111** 1—134.

*Siegel, AZivPr. **111** 30 ff. § 416 überhebt des Nachweises, daß der an sich unvollständige Tatbestand, nämlich das Schreiben, zum Erklärungstatbestande zu ergänzen sei. Der Gegenbeweis gegenüber dieser Beweisregel ist zulässig, nur nicht durch Eideszuschiebung. Unstatthaft ist in gleichem Umfange die Auferlegung eines richterlichen Eides. Vgl. oben zu §§ 116 ff. BGB.

§ 423. MschutzuWettbew. **13** 41 (Patentamt, Beschwerdeabt.). Die Vorschrift findet auf das Patenterteilungsverfahren keine Anwendung. Die Verpflichtung zur Vorlegung von Urkunden ist im Einspruchsverfahren vor den ordentlichen Gerichten zwischen den Beteiligten festzustellen.

§§ 437, 440. *Eckstein, GruchotsBeitr. **57** 655. Die gesetzliche Vermutung ist durch bloße Gegenvermutung zu entkräften (vgl. oben I 2 zu § 292).

Zehnter Titel. Beweis durch Eid.

§ 445. I. Eideszuschiebung über innere Tatsachen. 1. Benachteiligungsabsicht. a) **RG.** LeipzZ. **13** 310. Benachteiligungsabsicht und Kenntnis davon im Sinne von § 3 Ziff. 1 AnfG. sind keineswegs bloße, vom Tatsächlichen losgelöste Rechtsbegriffe, sondern Tatsachen, freilich nicht Tatsachen

der Außenwelt, sondern sog. innere Tatsachen; daß aber auch solche, die erforderliche Bestimmtheit vorausgesetzt, Gegenstand der Eideszuschiebung sein können, ist allgemein anerkannt. Die Eideszuschiebung ist namentlich dann zulässig, wenn ein reines Erfüllungsgeschäft nicht vorliegt. **b) RG.** LeipzZ. **13** 562. Die Eideszuschiebung an den Gläubiger über den Tatbestand des § 31 Nr. 1 KO. beim Vorliegen eines inkongruenten Deckungsgeschäfts ist zulässig.

2. Kenntnis einer Tatsache. **a) RG.** LeipzZ. **13** 471. Nach der feststehenden Rechtsprechung des RG. (**RG. 43** 392, JW. **96** 475) kann der Eid über die Kenntnis einer Tatsache erst dann auferlegt werden, wenn zunächst diese Tatsache selbst anderweit bewiesen oder zugestanden ist. **b) RG.** JW. **13** 1153. Die Eideszuschiebung darüber, daß der Beklagte gewußt habe, es sei nicht mehr genügend Ton zum Betriebe der Ziegelei und Ofenfabrik auf dem Grundstücke vorhanden, ist zulässig. Der Eid enthält nicht eine Schätzung oder ein Urteil, sondern betrifft eine innere Tatsache.

II. Eideszuschiebung über Rechtsbegriffe. Sie ist ausgeschlossen, wenn die Parteien gerade über die Anwendung des Begriffs streiten. **RG.** LeipzZ. **13** 220. Wenn auch die Eideszuschiebung über Rechtsbegriffe und Urteile nicht unter allen Umständen ausgeschlossen, sondern da ausnahmsweise zulässig erscheint, wo sie nach der Befähigung des Schwurpflichtigen und der Lage des einzelnen Falles als auf etwas Tatsächliches gerichtet anzusehen ist (JW. **08** Nr. 435), so geht eine solche Eideszuschiebung doch da über das ihr nach § 445 zugängliche Gebiet hinaus, wo gerade zwischen den Parteien Streit über die Bedeutung des Rechtsbegriffs besteht (WarnE. **09** Nr. 429).

III. Rechtsvorgänger. Der Schuldner in Anfechtungsprozessen. **RG.** LeipzZ. **13** 310. Der Schuldner ist Rechtsvorgänger des Anfechtungsgegners bei einer Anfechtung aus § 3 AnfG. Daher ist auch über die Benachteiligungsabsicht, obwohl sie eine nicht dem Inneren des Anfechtungsgegners, sondern des Schuldners angehörige Tatsache ist, die Eideszuschiebung an den Anfechtungsgegner gesetzlich nicht ausgeschlossen.

IV. Vertreter. **RG.** BauerZ. **20** 203. Zulässig ist die Eideszuschiebung an eine GmbH. über Handlungen und Wahrnehmungen der Mitglieder ihres Aufsichtsrats mit Bezug auf die nach dem Statute diesem zugewiesene Festsetzung einer Vertragsstrafe. Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind insoweit als Vertreter der GmbH. anzusehen.

§ 446. *Siegel, AZivPr. **111** 36. Keine Eideszuschiebung darüber, ob eine unterschriebene Urkunde eine Erklärung darstellt. Vgl. oben zu §§ 116 ff. BGB.

§ 451. I. Bestimmte Bezeichnung der unter Eid gestellten Tatsache. 1. Grundsatz. **RG.** JW. **13** 926, MSchutzuWettbew. **13** 15, WarnE. **13** 459. Die Vorschrift erfordert eine so bestimmte Bezeichnung der Tatsache, daß dem Gegner eine Erklärung und die eidliche Bekräftigung zugemutet werden kann. Hierzu ist in der Regel die Angabe der Tatsache nach Zeit, Ort und Umständen notwendig. Ist nach Lage der Sache die Partei nicht in der Lage, in solcher Weise ihre Behauptungen zu bezeichnen, so bedarf es wenigstens der Beibringung anderweiter tatsächlicher Anhaltspunkte, aus denen zu entnehmen ist, daß die Behauptung, über die der Eid zugeschoben wird, nicht auf einem unbestimmten Verdachte, einer leeren Vermutung, beruht. Niemals aber darf zugelassen werden, daß die Partei ohne tatsächliche Unterlage das Beweismittel des Parteieids benutzt, um sich erst Material zur Rechtsverfolgung zu verschaffen und den Gegner auszuforschen.

2. Einzelfälle. **a) RG.** WarnE. **13** 554. Zulässig ist die Eideszuschiebung darüber, daß der Gegner einen gewissen Vorgang anderen Personen weitererzählt hat, sofern der Vorgang der Weitererzählung nach Ort, Zeit und Umständen ge-

nügend begrenzt ist und nur eine gewisse Gruppe von Personen in Frage kommt. **b)** **RG.** R. **13** Nr. 2901. Eine Eideszuschiebung an die Klägerin darüber, sie hätte von P. Gedichte und Briefe verliebten Inhalts ohne Widerspruch angenommen, worin P. von ihrem weißen Körper und darauf gedrückten Küssen geschrieben habe; P. habe auch ihren Körper — abgesehen von den Händen — geküßt, ermangelt nicht der erforderlichen Bestimmtheit. **c)** Anderweiter Geschlechtsverkehr. α. HansGZ. **13** Beibl. 180 (Hamburg). Die Eideszuschiebung an die gemäß § 1300 BGB. auf Entschädigung klagende geschwängerte Verlobte, daß sie vor dem Verkehre mit dem Beklagten sich anderen Männern hingegeben habe, ist unzulässig. Es bedarf der Angabe, mit welchem Manne die Klägerin sich vergangen haben soll. β. HessRspr. **13** 274 (Darmstadt). Die Eideszuschiebung über den „Geschlechtsverkehr mit anderen Männern" ist unzulässig.

II. **RG.** R. **13** Nr. 2901. Daß die unter Eid gestellten Tatsachen dem Zuschiebenden bekannt, daß sie etwa gar von ihm selbst wahrgenommen sein müßten, fordert das Gesetz nicht.

§ 454. I. Abs. 1. BadRpr. **13** 59 (Karlsruhe). Einer Wiederholung der Eideszuschiebung bedarf es nicht, wenn der Gegner schon vor Antretung des Zeugenbeweises die Annahme des Eides erklärt hatte.

II. Abs. 2. BadRpr. **13** 59 (Karlsruhe). Keine Aufnahme eines anderen Beweises im Sinne des Abs. 2, wenn der benannte Zeuge das Zeugnis verweigert hat.

§ 459. Maßgebend für die Anwendung des Abs. 1 oder des Abs. 3 ist die Behauptung des Gegners. **RG.** JW. **13** 751. Bei Beantwortung der Frage, ob die im Eidessatz enthaltene Tatsache in einer Handlung des Beklagten besteht oder Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen ist (§ 459 Abs. 1) oder ob keiner dieser beiden Fälle vorliegt (§ 459 Abs. 3), ist davon auszugehen, was die Partei, die den Eid zugeschoben hat, in dieser Hinsicht behauptet hat. Darf hiernach der Eid nur in Überzeugungsform auferlegt werden, so ändert hieran auch der Umstand nichts, daß der Schwurpflichtige den Eid ohne Hinweis, daß er nur in Überzeugungsform schwören könne, angenommen hat; er hat damit nicht auf die Beobachtung des § 459 Abs. 3 verzichtet; überdies ist diese Vorschrift von Amts wegen zu beachten und unterliegt nicht der Verfügung der Parteien.

§ 461. Abs. 2. Selbständiges Angriffsmittel. **RG.** LeipzZ. **13** 239. Ein vom Anfechtungskläger dem Gegner zugeschobener Eid über die Tilgung der durch Hypothek gesicherten Forderung des Gegners an den Gemeinschuldner kann durch Beweisbeschluß auferlegt werden. Die Anfechtung der Hypothekenbestellung bildet ein selbständiges Angriffsmittel.

§ 462. Literatur: Kemritz, Sind materielle Einwendungen und Widerklagen im Läuterungsverfahren zulässig? JW. **13** 726 f.

I. Abs. 1. Eidesnorm. **RG.** LeipzZ. **13** 220, R. **13** Nr. 1492. Die Fassung des Eides ist auch im Falle der Zuschiebung Sache des Gerichts; es darf nur an deren Inhalt nichts Wesentliches ändern; die Norm muß sich dem Beweisthema anpassen. Dem Zuschiebenden bleibt aber unbenommen, dem Gegner vor der Eidesleistung durch Vorhaltung der angeblich bei der Verhandlung gebrauchten Worte den Gang dieser Verhandlung in die Erinnerung zurückzurufen.

II. Abs. 2. Läuterungsverfahren. 1. Umfang der Zulässigkeit materieller Einwendungen. *Kemritz, JW. **13** 726 ff. Im Läuterungsverfahren können materielle Einwendungen insoweit geltend gemacht werden, als sie nicht gegen die Rechtskraft des bedingten Endurteils verstoßen, also stets dann, wenn sie erst nach Schluß der letzten Tatsachenverhandlung, auf die das bedingte Endurteil ergangen ist, entstanden sind. Entsprechend sind auch im Läuterungsverfahren Widerklagen zulässig, da solche nach § 33 in jedem

anhängigen Verfahren durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung erhoben werden können, ohne Rücksicht darauf, ob in dieser über das Ergebnis einer Beweisaufnahme oder auch zur Sache verhandelt wird. (AM. **RG. 17** 341 u. **42** 372.)

2. Korrektur des Eidessatzes durch Auslegung. OLG. München, JDR. **11** Nr. II 2, jetzt auch SeuffA. **68** 38.

§ 463. OLG. **27** 76 (Hamburg). In der Erklärung des Verzichts auf den Klaganspruch ist auch ein Verzicht auf die Leistung des durch das rechtskräftige Urteil für den Beklagten normierten Eides zu erblicken.

§ 464. Abs. 2. 1. Annahme der Eidesverweigerung. **a)** BadRpr. **13** 59 (Karlsruhe). Keine Verweigerung der Eidesleistung, sondern nur eine unschädliche Begründung ihres Verhaltens, wenn die Partei erklärt, sie wolle den Eid aus religiösen Gründen nicht leisten, und gleichzeitig Zeugenbeweis nach § 453 Abs. 1 antritt. **b)**. *Dickel, Rechtsfälle, Heft 1, Erl. 1 ff., begründet die These, daß der im rechtskräftigen Endurteile für eine Partei normierte Eid nicht abgenommen werden darf, und daß das Urteil auf Antrag für den Nichtschwörungsfall zu läutern ist, wenn das Gericht im Läuterungstermine nach Befragung des Schwurpflichtigen bei freier Beweiswürdigung findet, daß der Eid ohne Verletzung der Eidespflicht nicht geleistet werden kann. Vgl. JDR. **10** Nr. 1 b, c; JDR. **11** Nr. 1 b. **c)** Nachträgliches Geständnis der im Eide enthaltenen Behauptung s. § 469.

2. Irrtum bei der Eidesverweigerung. PosMSchr. **13** 44 (Posen). Eine Verweigerung liegt nicht vor, wenn der Eidespflichtige über den Inhalt der erklärten Weigerung im Irrtume war oder diese Weigerung nicht erklären wollte (**RG. 69** 263, JW. **08** 718). Der Beklagte mußte daher mit seiner Behauptung Gehör finden, daß er mit seiner Erklärung: „dann muß ich den Eid wohl verweigern", lediglich das Verlangen nach einer Änderung des Eides zum Ausdrucke bringen wollte.

§ 465. Literatur: Meyer, Vorschlag einer Gesetzesänderung, Ladung zur Eidesleistung, R. **13** 667—668. — Wienstein, Bedeutung des Ausbleibens des Schwurpflichtigen im Eidesleistungstermine, BayRpflZ. **13** 122—124.

I. Meyer, R. **13** 667, schlägt zur Vermeidung von Härten obligatorische Ladung des Eidespflichtigen gemäß § 141 vor.

II. Zulässigkeit eines sofortigen Versäumnisurteils zur Sache. Wienstein, BayRpflZ. **13** 122 ff. Beim Ausbleiben des Schwurpflichtigen und seines etwaigen Prozeßvertreters kann der Gegner auch ein Versäumnisurteil zur Sache beantragen. Für die Zulassung spricht die Erwägung, daß zunächst der Schwurpflichtige, welcher unentschuldigt ausbleibt, keinen Schutz verdient. Das Ergebnis ist aber auch kein anderes, wenn man an die sonst für die Beweisaufnahme geltenden Vorschriften denkt. § 367 Abs. 1 will offenbar auf die Vermeidung wiederholter Anberaumung von Beweisterminen hinwirken.

§ 467. Nachträgliches Geständnis der in der Eidesnorm enthaltenen Behauptung. **RG.** R. **13** Nr. 987. Hat der Schwurpflichtige in der dem Läuterungsurteile vorhergehenden mündlichen Verhandlung etwas zugegeben, was der zum Eide gestellten Behauptung des Gegeners rechtlich gleichwertig ist, so folgt daraus gemäß § 288 die Unzulässigkeit jedes weiteren Beweises, also auch der Eidesabnahme; die erhebliche Tatsache hat nicht als bewiesen zu gelten, weil etwa der Schwurpflichtige den Eid verweigert oder als ihn verweigernd anzusehen ist (§ 464 Abs. 2), sondern umgekehrt, weil die Tatsache zugestanden ist, fällt die Notwendigkeit und Möglichkeit des Eides weg. Der Wegfall des Eides verstößt nicht gegen die Rechtskraft des eidbedingten Urteils, denn dieses hat die Entscheidung vom Beweis und zwar eidlichen Beweis einer bestimmten Tatsache

abhängig gemacht, und bei diesem sachlichen Ergebnisse verbleibt es, nur hat sich jede Beweisführung als überflüssig und darum unzulässig herausgestellt.

§ 468. NaumburgAK. 13 14 (LG. Halle). Der zweimal säumige Eidespflichtige darf im dritten Termine zur Leistung des Eides nicht mehr zugelassen werden, auch wenn das Gericht im zweiten Termin auf Antrag seines Prozeßbevollmächtigten unter Widerspruch des Gegners Vertagung beschlossen hatte. Der im dritten Termine gleichwohl geleistete Eid ist trotz § 465 ohne rechtliche Wirkung. Vgl. hierzu Stölting und Hirsch aaO.

§ 472. **RG.** 82 131, JW. 13 690. Ist eine Reederei Partei, so sind Eide lediglich von dem Korrespondentreeder, nicht von sämtlichen Mitreedern zu leisten.

§ 475. Literatur: Laubhardt, Ist ein richterlicher Eid auch dann aufzuerlegen, wenn er voraussichtlich ohne Einfluß auf die Überzeugung des Gerichts ist? JW. 13 10—12. — Link, Dasselbe, JW. 13 465—468. — Siehr, Dasselbe, JW. 13 509—510.

I. Muß auch dann auf einen richterlichen Eid erkannt werden, wenn er ohne Einfluß auf die Überzeugung des Gerichts ist? 1. Laubhardt, JW. 13 10 ff. Wenn die Voraussetzungen des § 475 vorliegen, so muß das Gericht auf einen Eid erkennen, ohne Rücksicht darauf, ob es annimmt, die Leistung des Eides werde auf seine Überzeugung keinen Einfluß haben. — Dieses Verfahren bedarf der Änderung; es müssen Vorkehrungen getroffen werden, damit nicht Eide auferlegt und geleistet werden, die für die richterliche Überzeugung bedeutungslos sind und deren Leistung oder Nichtleistung den Richter zwingt, anders zu entscheiden als nach seiner Überzeugung der Wahrheit und Gerechtigkeit entspricht.

2. Dagegen Link, JW. 13 465 ff. Wenn das Gericht noch keine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache hat, so ist ihm die Möglichkeit gegeben („kann"), sich durch einen Eid ein Mittel zur Begründung einer Überzeugung zu verschaffen. Das Gericht darf nur auf einen Eid erkennen, wenn es noch keine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache hat, wenn es sich eine solche erst bilden und begründen will. Das Gericht muß auf den Eid erkennen, wenn es auf andere Weise sich keine Überzeugung bilden kann.

3. Siehr, JW. 13 509, stimmt Laubhardt de lege lata zu, lehnt aber seine Abänderungsvorschläge ab.

II. Unterliegt die Abstandnahme von der Auferlegung eines richterlichen Eides und deren Begründung der Nachprüfung in der Revisionsinstanz? 1. Mangelnde Begründung. **RG.** JW. 13 139. Der Tatrichter braucht, wenn er die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung nicht zu erlangen vermag, nicht stets ausdrücklich auszusprechen, daß und weswegen er keinen richterlichen Eid auferlegen wolle. Die Revision begründen kann der Mangel eines derartigen Ausspruchs nur, wenn Anhalt für die Annahme gegeben ist, das Berufungsgericht sei sich der ihm zustehenden Befugnis zur Auferlegung eines richterlichen Eides nicht bewußt gewesen.

2. Die Begründung ist in rechtlicher Hinsicht nachprüfbar. a) **RG.** WarnE. 13 130. Es unterliegt zwar dem freien, in der Revisionsinstanz nicht nachprüfbaren Ermessen des Gerichts, ob es von seiner Befugnis zur Auferlegung eines richterlichen Eides nach § 475 Gebrauch machen will. Das Gericht braucht sich auch nicht in den Gründen darüber auszulassen, warum es von der Befugnis keinen Gebrauch machen will. Wenn aber das Gericht die Erwägungen, die es zur Abstandnahme von der Auferlegung eines richterlichen Eides geführt haben, darlegt, so unterliegt diese Darlegung nach ihrer rechtlichen Seite hin der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. b) **RG.** WarnE. 13 130. Unzulässig ist

die Abstandnahme von der Auferlegung eines richterlichen Eides an den Beklagten mit der Begründung, gegenüber der beschworenen Aussage des Zeugen N. N. könnte auch ein richterlicher Eid des Beklagten nicht überzeugend wirken. Die Begründung erwägt nur den Fall der Leistung, nicht auch den der Verweigerung des Eides. Gerade dieser Fall würde aber möglicherweise für die Bildung der Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit der Tatsache erheblich sein.

III. Zulässigkeit vor Beweisaufnahme oder vor beendeter Beweisaufnahme. 1. **RG.** WarnE. **13** 92. Beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 475 können angebotene Beweise und Gegenbeweise dann abgelehnt werden, wenn das Gericht der Überzeugung ist, daß ihr Ergebnis doch nicht ausreichen würde, um den richterlichen Eid überflüssig zu machen.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 865. Das Gericht ist nicht genötigt, ehe es von seiner Befugnis zur Auferlegung eines richterlichen Eides Gebrauch macht, sämtliche Beweise zu erheben.

IV. Welcher Partei ist der richterliche Eid aufzuerlegen? 1. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Vorbringens einer Partei ist nicht ausschlaggebend. a) IDR. **11** Nr. V 1, jetzt auch SeuffA. **68** 42. b) **RG.** LeipzZ. **13** 545, WarnE. **13** 410. Die Auferlegung eines richterlichen Eides hängt nicht davon ab, daß bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die zu beweisende Tatsache vorliegt. Es hat vielmehr der Richter auf Grund erschöpfender Beweiswürdigung nach § 286 ZPO. seine Entscheidung zu treffen. Der Revisionskläger meint, er würde, wenn ihn der Berufungsrichter persönlich gehört hätte, mindestens einen ebenso günstigen Eindruck als der Kläger hinterlassen haben; deshalb hätte ihm der Berufungsrichter Gelegenheit zu persönlichem Auftreten gewähren müssen. Dagegen ist einzuwenden, daß der Berufungsrichter seine Überzeugung nur auf das ihm zur Verfügung gestellte Material stützen kann. Dem Revisionskläger war sein Erscheinen vor dem Berufungsrichter freigestellt. Er hat von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht. Deshalb konnte der Berufungsrichter sagen, die persönliche Darstellung des Klägers sei ihm glaubhaft erschienen.

2. Wahrheits- und Überzeugungseid. **RG.** R. **13** Nr. 1340. Das Gericht ist stets befugt, bei der Auferlegung des richterlichen Eides zwischen dem Wahrheitseide der einen Partei und dem Überzeugungseide der anderen zu wählen, je nachdem es den einen oder den anderen Eid zur Gewinnung seiner richterlichen Überzeugung für dienlicher erachtet.

Elfter Titel. Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

§ 480. OLG. 27 99 (Colmar). Die Pflicht des Richters, auf die Bedeutung des Eides hinzuweisen, umfaßt unter Umständen, besonders wenn es sich um einen in der Überzeugungsform zu schwörenden Eid handelt, auch die Pflicht, den Schwurpflichtigen auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die gegen die Richtigkeit und Wahrheit der zu beschwörenden Tatsachen oder seiner Überzeugung geltend gemacht werden können. Zu dieser Belehrung des Schwurpflichtigen kann auch die Stellung von Fragen an ihn dienlich sein. Auch darf der Richter der Gegenpartei gestatten, unmittelbar zur Ergänzung des richterlichen Vorhalts dem Schwurpflichtigen die der Eidesleistung entgegenstehenden Bedenken vorzuhalten und Fragen an ihn zu richten. In welchem Umfange solche unmittelbaren Vorhaltungen und Fragen der Gegenpartei zuzulassen sind, hat der zur Eidesabnahme berufene Richter nach eigenem Ermessen zu entscheiden, ohne daß er im Falle der Ablehnung die Eidesabnahme vertagen und die Entscheidung des Prozeßgerichts einholen müßte. Um so weniger widerspricht es dem § 480, wenn der Richter zwar Fragen der Gegenpartei zugelassen und damit deren Bedenken gegen die Gewissenhaftigkeit der Eidesleistung zur Kenntnis des Schwurpflichtigen gebracht, aber auf Beantwortung der

Fragen nicht bestanden und ihn auf sein Befragen dahin belehrt hat, daß er zur Antwort nicht verpflichtet sei. Die Pflicht und das Recht des Richters sind erschöpft, sobald er den Schwurpflichtigen in angemessener Weise auf die Bedeutung des Eides hingewiesen hat.

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

§ 485. *Schultzenstein, BuschsZ. **43** 325. Das Verfahren zur Sicherung des Beweises, welches außerhalb eines anhängigen Zivilprozesses stattfindet, ist eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Im übrigen gilt dafür die Maxime, die sonst im Zivilprozesse Platz greift (vgl. zu § 128).

§ 488. RheinA. **110** 267 (Cöln). Die Voraussetzungen des § 485 für die Zulässigkeit des Beweissicherungsverfahrens gelten auch im Falle des § 488. Der Beweissicherungsantrag aus § 488 ist deshalb als unzulässig abzulehnen, wenn das Gericht in einem anhängigen Rechtsstreit über den gleichen Beweissatz bereits Beweiserhebung angeordnet hat.

§ 489. Literatur: Zoller, Beweisbeschlüsse ohne vorgängige mündliche Verhandlung, BayRpflZ. **13** 168—169.

Zoller, BayRpflZ. **13** 168 f. Die Vorschrift hätte bei ihrer allgemeinen Bedeutung besser unter die allgemeinen Bestimmungen über Beweisaufnahme eingereiht werden sollen. Sie ist nach ihrem Wortlaute, der keinerlei Beschränkung enthält, in jedem Abschnitte des Verfahrens — auch nach der ersten Verhandlung und nach einem gewöhnlichen Beweisbeschluß — anwendbar und geeignet, das Verfahren erheblich zu beschleunigen, insbesondere, wenn vor oder nach der Erledigung eines Beweisbeschlusses über den gleichen Beweissatz weitere Zeugen benannt oder neue Tatsachen unter Beweis gestellt werden.

§ 492. Abs. 1. WürttRpflZ. **13** 14 (Stuttgart). Im Beweissicherungsverfahren kann ein Sachverständiger nicht wegen Befangenheit abgelehnt werden. (Ebenso OLG. Hamm, JDR. **11**).

Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten.

§ 496. Literatur: Levin, Über die Weitergabe von Klagen an das zuständige Amtsgericht, JW. **13** 1169 f. — Neustadt, Ist die Zustellung einer beglaubigten unvollständigen Urteilsabschrift wirksam, wenn vom Gerichtsschreiber nur eine vollständige Urteilsausfertigung mit Tatbestand und Gründen erteilt ist? JW. **13** 285—286. — Sorgenfrey, Zustellung der Schriftsätze beim Amtsgerichte, DRZ. **13** 267.

I. Weitergabe von Klagen an das zuständige Amtsgericht. *Levin, JW. **13** 1169 f. Ergibt sich, daß die Zustellung der Klage unter der ursprünglichen Adresse nicht erfolgen kann, weil der Beklagte nach einem anderen deutschen Gerichtsbezirke verzogen ist, so hat das AG. auf Antrag des Klägers, wenn keine Gründe für die Fortdauer der Zuständigkeit vorliegen, die Klage an das zuständige AG. abzugeben. Der Kläger ist nicht genötigt, die noch gar nicht anhängig gewordene Klage „zurückzunehmen". Die Kosten sind unter entsprechender Anwendung des § 505 einheitlich zu berechnen.

II. Zustellung einer unvollständigen Urteilsabschrift, wenn nur eine vollständige Urteilsausfertigung erteilt ist. 1. Neustadt, JW. **13** 285. Die Zustellung ist unwirksam. Die Ausfertigung ist eine solenne, in bestimmter Form gefertigte Abschrift des Urteils, deren Erteilung wegen ihrer Besonderheit und Wichtigkeit dem Gerichtsschreiber kraft seiner amtlichen Autorität vorbehalten ist. Der Gerichtsschreiber hat auch allein darüber zu entscheiden, ob eine abgekürzte oder eine vollständige Ausfertigung zu erteilen ist. Diese Befugnisse des Gerichtsschreibers maßt sich der Anwalt an, der von der vollständigen Urteilsausfertigung die gekürzte Abschrift herstellt und zustellen läßt. Sachlich erteilt er hiermit eine gekürzte Ausfertigung, während er in dem Gegner den

Glauben erweckt, es liege eine vom Gerichtsschreiber erteilte Ausfertigung vor. Eine solch weitgehende Befugnis müßte im Gesetz ausdrücklich bestimmt sein. (Vgl. JDR. **11** Nr. II 2).

2. Hiergegen Jahn, JW. **13** 454. Die Tendenz des § 496 — Vereinfachung des Verfahrens — spricht für die Wirksamkeit einer solchen Zustellung und der Wortlaut nicht dagegen.

§ 502. Vgl. die von *Dickel, Rechtsfälle, Heft 1, Erl. oben zu § 139 angeführten Fälle.

§ 505. Literatur: Fischer, § 505 ZPO. in seiner praktischen Anwendung, R. **13** 201. — Schumacher, Ist der Verweisungsbeschluß des Amtsgerichts gemäß § 505 oder § 697 ZPO. an das übergeordnete Landgericht für dieses auch in Ansehung seiner örtlichen Zuständigkeit bindend? R. **13** 399—400.

I. Abs. 1. Über die Weitergabe von Klagen an das zuständige Amtsgericht vgl. Levin, JW. **13** 1169 f. zu § 496.

II. Abs. 2. Die Bindung des Beschlusses auf Verweisung an das Landgericht erstreckt sich nur auf die sachliche Zuständigkeit. Schumacher, R. **13** 399. Verweist das AG. gemäß § 505 oder § 697 den Rechtsstreit an das übergeordnete LG., so kann in dem Beschlusse nur die sachliche Unzuständigkeit des AG. ausgesprochen sein. Es ist daher für das LG. auch nur die sachliche Zuständigkeit bindend festgestellt.

III. Kann das Gewerbe- oder Kaufmannsgericht einen Rechtsstreit durch Beschluß an das Amtsgericht verweisen? (Vgl. JDR. **10** Nr. 5, JDR. **11** Nr. III.) 1. GewuKfmG. **18** 111 (LG. Kiel). Die Verweisung ist zulässig. Entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob die Anwendung des § 505 auf das Verfahren vor den GG. noch als eine entsprechende im Sinne des § 24 GGG. anzusehen ist, ist, ob zwischen der Organisation der GG. und KfmG. und derjenigen der ordentlichen Gerichte ein unüberbrückbarer Abgrund klafft, so daß beide Gebilde völlig andersartig wären. Das Gegenteil ist der Fall. § 55 GGG. hat von diesen Sondergerichten zu den ordentlichen Gerichten eine breite Brücke geschlagen, indem er die Berufung gegen die Urteile der GG. und KfmG. den Landgerichten zuweist. Ein solcher auf Grund der ausdrücklichen Vorschrift des GGG. stattfindender Übergang einer und derselben Sache vom GG. an das LG. steht organisatorisch auf keiner anderen Stufe wie eine nach § 505 erfolgende Überweisung an das AG.

2. Ebenso GewuKfmG. **18** 110 (LG. Kiel).

§ 510 b. BadRpr. **13** 50 (LG. Karlsruhe). Die Vorschrift ist auf die Verurteilung zur Herausgabe einer Sache nicht anwendbar.

Drittes Buch. Rechtsmittel.

Erster Abschnitt. Berufung.

§ 511. Beschwer im Eheprozesse. 1. Ausnahmsweise ist die Berufung (oder Revision) zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe auch ohne Beschwer zulässig. **RG.** Gruchots Beitr. **58** 214, JW. **13** 1047, PosMSchr. **13** 72. Auch für Ehesachen gilt im allgemeinen der Grundsatz, daß diejenige Partei, welche ein Urteil mit einem Rechtsmittel angreifen will, in irgendeiner Art durch das Urteil beschwert sein muß. Zugunsten der Aufrechterhaltung von Ehen ist aber zuweilen die Revision auch dann zulässig, wenn das anzufechtende Urteil die Rechtsmittelpartei nicht beschwert, z. B. zum Zwecke der Zurücknahme der Widerklage, auf die hin in der Berufungsinstanz die Ehe geschieden worden ist (vgl. **RG. 36** 351, Gruchots Beitr. **41** 171).

2. Keine Beschwer. Einzelfälle. a) **RG.** WarnE. **13** 182. Die Einlegung der Berufung seitens derjenigen Partei, die in erster Instanz völlig siegreich geblieben ist, nur zu dem Zwecke, in der zweiten Instanz eine andere Reihenfolge der Klagegründe geltend zu machen, ist auch in Ehescheidungssachen, wenn das Scheidungsbegehren aufrechterhalten wird, nicht zulässig. Unstatthaft daher die Berufung lediglich deshalb, weil nicht wegen Ehebruchs, sondern aus einem anderen Grunde die Ehe geschieden ist. b) ElſLothJZ. **38** 561, R. **13** Nr. 548 (Colmar). Unstatthaft ist die Berufung des mit dem Antrag auf Scheidung der Ehe durchgedrungenen Ehegatten, wenn dessen Rechtsmittel nur darauf gegründet wird, daß die Ehe, anstatt wegen Ehebruchs des schuldigen Teiles, nur wegen dessen ehewidrigen Verhaltens geschieden worden ist. c) SeuffA. **68** 478, SchlHolstAnz. **13** 209 (Kiel). Auch in Ehesachen kann die Partei, deren Antrag auf Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft in erster Instanz entsprochen ist, nicht Berufung einlegen, um in Abänderung des ursprünglichen Klagebegehrens die Scheidung der Ehe zu erzielen. Die Entscheidungen **RG. 45** 321, **55** 245, GruchotsBeitr. **55** 1085 besagen lediglich, daß die in erster Instanz vollkommen obsiegende Partei nur dann zur Beseitigung dieses Urteils Berufung einlegen kann, wenn nach ihrem Antrag auf Trennung der Ehe erkannt ist. Das entspricht der in der ZPO. den Ehesachen zugunsten der Aufrechterhaltung der Ehe eingeräumten Sonderstellung.

§ 513. Abs. 2. BreslauAK. **13** 35 (LG. Breslau). Die Frage, ob der Fall, daß die säumige Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle (plötzlicher Tod ihres Prozeßbevollmächtigten am Terminstage) am Erscheinen verhindert worden ist, unter § 513 Abs. 2 gerechnet werden kann, ist zu bejahen. Es folgt dies daraus, daß nach § 337 das Gericht in diesem Falle von Amtswegen die Verhandlung über den Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils vertagen kann und es gegebenenfalls tun muß.

§ 514. RG. JW. **13** 687, R. **13** Nr. 1633. Ausdrückliche Beschränkung des Rechtsmittels mit entsprechender Begründung in der Berufungsschrift kann in Verbindung mit der Zahlung des nicht angefochtenen Betrags als Verzicht auf das Rechtsmittel angesehen werden.

§ 515. Literatur: Semeka, Kann die Zurücknahme eines Rechtsmittels wegen Irrtums angefochten werden? DJZ. **13** 1374—1375.

I. Irrtümliche Zurücknahme der Berufung (oder Revision). 1. **RG. 81** 177, JW. **13** 437, SeuffA. **68** 337. Die Erklärung, ein Rechtsmittel zurückzunehmen, ist ein rein prozessuales Rechtsgeschäft, auf das die Bestimmungen des BGB. über Anfechtung privatrechtlicher Willenserklärungen wegen eines Willensmangels keine Anwendung finden. Die Frage nach der Wirksamkeit einer solchen rein prozessualen Willenserklärung, falls der wirkliche Wille in der Erklärung nicht zum Ausdrucke gelangt ist, ist vielmehr lediglich nach Prozeßrecht zu entscheiden. Die ZPO. enthält hierfür eine ausdrückliche Vorschrift nicht, so daß die Entscheidung aus allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen ist. Nun verlangt aber die öffentlich-rechtliche Natur des Prozesses im Interesse der Sicherstellung eines geordneten Fortganges des Verfahrens, daß einer unzweideutigen Verfügung einer Prozeßpartei über die fernere Gestaltung der prozessualen Beziehungen der Parteien zueinander, wie sie z. B. durch Zurücknahme eines Rechtsmittels erklärt wird, die Rechtswirksamkeit nicht um deswillen genommen werden darf, weil die dem Gegner gegenüber abgegebene Erklärung dem inneren Willen des Erklärenden nicht entspricht. Die gegenteilige Auffassung würde dahin führen, die Rechtswirksamkeit solcher Prozeßverfügungen der Parteien auf gänzlich unbestimmte Zeit in der Schwebe zu lassen, was mit der im öffentlichen Interesse zu fordernden Sicherstellung eines geordneten Prozeßganges nicht vereinbar sein würde. Wenn trotzdem auch bei solchen prozessualen Willenserklärungen eine offenbare,

auf einem Verschreiben oder einem ähnlichen Versehen beruhende Unrichtigkeit in der Erklärung nachträglich richtiggestellt werden darf, so hat dies doch bei sog. empfangsbedürftigen Willenserklärungen, insbesondere bei der Zurücknahme eines Rechtsmittels, bei der ohne weiteres kraft Gesetzes mit der Zustellung an den Gegner der Verlust des Rechtsmittels eintritt, zur Voraussetzung, daß dem Empfänger der Erklärung die hierbei untergelaufene Unrichtigkeit irgendwie erkennbar sein muß. Liegt für den Gegner kein Anlaß zu der Annahme vor, daß die Erklärung so, wie sie klar und unzweideutig lautet, dem wirklichen Willen des Erklärenden nicht entspricht, so ist es nicht angängig, daß der Erklärende die durch seine Erklärung geschaffene prozessuale Lage zuungunsten des Gegners dadurch wieder beseitigt, daß er nachträglich den Nachweis erbringt, er habe in Wirklichkeit nicht diese, sondern eine Erklärung ganz anderen Inhalts abgeben wollen.

2. Hiergegen Semeka, DJZ. **13** 1374.

II. Abs. 3. 1. Kostenurteil trotz Zahlung der Kosten. R. **13** Nr. 3030 (Hamburg). Hat der Berufungskläger die Berufung zurückgenommen, so ist er auf Antrag des Gegners selbst dann zur Tragung der Kosten zu verurteilen, wenn er diese Kosten bereits bezahlt hat. Jedoch ist in der Urteilsformel auszusprechen, daß die Kosten dem Berufungskläger unter Anrechnung des von ihm bereits bezahlten Betrags zur Last fallen.

2. Ist ein außergerichtlicher Kostenvergleich bei Zurücknahme der Berufung bindend? SeuffA. **68** 474 (Braunschweig). Die im § 515 Abs. 3 geregelte Kostenpflicht kann Gegenstand besonderer Vereinbarung sein. Schließen die Parteien einen Vergleich über die Prozeßkosten, so hat sich damit der Berufungsbeklagte der ihm nach § 515 Abs. 3 zustehenden Rechte begeben. Ob der Vergleich gerichtlich oder außergerichtlich geschlossen wird, ist gleichgültig.

§ 516. 1. **RG.** (VereinZivils.) **82** 422. „Vor Zustellung des Urteils" bedeutet „vor Zustellung der Ausfertigung des Urteils", weil die Urschrift des Urteils überhaupt nicht zur Zustellung gelangt. Vgl. §§ 170, 315.

2. BreslauAK. **13** 46 (Breslau). Die Zustellung der Ausfertigung eines LG.-Urteils ohne Gründe setzt die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf. Vgl. § 170.

§ 521. I. Anschlußberufung gegen ein Urteil, das über Klage und Widerklage erkannt hat. **RG.** BayRpflZ. **13** 109, GruchotsBeitr. **57** 1076, JW. **13** 140, LeipzZ. **13** 149. Die Anschlußberufung muß sich zwar gegen dasselbe Urteil richten wie die Hauptberufung, braucht aber nicht denselben Anspruch wie diese zu betreffen, da sowohl die Berufung als auch die Anschließung das ganze Urteil, gegen das sie eingelegt sind, ergreifen und die Anträge der Parteien gemäß §§ 536, 537 nur die Grenzen bestimmen, innerhalb deren der Rechtsstreit in der zweiten Instanz zu verhandeln und zu entscheiden ist. Danach kann ein Urteil, das sowohl über die Klage als auch über die Widerklage entscheidet, von dem Kläger im Wege der Anschlußberufung angefochten werden, soweit es der Widerklage entsprochen hat, wenn auch der Beklagte mit der Berufung nur die Entscheidung über die Klage angreift (**RG. 46** 373). Hieraus und aus dem weiteren, in Rechtsprechung und Literatur ebenfalls anerkannten Satze, daß die Anschließung grundsätzlich noch so lange zulässig ist, als das Verfahren über die Hauptberufung schwebt (**RG. 12** 410), ergibt sich, daß es nicht die Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anschlußberufung bildet, daß eine Berufung über denjenigen Anspruch, gegen den sich der Anschließungsantrag richtet, also hier über die Widerklage, anhängig war oder noch anhängig ist, sondern daß die Anhängigkeit der Berufung gegen dasselbe Urteil, welches durch die Anschließung angefochten wird, genügt (**RG. 25** 309), sowie daß die Zulässigkeit einer Anschlußberufung zur Widerklage nicht dadurch bedingt ist, daß der Gegner gegen die Entscheidung zur Widerklage

Hauptberufung erheben kann, sondern nur dadurch, daß er gegen das über die Widerklage entscheidende Urteil eine an sich zulässige Berufung erhoben und diese nicht zurückgenommen hat.

II. Keine Anschlußberufung hinsichtlich der Widerklage, über die das Landgericht versehentlich nicht entschieden hat. BadRpr. **13** 85 (Karlsruhe). Der Beklagte hätte die Ergänzung des Urteils nach § 321 beantragen können. Dagegen kann er nicht mittels Berufungsanschließung eine Entscheidung des Berufungsgerichts über einen Anspruch herbeiführen, den der erste Richter gar nicht zum Gegenstande der Urteilsfindung gemacht hat.

III. BadRpr. **13** 231 (Karlsruhe). Die Anschlußberufung ist auch dann zulässig, wenn der Nebenintervenient der Gegenpartei allein die Berufung durchführt.

§ 522. *Blanckmeister, R. **13** 796. Ist die Anschlußberufung erst nach Ablauf der Berufungsfrist eingelegt, so hat der Richter nach Zurücknahme der Berufung zwar auch über die Kosten der Anschlußberufung zu entscheiden, diese sind aber in jedem Falle dem Berufungskläger aufzuerlegen, ohne daß die materielle Lage des Rechtsstreits berücksichtigt werden darf.

§ 528. Abs. 1 Satz 2. GewuKfmG. **18** 114 (LG. Dresden). § 528 Abs. 1 Satz 2 bezieht sich nur auf die örtliche Zuständigkeit. Der Einwand der Zuständigkeit des GG. ist daher noch in der Berufungsinstanz zu beachten. S. JDR. **11** Nr. II.

§ 529. I. MschutzuWettbew. **12** 575 (KG.). Daß der Kläger seinen Schaden der Höhe nach erst in der Berufungsinstanz durch Anschlußberufung geltend gemacht hat, ist nicht unzulässig. Die Anschlußberufüng enthält lediglich ein neues Angriffsmittel.

II. NaumburgAK. **13** 92 (Naumburg). Der Antrag des Beklagten im Ehescheidungsprozeß, event. auch die Klägerin für schuldig zu erklären, kann noch in zweiter Instanz gestellt werden.

§ 534. I. Württ.RpflZ. **13** 13 (Stuttgart). Die Zulässigkeit des Antrags auf Vollstreckbarkeitserklärung wird durch die Abtretung des Urteilsanspruchs nicht berührt.

II. WürttRpflZ. **13** 13 (Stuttgart). Der verurteilte Beklagte kann gegenüber dem Antrag aus § 534 nicht Abwendung der Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung nach § 713 Abs. 2 beantragen.

§ 536. I. Keine reformatio in pejus. 1. **RG.** JW. **13** 100. Eine Klage, die in erster Instanz auf Grund einer Eventualaufrechnung abgewiesen ist, kann, auch wenn nur der Kläger Berufung eingelegt hat, in der Berufungsinstanz wegen Nichtbestehens der Klageforderung abgewiesen werden.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1183. Eine Änderung des Urteils zum Nachteile des nach § 843 BGB. eine Rente Begehrenden durch Begrenzung der Rente auf das 65. Lebensjahr liegt nicht vor, wenn der vom Berufungsgerichte zuerkannte Gesamtbetrag der Entschädigung nicht hinter der vom ersten Richter zuerkannten Entschädigung zurückbleibt.

II. Die Vorschrift gilt nicht für die Kostenentscheidung. **RG.** JW. **13** 696. Die Vorschrift des § 536 betrifft nur die Entscheidung in der Hauptsache, nicht aber die Kostenentscheidung, über welche nach § 308 Abs. 2 von Amts wegen zu erkennen ist; auch ohne Anschließung des Gegners kann über die Prozeßkosten zum Nachteile des Berufungsklägers erkannt werden.

§ 537. Hilfsanspruch. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 221. Auch ein Hilfsantrag, über den in erster Instanz nicht erkannt ist, erwächst in die Berufungsinstanz (**RG.** **77** 120).

2. **RG.** JW. **13** 500, R. **13** Nr. 873. Hat die erste Instanz nur über den Hauptanspruch entschieden, so darf das Berufungsgericht dann über den Eventualanspruch

entscheiden, wenn beiden Ansprüchen einander ausschließende tatsächliche Vorgänge zugrunde liegen; denn in der Zuerkennung des Hauptanspruchs durch die erste Instanz liegt zugleich die Aberkennung des Eventualanspruchs. § 537 gilt überdies nicht ohne Ausnahme und ist namentlich nicht auf Ansprüche anzuwenden, über welche die erste Instanz nicht entscheiden kann; dies gilt auch für Eventualansprüche, die durch Zuerkennung des Hauptanspruchs für die erste Instanz erledigt waren (vgl. **RG. 77** 120).

§ 538. I. Abs. 1 Ziff. 2. BadRpr. **13** 125 (Karlsruhe). Die Zurückverweisung an das Gericht erster Instanz hat auch dann zu erfolgen, wenn dieses die Klage von Amts wegen, ohne daß die prozeßhindernde Einrede vorgeschützt war, auf Grund eines der im § 274 Ziff. 1, 2 und 7 bezeichneten Mängel von der Instanz abgewiesen hat.

II. Abs. 1 Ziff. 3. 1. **RG.** BayRpflZ. **13** 379, GruchotsBeitr. **57** 1079, JW. **13** 928. Ein nach Grund und Betrag streitiger Anspruch liegt auch dann vor, wenn der Anspruch zwar nicht beziffert ist, aber für das angerufene richterliche Ermessen die erforderlichen tatsächlichen Unterlagen zur Bezifferung in dem Parteivorbringen beschafft sind.

2. **RG.** JW. **13** 141. Die Zurückverweisung muß auch dann erfolgen, wenn der Betrag bereits spruchreif ist. Der Kläger hat ein anerkennenswertes Interesse an der Zurückverweisung, um sich die Möglichkeit zu erhalten, daß die Frage nach dem Betrage sachlich in zwei Instanzen geprüft werde.

3. OLG. Stuttgart, JDR. **11** Nr. II 2 jetzt auch WürttJ. **25** 23.

4. Zurückverweisung bei Verteilungsstreitigkeiten. **a)** *Kreß, ZBlFG. **14** 540 ff. Zur Zurückverweisung nach § 538 Nr. 3 genügt die selbständige Geltendmachung des Anspruchs. Selbständig geltend gemacht ist ein Anspruch aber nicht bloß, wenn er mittels des formal-prozessualen Aktes der „Klage" oder „Widerklage" erhoben ist, sondern auch dann, wenn der im Verteilungsverfahren nach § 878 ZPO. Beklagte gegenüber dem Antrage des Klägers, seinen Widerspruch gegen den Verteilungsplan für begründet zu erklären, weil der Anspruch des Beklagten unbegründet sei, auf seinem Anspruche beharrt. Es muß deshalb, wenn das Gericht zu dem Schlusse kommt, daß der vom Kläger bekämpfte Anspruch des Beklagten dem Grunde nach gerechtfertigt sei, Zurückverweisung nach § 538 Nr. 3 erfolgen. **b)** Ebenso BayRpflZ. **13** 258 (Augsburg).

III. **RG.** R. **13** Nr. 1184. Gegen die Zurückverweisung ist nicht nur Revision, sondern auch Anschlußrevision wegen Nichtabweisung der Klage zulässig.

§ 539. I. **RG.** R. **13** Nr. 2451. Ein wesentlicher Verfahrensverstoß liegt vor, wenn der Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt wird, ohne daß über eine möglicherweise höhere Gegenforderung entschieden ist.

II. **RG.** LeipzZ. **13** 614. Die Frage, ob und inwieweit die Nichtbeachtung der im § 139 vorgeschriebenen Fragepflicht des Gerichts einen wesentlichen Mangel des Verfahrens im Sinne des § 539 darstellt, wird unentschieden gelassen.

III. **RG.** R. **13** Nr. 2903. Die Frage, ob dem Kläger ein Anspruch nur in Gemeinschaft mit anderen zusteht (sog. exceptio plurium litis consortium) oder ob der Anspruch nur gegen eine Mehrheit von Personen insgesamt begründet ist, liegt auf materiell-rechtlichem Gebiet und fällt in den Bereich der Urteilsfällung und nicht des Prozeßverfahrens. Zu einer Frage des Verfahrens kann sie nur dann werden, wenn die anderen Personen bereits Prozeßparteien sind und nur darüber zu entscheiden ist, ob die prozessualen Vorschriften über die notwendige Streitgenossenschaft beobachtet sind (§ 62).

§ 542. Abs. 2. Rechtzeitige Mitteilung des Beweisantrags s. § 335.

Zweiter Abschnitt. Revision.

§ 545. I. Beschwer. **RG.** R. **13** Nr. 988. Der Kläger ist nicht dadurch beschwert, daß ihm Wandelungsansprüche zugebilligt worden sind, während er lediglich Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags verlangt hat, wenn ihm in beiden Fällen dieselben Ansprüche zustehen.

II. Abs. 2. **RG.** LeipzZ. **13** 546. Die Vorschrift erfordert nicht, daß das Urteil ausschließlich einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung zum Gegenstande habe; es kann demnach keinen Unterschied machen, ob über den Arrest oder die einstweilige Verfügung in demselben Verfahren erkannt worden ist. In jedem dieser Fälle ist die Revision, soweit sie sich gegen die Entscheidung über den Arrest oder die einstweilige Verfügung richtet, unzulässig.

§ 546. I. Anwendungsgebiet. **RG.** JW. **13** 606, R. **13** Nr. 1341, WarnE. **13** 310. Die Vorschrift gilt auch für das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten.

II. Vermögensrechtlicher Anspruch. 1. Klage auf Aufhebung der Ausschließung aus einem Vereine. **RG.** LeipzZ. **13** 546. Der Umstand, daß die Ausschließung eines Mitglieds aus einem Vereine für den Ausgeschlossenen mittelbar auch wirtschaftliche Nachteile im Gefolge hat, macht den Anspruch auf Aufhebung der Ausschließung nicht zu einem vermögensrechtlichen. Die Revision ist bei einem solchen Anspruche daher stets ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig.

2. Wettbewerbsklagen gewerblicher Verbände. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 17. Die Klagen gewerblicher Verbände auf Grund der §§ 1, 14 UnlWG. sind vermögensrechtlicher Natur. Die Erklärung eines solchen Verbandes, daß er ideale Güter vertrete und deshalb selbst Nachteile von unlauterem Wettbewerbe nicht haben könne, vermag hieran nichts zu ändern.

III. Beschwerdewert. Einzelfälle. 1. Auch eine unbestritten verjährte Forderung, um die der Klaganspruch in der Berufungsinstanz erhöht wurde, kann zur Herstellung der Revisionssumme dienen. **RG.** JW. **13** 606. Die in der Schlußverhandlung vor dem Berufungsgerichte geforderten 4100 M. bilden einen einheitlichen Anspruch und der Grund, aus dem im angefochtenen Urteile jeder Schadensersatzanspruch verneint wird — daß nämlich aus den unerlaubten Handlungen der Beklagten der Klägerin ein Schaden überhaupt nicht entstanden sei —, trifft auch bezüglich jener 100 M. zu. Insoweit liegen mithin zwei Klagabweisungsgründe vor. Der Grundsatz, daß zu jedem der mehreren selbständigen Ansprüche, über die in dem Berufungsurteil erkannt ist, Revisionsantrag und Revisionsgrund anzugeben ist, findet hier also keine Anwendung.

2. Bei Bemessung des Streitwerts gemäß § 7 ZPO. OLG. **27** 13 (BayObLG.). Der Revisionskläger darf in einem Falle, in dem sich der Streitwert nach der besonderen Vorschrift des § 7 bemißt, um die Revisionssumme (§ 546 Ziff. 1) darzutun, für den Wert des Beschwerdegegenstandes auf sein eigenes höheres Interesse an dem Nichtbestehen der ihm durch das Berufungsurteil auferlegten Verbindlichkeit im Sinne des § 7 sich berufen (**RG. 63** 98). Es muß aber dieses Interesse als eine gegenwärtige, aus dem verurteilenden Spruche unmittelbar sich ergebende Folge anzusehen sein.

3. Streitwert bei einer Klage auf Unterlassung der Führung gleicher Ausstattung (Humboldtbild für Stahlfedern). **RG.** MschutzuWettbew. **11** 256. Zur Glaubhaftmachung des Vorhandenseins der Revisionssumme hat die Klägerin lediglich die Bescheinigung des Bücherrevisors H. vom 28. Oktober 1912 beigebracht, ausweislich deren die Umsätze der Klägerin in der Federsorte, für die ihr Warenzeichen Nr. 9026 in Betracht

kommt, im Jahre 1911 innerhalb Deutschlands sich auf 5836,59 M. belaufen habe. Von besonderem Belang erscheint ein solcher Umsatz an sich noch nicht. Darüber, auf wie hoch sich der Reingewinn der Klägerin aus einem solchen Umsatze — dieser als ein durchschnittlicher Jahresumsatz vorausgesetzt — berechnet, hat die Klägerin nichts angeführt. Auch hat sie darüber nichts angeführt, in welchem Umfange die Beklagten Humboldtfedern, und zwar mit der hier streitigen, mit dem Humboldtbilde versehenen Verpackung umsetzen, und wie hoch etwa der Minderabsatz und damit der Schaden zu bemessen sein möchte, der der Klägerin dadurch erwächst, daß auch die Beklagten das Humboldtbild bei der Verpackung einer ihrer (vielen) Federsorten verwenden. In dieser Hinsicht war aber auch noch die Feststellung des Patentamts, Abt. 1 für Warenzeichen, in dem Beschlusse vom 31. Januar 1911 von erheblicher Bedeutung, daß — wie beinahe einstimmig hervorgehoben werde — der Absatz der Humboldtfeder jetzt — im Gegensatze zu den 60er und 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts — nur noch verschwindend gering sei, und die Humboldtfeder jetzt hauptsächlich nur noch in Österreich und den Mittelmeerländern konsumiert werde. Daß die Klägerin, deren Berliner Niederlage nur eine Filiale einer englischen Aktiengesellschaft ist, ihrerseits nicht nur in Deutschland, sondern auch nach Österreich und den Mittelmeerländern Handel treibt, ist ebensowenig ersichtlich und glaubhaft gemacht wie ein Handel der Beklagten mit Humboldtfedern nach dem Auslande; es kommt also nur der nach der ausdrücklichen und unangefochtenen Feststellung des Patentamts verschwindend geringe Absatz in Deutschland in Betracht. Bei dieser Sachlage konnte nicht für glaubhaft gemacht erachtet werden, daß der Wert des Gegenstandes, um den es sich in dem Rechtsstreite der Parteien miteinander handelt, den Betrag von 4000 M. übersteigt.

4. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 289. Beispiel der Berechnung des Beschwerdewerts bei einer Klage aus § 16 UnlWG.

IV. Eine einmal zulässig eingelegte Revision wird nicht durch nachträgliche Änderung des Wertes des Beschwerdegegenstandes unzulässig. **RG.** EisenbE. **29** 306. Sinkt bei einer Klage, mit der Feststellung der Pflicht zum Ersatz allen Schadens aus einem Unfalle begehrt wird, nach Einlegung der Revision infolge des Todes des Verletzten der Wert des Beschwerdegegenstandes unter 4000 M., so wird dadurch die Revision nicht unzulässig. Der Beschwerdegegenstand als solcher ist im bisherigen Umfang unverändert geblieben. Er besteht auch jetzt noch in der allgemeinen, ohne zeitliche Begrenzung getroffenen Feststellung der Schadensersatzpflicht, wie sie in dem ursprünglichen, noch jetzt unverändert aufrechterhaltenen Klagantrage verlangt war. Daß aber eine zulässig eingelegte Revision nicht schon durch bloße nachträgliche Minderung des Wertes des Beschwerdegegenstandes unzulässig werden kann, folgt aus der Bestimmung des § 546 Abs. 2 in Verbindung mit § 4 (vgl. **RG. 76** 292).

§ 547. Ziff. 2. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 978. Wenn ein preußischer Notar deshalb haftbar gemacht wird, weil er bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags es unterlassen hat, die Hypothekenverhältnisse festzustellen und dadurch den Übergang einer Hypothek auf den Käufer herbeigeführt hat, von der dieser nichts wußte, so wird ein Anspruch gegen ihn wegen pflichtwidriger Unterlassung einer Amtshandlung (§ 70 GVG., § 39 Pr.AGGVG.) geltend gemacht, für den die Landgerichte ausschließlich zuständig sind. Der Umstand, daß das angefochtene Urteil lediglich von der Verletzung einer Vertragspflicht ausgehend den Beklagten aus § 278 BGB. haften läßt, steht der Zulässigkeit der Revision nicht entgegen.

2. Vgl. im übrigen § 70 GVG.

§ 548. I. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 531. Die Revision kann auf die unzulässige Ablehnung eines Aussetzungsantrags gemäß § 148 gestützt werden.

II. Die Unanfechtbarkeit der Entscheidung hindert nicht die Erhebung einer Revisionsbeschwerde wegen Verletzung eines obersten Verfahrensgrundsatzes. **RG.** Frankf. Rundsch. **47** 116. Ob die durch § 567 Abs. 2 nach jetziger Gesetzesfassung vorgeschriebene Unzulässigkeit der Beschwerde im Sinne einer die Nachprüfung des Revisionsgerichts ausschließenden gänzlichen Unanfechtbarkeit verstanden werden darf, kann dahingestellt bleiben. Auch unter dieser Voraussetzung ist die darauf gestützte Revisionsrüge, daß ein Beschluß des Berufungsgerichts, durch den in der mündlichen Verhandlung ein als Parteivertreter auftretender Rechtsanwalt zurückgewiesen wurde, ungerechtfertigt sei, in der Bedeutung einer Revisionsbeschwerde über gesetzwidrige Beschränkung des rechtlichen Gehörs zulässig. Es kann niemals in der Absicht der Gesetzgebung gelegen haben, der unterliegenden Partei eine derartige, die obersten Grundsätze des Parteiprozesses betreffende Revisionsrüge abzuschneiden.

§ 549. I. Reichsrecht. **RG. 82** 47, DJZ. **13** 810. Die Revisibilität eines Reichsgesetzes wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß es als Reichsgesetz nicht durch einen Akt der Reichsgesetzgebung, sondern erst durch Vermittlung eines Landesgesetzes in dem betreffenden Gebiet eingeführt worden ist (**RG. 55** 247). Nicht revisibel sind dagegen die Vorschriften eines Reichsgesetzes, wenn sie durch Landesgesetz auf Rechtsverhältnisse ausgedehnt worden sind, auf die sich die allgemeine Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung überhaupt nicht erstreckt und die infolgedessen von dem Reichsgesetz an sich nicht betroffen werden sollen. So sind nicht revisibel die Bestimmungen des ReichsbeamtenG., soweit sie durch Art. I Abs. 2 ElsLothG. vom 23. Dezember 1873 betr. die Rechtsverhältnisse der Beamten und Lehrer für die Landesbeamten von Elsaß-Lothringen eingeführt sind.

II. Landesrecht. 1. **RG.** JDR. **11** Nr. II 2 jetzt auch HansGZ. **13** Beibl. 125.

2. **RG.** JW. **13** 500, LeipzZ. **13** 471. Wenn zur Auslegung des Landesrechts in Ermangelung besonderer Vorschriften das Reichsrecht herangezogen worden ist, so ist es nicht als Reichsrecht, sondern als Bestandteil des Landesrechts angewendet worden, das in den stillschweigend in Bezug genommenen Normen des Reichsrechts seine Ergänzung findet. Wären in einem solchen Falle diese Normen revisibel, so würde damit auch eine Nachprüfung ihres Zusammenhanges mit dem Landesrecht und ihrer Bedeutung für das Landesrecht und zufolge dessen mindestens mittelbar des Landesrechts selbst ermöglicht sein. Dies würde aber gegen § 549 verstoßen.

3. **RG.** JW. **13** 555. Das BGB. ist, soweit es nur als Bestandteil eines Partikularrechts in Betracht kommt, keine revisible Rechtsnorm.

4. **RG. 82** 47, DJZ. **13** 810. Die Natur von Landesgesetzen haben auch die im Wege der Reichsgesetzgebung zur Regelung der inneren Verhältnisse von Elsaß-Lothringen erlassenen Gesetze.

5. **RG.** R. **13** Nr. 1788. Die landesrechtliche Norm hört nicht darum auf, landesrechtliche Norm zu sein, weil sie sich inhaltlich in Übereinstimmung mit dem reichsrechtlichen Begriffe gesetzt hat.

III. Erstreckung des Geltungsbereichs über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus. **RG.** LeipzZ. **13** 70, MecklZ. **31** 168. Im Sinne der Gesetzesvorschriften, welche die Begründbarkeit der Revision auf die Verletzung bestimmter Rechtsnormen beschränken, dürfen solche Gesetze, die nur auf Grund der Regelung über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen außerhalb ihres eigentlichen Geltungsbereichs zur Anwendung zu bringen sind, nicht als solche angesehen werden, deren Geltungsbereich sich auf den Bezirk des entscheidenden Gerichts erstreckt. Durch Art. 8 Militärkonvention vom 19. Dezember 1872 (MecklSchw. RegBl. **73** 37 ff.), demzufolge für die im Großherzogtume Mecklenburg garnisonierenden Beamten der Militärverwaltung sich das eheliche Güterrecht, die Erbfolge in ihre Verlassenschaft und die Bevormundung ihrer Hinterbliebenen nach den Rechts-

normen ihrer Heimat richten soll, wird den preußisch-rechtlichen Normen nicht die Eigenschaft und Wirksamkeit von mecklenburgischen Landesgesetzen beigelegt, sondern lediglich die Frage geregelt, inwieweit auf nicht landesangehörige Beamte der Militärverwaltung und ihre Familien ihr Heimatrecht als auswärtiges Landesrecht Anwendung finden soll.

IV. Verstoß gegen Auslegungsregeln bei der Anwendung irrevisibeln Rechtes. BayObLG. **13** 735 (BayObLG.). Die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Inhalt eines nicht revisiblen Gesetzes kann auch nicht mittelbar durch die Rüge angefochten werden, das Berufungsgericht habe dabei die allgemeinen Auslegungsregeln verletzt. Auch die analoge Anwendung einer Bestimmung eines nicht revisiblen Gesetzes auf einen diesem Gesetz unterstehenden Fall und die aus einem irrevisiblen Gesetze zu dessen Ergänzung gezogenen Folgerungen sind dem Revisionsangriff entzogen.

V. Einzelfälle. 1. **RG.** R. **13** Nr. 549, WarnE. **13** 160. Die güterrechtlichen Überleitungsvorschriften des PrAGBGB. sind nicht revisibel, wenn das übergeleitete Güterrecht selbst der Revision entzogen ist.

2. **a)** BayObLG. **13** 735 (BayObLG.). Auf die Verletzung der Hausgesetze des hohen Adels kann die Revision nicht gestützt werden. **b)** Ebenso BayObLG. **14** 97 (BayObLG.).

3. **RG.** R. **13** 208. Die Wasserlösungsordnung für die Geestebezirke des Herzogtums Holstein vom 22. Mai 1857 ist eine nicht revisible Rechtsnorm.

4. **RG.** WarnE. **13** 400. Das Gothaische BergG. ist irrevisibel.

5. **RG.** JW. **13** 500, LeipzZ. **13** 471. Das Hamburgische Erbschaftssteuergesetz ist als nicht revisibles Landesrecht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen.

§ 550. I. Rechtsnorm. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1033. Die vom Bundesrat aufgestellten Grundsätze über Besetzung der Subalternstellen mit Militäranwärtern vom 7. und 21. März 1881 haben den Charakter von bindenden Rechtsnormen (**RG. 40** 68, **48** 84).

2. **RG.** R. **13** Nr. 2315. Das Statut der Westfälischen Provinzialfeuersozietät ist eine Norm des objektiven öffentlichen Rechtes.

3. **RG.** R. **13** Nr. 2906. Die Satzungen der Witwen- und Waisenversorgungsanstalt für die Kommunalbeamten der Rheinprovinz in Düsseldorf stellen sich nicht als eine Rechtsnorm im Sinne des § 550, § 12 EGZPO. dar.

II. Gesetzesverletzung. **RG.** R. **13** Nr. 2905. Die Prüfung des Berufungsurteils durch das Revisionsgericht kann nur auf Grundlage der zur Zeit seiner Verkündung in Geltung gewesenen Gesetze, nicht aber auf Grundlage eines erst nach diesem Zeitpunkt in Kraft getretenen, sich rückwirkende Kraft beilegenden Gesetzes erfolgen. Denn dem Berufungsrichter kann keine Gesetzesverletzung vorgeworfen werden, wenn er das Recht, das er anzuwenden verpflichtet war, richtig angewendet hat.

III. Auslegung von Urkunden. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 149. Die Auslegung einer Urkunde kann mit der Revision nicht angefochten werden, wenn sie möglich ist und Auslegungsregeln nicht verletzt.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1635, WarnE. **13** 160. Ob in einer letztwilligen Anordnung eine Auflage oder eine Bedingung zu finden ist, ist Auslegungsfrage. Das Ergebnis der Auslegung kann daher mit der Revision mit Erfolg nur dann angefochten werden, wenn die Auslegung gegen den klaren Wortlaut der letztwilligen Verfügung oder gegen das Gesetz verstößt.

3. Allgemeine Versicherungsbedingungen der Versicherungsgesellschaften. a) RG 81 117, JW. 13 317, SeuffA. 68 339. Das Revisionsgericht muß bei der Nachprüfung der richterlichen Auslegung allgemeiner Versicherungsbedingungen einen freieren Standpunkt einnehmen, als er ihm gegenüber Vertragsauslegungen im allgemeinen zukommt. Soweit nicht besondere Vereinbarungen getroffen sind und hiernach das Vertragsverhältnis durch die allgemeinen Versicherungsbedingungen geregelt wird, ist für eine Auslegung der Bedingungen an der Hand des für den Einzelfall besonders zu ermittelnden Vertragswillens kein Raum. Die Frage ist vielmehr dahin zu stellen, welchen Sinn die Bestimmung in ihrer allgemeinen Geltung hat. Hieraus folgt aber notwendig, daß in den in die Revisionsinstanz gelangenden Rechtsstreitigkeiten das RG. nicht an die einander vielleicht widersprechenden Auslegungen der verschiedenen Berufungsgerichte gebunden sein kann, vielmehr in der Lage sein muß, selbständig den Sinn der allgemeinen Versicherungsbedingungen festzustellen; nur auf diesem Wege kann, soweit das überhaupt möglich ist, die übereinstimmende Auslegung und Anwendung der allgemeinen Versicherungsbedingungen für alle ihnen unterliegenden Vertragsverhältnisse sichergestellt werden. b) Ebenso RG. JW. 13 551 und c) RG. JW. 13 690.

IV. Auslegung von Urteilen. RG. GruchotsBeitr. 57 1065. Die Auslegung richterlicher Urteile, mögen sie auch, wie das Zwischenurteil des § 304, einer eigentlichen materiellen Rechtskraft nicht fähig sein, unterliegt der Nachprüfung des Revisionsgerichts. Dabei kommt nicht die innere Absicht des Richters, sondern der in der Urteilsformel erkennbar zum Ausdrucke gelangte Wille des Gerichts in Betracht, der allerdings durch die Gründe seine Auslegung und Ergänzung finden kann.

V. Tat- oder Rechtsfrage? 1. Wichtiger Grund bei Dienstverträgen. a) RG. LeipzZ. 13 217, WarnE. 13 120. Im Rechtszuge der Revision ist nur nachzuprüfen, ob ein bestimmter Tatumstand allgemein geeignet ist, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB. zu bilden. Ob im Einzelfalle der gegebene Tatbestand sich als wichtiger Grund darstellt, ist Sache der tatsächlichen Würdigung (vgl. JW. 04 209, 06 813, 12 192). b) RG. LeipzZ. 13 461. Ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 70 HGB. bestand, ist im wesentlichen eine der Revisionsinstanz entzogene Tatfrage; nachzuprüfen ist nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats (z. B. JW. 01 209, 12 192) nur die Frage, ob ein bestimmter Umstand einen wichtigen Grund zur Entlassung bilden kann.

2. RG. JW. 13 593. Die Frage, welcher Sinn einer Willenserklärung vom Vertragsgegner des Erklärenden nach Treu und Glauben beigelegt werden dürfe, ist eine Rechtsfrage und deshalb der Nachprüfung in der Revisionsinstanz zugänglich.

3. RG. MSchutzuWettbew. 12 24. Die Frage der Wiederholungsgefahr bei Unterlassungsklagen ist Tatfrage und der Revision entzogen.

4. Erfahrungssatz. RG. GruchotsBeitr. 57 902. Wenn das Berufungsgericht ausführt, bei der Frage, inwieweit für den Kurs von Aktien die jeweilige Aussicht auf einen höheren oder niedrigeren Gewinnanteil mitbestimmend sei und der in Börsenkreisen erwartete Gewinnanteil in dem Kurse mit zum Ausdrucke komme, handle es sich um mehr oder minder unsichere Vermutungen und Schätzungen und es fehle jeder Anhalt dafür, welcher Teil des jeweiligen Kurses auf den erwarteten Gewinn und welcher Teil auf die Aktien selbst entfalle, so spricht es damit einen sog. Erfahrungssatz aus, der der freien Nachprüfung des Revisionsgerichts unterworfen ist.

5. RG. EisenbE. 29 453. Die Frage, ob nach Art. 16 Abs. 1 SeeStrO. unter Umständen ein sofortiges Rückgehen der Maschine verlangt werden kann, unterliegt nicht der Nachprüfung in der Revisionsinstanz.

§ 551. I. Ziff. 1. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 856, R. **13** Nr. 2900. Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß das erstinstanzliche Urteil von einem Richter unterzeichnet ist, der an der letzten mündlichen Verhandlung in erster Instanz nicht mitgewirkt hat. Der Mangel kann, weil er das erste Urteil betrifft und der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz neu verhandelt worden ist, für die Revisionsinstanz nur von Bedeutung sein, wenn er zur Folge hat, daß durch die Zustellung des so beschaffenen Urteils die Rechtsmittelfrist nicht eröffnet werden konnte, so daß dem Verfahren zweiter Instanz wegen Wirkungslosigkeit der eingelegten Berufung die gesetzliche Grundlage fehlt. Das ist jedoch zu verneinen. Wie die Vorschriften der §§ 551 Ziff. 1 und 579 Ziff. 1 ergeben, handelt es sich nur um einen Verstoß, der zwar, wenn er in der Berufungsinstanz unterlaufen ist, als absoluter Revisionsgrund zu gelten hat und bei einem rechtskräftigen Urteile die Nichtigkeitsklage begründen kann, aber der Eröffnung der Rechtsmittelfrist und der wirksamen Einlegung des Rechtsmittels nicht entgegensteht.

2. Die Frage, ob ein ordentliches Mitglied des Gerichts verhindert ist, unterliegt dem pflichtmäßigen Ermessen des Vorsitzenden und ist in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen. **RG.** JDR. **11** Nr. I jetzt auch HansGZ. **13** Beibl. 27.

II. Ziff. 7. 1. **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 561. Der Umstand, daß die Gründe nicht überzeugen, gibt keinen Revisionsangriff aus § 551 Nr. 7.

2. **RG.** R. **13** Nr. 392. Der Revisionsgrund liegt auch dann vor, wenn es bei Abweisung mehrerer eingeklagter Ansprüche an der Begründung hinsichtlich eines dieser Ansprüche völlig mangelt.

§ 552. Abs. 2. Über die Bedeutung der Worte „vor Zustellung des Urteils" vgl. § 516.

§ 553. **RG.** LeipzZ. **13** 471. Die unrichtige Angabe der Parteirollen in der Revisionsschrift (Einlegung der Revision für den obsiegenden Kläger anstatt, wie beabsichtigt, für den unterlegenen Beklagten) ist lediglich eine falsa demonstratio, die ohne weiteres als solche auch dem Gegner erkennbar war. Durch die spätere Berichtigungserklärung ist der in der Revisionsschrift enthaltene Fehler beseitigt worden.

§ 554. I. Mehrheit von Ansprüchen. **RG.** BayRpflZ. **13** 299, WarnE. **13** 411. Daran, daß die Revision, wenn sie sich auf mehrere selbständige Ansprüche erstreckt, hinsichtlich jedes dieser Ansprüche eine den Anforderungen des § 554 entsprechende Begründung enthalten muß, ist auch für den Fall festzuhalten, daß die Ansprüche nicht nebeneinander, sondern in der Weise geltend gemacht sind, daß auf den an zweiter Stelle stehenden nur einzugehen ist, wenn und insoweit der an erster Stelle stehende nicht für begründet erachtet wird.

II. Abs. 3 Ziff. 2. Allgemeine Revisionsbegründung, daß nicht „alle Ausführungen" des Revisionsklägers berücksichtigt seien. **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 536. Die Revisionsklägerin hat geltend gemacht: Es seien die Ausführungen in den vorbereitenden Schriftsätzen vom 14. September und 16. November 1911 nicht erschöpfend gewürdigt und jedenfalls nicht widerlegt; die daselbst, insbesondere die unter Ziff. 2 a und b des Schriftsatzes vom 14. September 1911 angetretenen Beweise seien erheblich gewesen. Es ist nicht Aufgabe des Berufungsrichters, alle „Ausführungen", die eine Partei macht (und die vielleicht in gar keiner oder doch in einer nur höchst losen Beziehung zu der Sache stehen), erschöpfend zu erörtern und sie ausdrücklich und besonders zu widerlegen. Welcher Beweis angetreten (und vom Berufungsrichter übergangen) sein soll, ist von der Revisionsklägerin — abgesehen von dem unbeachtlichen und schließlich auch nicht aufrechterhaltenen Hinweis auf Ziff. 2 a und b des Schriftsatzes vom 14. September 1911 — überhaupt nicht gesagt worden.

III. Abs. 7. 1. Zahlung im Reichsbankgiroverkehre. **RG.** **82** 95, BankA. **12** 335, JW. **13** 607. Der baren Zahlung des Gebührenvorschusses ist gleichzuachten, wenn der zu entrichtende Betrag im Reichsbankgiroverkehr auf dem Girokonto der Kaiserlichen Oberpostkasse in Leipzig gutgeschrieben wird. Als Zeitpunkt der Zahlung gilt bei einer derartigen Zahlungsweise aber erst die Gutschrift auf dem Girokonto des Zahlungsempfängers; denn erst hierdurch erlangt der Zahlungsempfänger das Recht auf Auszahlung des gutgeschriebenen Betrags gegenüber der Reichsbank. Die Gutschrift muß also noch innerhalb der Zahlungsfrist erfolgen, damit die Zahlung als rechtzeitig anzusehen ist.

2. Erfordernis des Nachweises der Zahlung innerhalb der Frist. Wie **RG.** JDR. **11** Nr. IV 1 jetzt auch **RG.** JW. **13** 386.

§ 556. **RG.** R. **13** Nr. 1187. Wird die Revision gegen ein Urteil, das gemäß § 539 die Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz ausgesprochen hat, als unbegründet zurückgewiesen, so erledigt sich damit die Anschlußrevision wegen Nichtabweisung der Klage von selbst.

§ 559. I. Verbot der reformatio in pejus. **RG.** Gruchots Beitr. **57** 1065. Der in den §§ 536, 559 zur Anerkennung gelangte Grundsatz des Verbots einer reformatio in pejus hindert nicht, die Begründung des Berufungsgerichts nach materieller Richtung hin auch insoweit einer Nachprüfung zu unterziehen, als es von einem dem Revisionskläger günstigen Standpunkt ausgegangen ist.

II. Verletzung in bezug auf das Verfahren. **RG.** JW. **13** 213. Die irrtümliche Annahme des Gerichts, ein Zeuge sei beeidigt worden, betrifft nicht einen Mangel des Verfahrens. Es liegt vielmehr ein Irrtum über den abzuurteilenden Sachverhalt vor.

§ 561. I. Tatbestand. **RG.** R. **13** Nr. 1636. Eine Sachdarstellung erster Instanz, die vor dem Berufungsgericht als irrig fallen gelassen wurde, kann nicht vor dem Revisionsgerichte wieder aufgegriffen werden.

II. **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 71. Die Feststellung über die Auffassung der maßgebenden Kreise darüber, ob eine Bezeichnung nach § 16 UnlWG. geeignet ist, Verwechselungen hervorzurufen, ist für das Revisionsgericht bindend.

III. **RG.** JW. **13** 139. Im Rechtszuge der Revision können neue Tatsachen, auch wenn sie erst nach dem Schlusse der Berufungsverhandlung eingetreten sind, selbst in Ehesachen nicht berücksichtigt werden.

IV. **RG.** DJZ. **13** 1322. Kein neues tatsächliches Vorbringen, wenn der Kläger zuerst in der Revisionsinstanz das Bedenken anregt, ob die Streitsache nach inländischem oder ausländischem Rechte zu prüfen sei.

§ 562. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1171. Die Frage der Ablösbarkeit regaler Fischereiberechtigungen im Geltungsgebiete der Gemeinheitsteilungsordnung für den Regierungsbezirk Wiesbaden vom 5. April 1869 ist in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen.

§ 565. Abs. 2. 1. **RG.** JW. **13** 501, R. **13** Nr. 991. Solche Punkte des aufgehobenen Urteils, die von der Aufhebung nicht betroffen sind, können bei der erneuten Verhandlung auch dann anders als früher entschieden werden, wenn das Revisionsgericht sie gebilligt hatte.

2. Bedeutung der Vorschrift für den dinglichen Anspruch, wenn der persönliche Anspruch rechtskräftig abgewiesen ist. OLG. **27** 103 (KG.). Die vom RG. der Hypothekenforderung gegebene Würdigung als wucherliche Forderung bindet das Berufungsgericht auch hinsichtlich der rechtlichen Auffassung des dinglichen Anspruchs.

§ 566. Die Aufnahme des sachlichen mündlichen Parteivorbringens in das Revisionsurteil ist im Gesetze nicht

vorgeschrieben; daher keine Berichtigung des Tatbestandes bei Revisionsurteilen. Vgl. § 313.

Dritter Abschnitt. Beschwerde.

§ 567. I. Unzulässige Beschwerde. BadRpr. **13** 37 (Karlsruhe). Einstweilige Anordnungen des Beschwerdegerichts fallen auch in Vollstreckungssachen nicht unter § 732 Abs. 2, sondern unter § 572 Abs. 3. Mit der Beschwerde sind sie daher weder nach § 793 noch nach § 567 anfechtbar.

II. Abs. 2. OLG. **27** 103 (München). Die Gebührenfestsetzung des beauftragten Richters eines OLG. kann der Zeuge (oder Sachverständige) nicht anfechten, weil sie eine Entscheidung des Prozeßgerichts darstellt und nach § 567 Abs. 2 keiner Beschwerde unterliegt.

III. OLG. **27** 103 (Posen). Ein in der Instanz abgeschlossenes Verfahren kann nicht lediglich aus dem Grunde wieder aufgenommen werden, weil der Antrag dem wahren Willen des Antragstellers nicht entsprochen hat; es würde ein geordnetes Verfahren nicht möglich sein, wenn eine neue Instanz lediglich auf Grund der Anfechtung einer in der frühern Instanz vorgenommenen Prozeßhandlung eröffnet werden könnte; das würde den Grundsätzen des Prozeßrechts widersprechen, das ein in sich abgeschlossenes Rechtsgebiet ist und grundsätzlich keine Unterstellung unter zivilrechtliche Normen duldet.

§ 568. I. Abs. 2. Neuer selbständiger Beschwerdegrund. BadRpr. **13** 126 (Karlsruhe). Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund kann auch darin liegen, daß das Beschwerdegericht die Würdigung des Vorbringens des Beschwerdeführers unterlassen hat. Auf eine solche Unterlassung kann zwar nicht schon daraus geschlossen werden, daß die Gründe der Entscheidung das Vorbringen des Beschwerdeführers nicht ausdrücklich im einzelnen widerlegen (**RG. 30** 338, **60** 406). Wenn aber die unterbliebene Würdigung aus der Entscheidung selbst ersichtlich ist, so bildet diese einen neuen selbständigen Beschwerdegrund.

2. BadRpr. **13** 36 (Karlsruhe). Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund ist gegeben, wenn zwar die Entscheidung des Beschwerdegerichts mit der des Untergerichts übereinstimmt, aber eine Prüfung der Beschwerde unterblieben ist, da in einem solchen Falle eine wesentliche Verfahrensvorschrift, nämlich der Grundsatz verletzt ist, daß dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör gewährt werden muß. Ein derartiger Fall liegt aber nicht vor, wenn es in den Gründen der Beschwerdeentscheidung heißt, das Beschwerdegericht trete den Gründen des ersten Richters völlig bei. Denn damit hat es dessen Gründe zu seinen eigenen Entscheidungsgründen gemacht.

3. LeipzZ. **13** 597 (Dresden). Die Unterlassung der sachlichen Beschwerde enthält einen neuen selbständigen Beschwerdegrund, der die Zulässigkeit der weiteren sofortigen Beschwerde begründet.

4. Ebenso MecklZ. **31** 187 (Rostock). Wird das Vorbringen des Beschwerdeführers für nicht beachtlich erklärt, so liegt darin ein neuer, selbständiger Beschwerdegrund.

II. Abs. 3. 1. Beschwerden über die Festsetzung des Streitwerts. BadRpr. **13** 86 (Karlsruhe). Die Bestimmung gilt auch für Beschwerden über die Festsetzung des Streitwerts. Wird die Beschwerde gemäß § 12 RAGO. vom Anwalte persönlich eingelegt, so ist Beschwerdesumme der Unterschied an Gebühren und Auslagen, der dem beschwerdeführenden Anwalte bei Erhöhung der Streitwertsfestsetzung zukommen würde.

2. OLG. **26** 171 (Hamburg). Die Erteilung kostenloser Abschriften auf Grund bewilligten Armenrechts fällt unter die Befreiung von Prozeßkosten, zu denen im weiteren Sinne auch die Schreibgebühren gehören.

§ 569. I. OLG. **27** 104 (KG.). Die Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß des LG. unterliegt auch dann dem Anwaltszwange, wenn der Rechtsstreit nach Verhandlung vor dem AG. gemäß § 506 an das LG. verwiesen worden ist und sich der Festsetzungsbeschluß auch über die vor dem AG. erwachsenen Kosten verhält. Die Frage des Anwaltszwanges entscheidet sich nach dem Sinne der Ausnahmebestimmung nach demjenigen Gericht erster Instanz, welches den angefochtenen Beschluß erlassen und damit das Beschwerdeverfahren veranlaßt hat. Nur bei diesem gilt der Rechtsstreit für das Festsetzungsverfahren als anhängig.

II. Erfordernis der Vorlegung der Vollmacht. HessRspr. **13** 275 (Darmstadt). Wird die Vollmacht eines die sofortige Beschwerde einlegenden Anwalts in einem Falle, in dem eine Vertretung durch Anwälte nicht erforderlich ist, nicht innerhalb der Notfrist vorgelegt, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen, weil die von einem Vertreter eingelegte Beschwerde erst durch den Nachweis der Bevollmächtigung zur Wirksamkeit gelangt.

§ 570. SchlHolstAnz. **13** 15 (Kiel). Eine Beschwerde kann auch auf solche neue Tatsachen gestützt werden, die erst nach Erlaß des angefochtenen Beschlusses entstanden sind.

Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens.

§ 578. **RG.** R. **13** Nr. 1495. Die Nichtigkeits- und Restitutionsklage leiten nicht einen neuen Rechtsstreit ein, sondern stellen außerordentliche Rechtsbehelfe dar, durch die ein geschlossener Rechtsstreit wieder eröffnet wird. Auch der Scheidungswiderbeklagte kann den Scheidungsantrag in einem späteren Rechtsstreite nicht mehr auf solche Tatsachen gründen, die er in dem früheren Verfahren zur Begründung eines Scheidungsantrags entweder geltend gemacht hat oder geltend machen konnte.

§ 580. I. Ziff. 1—5. Liegen diese Restitutionsgründe erst dann vor, wenn wegen der strafbaren Handlung eine Verurteilung erfolgt ist? BadRpr. **13** 109 (Karlsruhe) verneint die Frage (im Gegensatze zu Gaupp-Stein). Die strafbare Handlung ist schon für sich Restitutionsgrund, so daß z. B. die Kenntnis von einer Eidesverletzung während der Berufungsfrist die Geltendmachung durch Berufung erfordert (§ 582). Rechtskräftige Verurteilung wegen der strafbaren Handlung ist lediglich eine Voraussetzung der Erhebung der Restitutionsklage (§ 581).

II. Ziff. 7 b. **RG.** JDR. **11** Nr. IV 4 a jetzt auch **RG. 80** 240, JW. **13** 45.

§ 581. Abs. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 937, WarnE. **13** 555. Der Kläger hat die zuständigen Strafverfolgungsbehörden in Berlin und Zürich vergebens angegangen. Er darf sich, was den § 581 Abs. 1 und den § 463 angeht, bei diesen Entscheidungen beruhigen, und es darf auch das Gericht, obgleich es das Vorhandensein der Voraussetzungen der gedachten Gesetzesvorschriften von Amts wegen zu prüfen hat, von der sachlichen Richtigkeit der Entschließungen der zuständigen Strafverfolgungsbehörden ausgehen (**RG. 73** 150). Nach diesen beiden Entschließungen muß die Strafverfolgung aus anderen Gründen als wegen mangelnden Beweises unterbleiben. Daran muß es genügen. Man kann dem Kläger nicht ansinnen, daß er alle Strafverfolgungsbehörden der Orte des Auslandes angeht, von denen er vermutet, es könne sich der Beklagte dorthin gewendet haben.

§ 586. In welchem Umfange können im Verfahren auf die Restitutionsklage neue Anfechtungsgründe geltend gemacht werden? **RG. 82** 268, JW. **13** 881, LeipzZ. **13** 615. Es steht nichts im Wege, daß der Restitutionskläger geltend macht, er habe außer dem in der Resti-

tutionsklage bezeichneten vermeintlichen einen nach dem Gesetz objektiv berechtigten, in der Klage nicht angeführten Anfechtungsgrund, wenn dieser letztere bereits vor Erhebung der Klage bestand und der Kläger davon nicht früher als einen Monat vor Erhebung der Klage Kenntnis erlangt hatte. Das ist in den Motiven zu dem im preußischen Justizministerium bearbeiteten Entwurf einer deutschen ZPO. (Berlin, v. Decker 1871), dessen §§ 500, 501 mit den §§ 587, 588 inhaltlich übereinstimmen, ausdrücklich anerkannt.

Fünftes Buch. Urkunden- und Wechselprozeß.

§ 592. Literatur: Dümpfel, Ein Beitrag zur Praxis des Urkundenprozesses, SächsRpflA. **13** 265—272.

I. Urkunden dritter Personen. 1. Dümpfel, SächsRpflA. **13** 266 ff. Auch eine nicht von einer Prozeßpartei, sondern von einem Dritten ausgestellte schriftliche Erklärung ist als Urkunde im Sinne von § 592 anzusehen. Sofern sie nicht gerichtlich oder notariell errichtet oder doch öffentlich beglaubigt ist, wird sie jedoch durch einfaches Bestreiten der Echtheit der Unterschrift regelmäßig jeglicher Bedeutung für den Urkundenprozeß beraubt, da es dem Kläger nur in den seltensten Fällen möglich sein wird die Echtheit mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln darzutun. Steht die Echtheit fest, so ist hinsichtlich der Frage, ob und welcher Beweiswert der Urkunde für ihren bestrittenen Inhalt beizumessen ist, zu unterscheiden: 1. Insoweit die Urkunde eine rechtskonstituierende Erklärung, also die Rechtsdisposition, „den unmittelbar erheblichen Rechtsakt selbst" enthält (Abtretung des Klaganspruchs, Verzicht des Gläubigers, der abgetreten haben soll, vor Abtretung oder Benachrichtigung), beweist sie stets voll, denn die rechtsgeschäftliche Erklärung ist selbst in der Urkunde verkörpert und wird dem Gerichte durch Vorlegung der Urkunde augenfällig vorgeführt. — 2. Enthält die Urkunde eine nur deklaratorische Erklärung, so vermag sie als „außergerichtliche Zeugenaussage" einen Beweis überhaupt nicht zu erbringen. Im Urkundenprozeß ist freilich Zeugenbeweis unzulässig. Daraus folgt aber nicht, daß deshalb hier Ersatz des unzulässigen Zeugenbeweises durch außergerichtliche Erklärungen der Zeugen bewirkt werden könnte. Denn, wenn die gute Erkenntnisquelle der gerichtlichen und unmittelbaren Zeugenvernehmung hier verschlossen ist, so kann sie auch durch nichts ersetzt werden, geschweige denn durch ein unvollkommenes Verfahren. Anders steht die Sache nur da, wo ausnahmsweise im Wechselprozesse die Glaubhaftmachung genügt (§ 605 Abs. 2).

2. DJZ. **13** 1443, R. **13** Nr. 3169 (Stuttgart). Auch der Urkundenprozeß fordert volle Beweisführung (mittels der Urkunden) und begnügt sich nicht mit bloßer Glaubhaftmachung. Allerdings können hierzu an sich Urkunden jeder Art benutzt werden, auch Privaturkunden dritter Personen. Die Frage, ob die hierzu gewählten Urkunden Beweiskraft besitzen, wird aber hierdurch nicht berührt. Private Zeugnisse Dritter haben, wenn und insolange in der Person ihrer Aussteller ein Hindernis der prozeßordnungsmäßigen Vernehmung nicht gegeben ist, für sich allein keine Beweiskraft. Denn solange das für die richterliche Überzeugung bessere Beweismittel einer gerichtlichen Erhebung zugänglich ist, kann einer von der ZPO. an sich für die Beweisermittelung nicht zugelassenen außergerichtlichen Feststellung von Zeugenaussagen selbständige Beweiskraft nicht zukommen. Dies gilt auch für den Urkundenprozeß. Wenn diese Prozeßart den Zeugenbeweis überhaupt ablehnt, so ist es nicht der Wille des Gesetzes, diese Beweismittel in der in seiner Überzeugungskraft abgeschwächten Form eines außergerichtlichen urkundlichen Zeugnisses zuzulassen.

II. **RG.** R. **13** Nr. 3170. Aus einem Verpflichtungsscheine des Inhalts: „nach meiner Ehescheidung bekommt Herr G. ein Honorar von 4500 M." kann im Urkundenprozesse nur geklagt werden, wenn der Kläger auch die nach § 614 BGB.

klagebegründende Tatsache unter Urkundenbeweis stellt, daß er diejenigen Dienste verrichtet hat, für deren Leistung er die Vergütung beanspruchen kann.

§ 595. Abs. 2. Antretung des Urkundenbeweises. **RG.** LeipzZ. **13** 221. Die Antretung des Urkundenbeweises kann im Wechselprozesse nur durch Vorlegung der Urkunden selbst erfolgen. Es ist insbesondere unzulässig, im Wege der freien richterlichen Beweiswürdigung Tatsachen, die durch Urkunden nachzuweisen sind, als bewiesen anzunehmen und auf diese Weise die gesetzliche Beweisbeschränkung zu umgehen. Nur hinsichtlich zugestandener, eines Beweises deshalb nicht mehr bedürftiger Tatsachen, hat die Rechtsprechung eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 597 zugelassen.

§ 596. I. SächsRpflA. **13** 311 (Dresden). Das Abstehen vom Urkundenprozesse braucht nicht durch ausdrückliche Erklärung zu erfolgen, kann vielmehr auch mittels schlüssiger Handlungen vorgenommen werden. Dazu genügt aber die bloße Antretung illiquider Beweise nicht.

II. BadRpr. **13** 59 (Karlsruhe). Die im Urkundenprozesse vorgenommenen Parteihandlungen und abgegebenen Parteierklärungen (Eideszuschiebungen und Erklärungen über Annahme der Eide) behalten ihre Wirksamkeit auch nach Überleitung in das ordentliche Verfahren.

§ 597. Literatur: Ulrich, Das fingierte Geständnis im Urkunden- und Wechselprozesse, BuschsZ. **44** 57—64.

Das fingierte Geständnis im Urkunden- und Wechselprozesse. *Ulrich, BuschsZ. **44** 57 ff. Das fingierte Geständnis gilt zwar auch im Urkundenprozeß, aber das fingierte Geständnis des Beklagten kann den urkundlichen Beweis des Klägers über die klagebegründenden Tatsachen nicht ersetzen (ebenso Richard Schmidt, Gaupp-Stein, Seuffert; aM. **RG. 12** 133, **30** 408). Die Behandlung der Urkundlichkeit durch das Gesetz ist hier stark formalistisch. Sie führt unter Umständen zu praktisch unerfreulichen Ergebnissen und erscheint deshalb reformbedürftig. Aber schon das völlige Auseinandergehen der Meinungen über die Verwertung des fingierten Geständnisses im Urkundenprozesse zwischen dem RG. und den führenden Bearbeitern des Zivilprozeßrechts ist hinreichend, um dem Gesetzgeber diese Materie für eine zukünftige Änderung der ZPO. der Beachtung wert erscheinen zu lassen.

599. OLG. **27** 106 (Celle). Der bloße, den Vorbehalt der Ausführung bezweckende Widerspruch des Beklagten gegen die Verurteilung, ohne die Stellung eines Klageabweisungsantrags, macht die Verhandlung nicht zu einer kontradiktorischen im Sinne des § 19 GKG.

§ 600. Abs. 2. **RG.** R. **13** Nr. 2765. Ergibt sich in dem weiteren Verfahren, daß der Klaganspruch begründet ist, so darf nicht erneut die Verurteilung des Beklagten nach der Klage ausgesprochen werden, sondern es ist lediglich das bereits ergangene Urteil vorbehaltlos aufrechtzuerhalten.

§ 602. SächsRpflA. **13** 465 (Dresden). Ein offensichtlich veränderter Wechsel ist als Beweismittel im Wechselprozeß unbrauchbar.

Sechstes Buch. Ehesachen. Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt. Verfahren in Ehesachen.

Vor **§ 606.** Literatur: Müller, Anspruch einer Ehefrau gegen den Ehemann auf Leistung eines Prozeßkostenvorschusses und Pfändbarkeit dieses Anspruchs. DJZ. **13** 1438—1439.

Besonderheiten des Eheprozesses. 1. Einheitliche Entscheidung. a) **RG.** JW. **13** 141, SeuffA. **68** 169, WarnE. **13** 93. Durch die in §§ 614—616 enthaltenen Vorschriften ist, wenn auch nicht ausdrücklich

ausgesprochen, der Grundsatz aufgestellt, daß beim Vorliegen mehrerer Anträge, von denen jeder darauf abzielt, eine bestehende Ehe zu beseitigen, unter allen Umständen nur ein einheitliches Verfahren stattfinden soll, in welchem alle jenen Zweck betreffenden Anträge zu stellen und alle dafür in Betracht kommenden Tatsachen vorzubringen sind, aber auch über alles dieses eine einheitliche Entscheidung zu treffen ist (vgl. **RG. 58** 307). Dieses Erfordernis der Einheitlichkeit der Entscheidung besteht nicht nur dann, wenn beiderseits Scheidung der Ehe verlangt wird, sondern auch dann, wenn einer Scheidungsklage eine Anfechtungsklage gegenübersteht. Der Erlaß eines Teilurteils ist auch dann unzulässig, wenn bezüglich des noch verbleibenden Prozeßstoffs das Verfahren ausgesetzt wird. **b)** Ebenso **RG.** WarnE. **13** 411. **c)** OLG. **27** 106 (Celle). Es ist unzulässig, bei einer Klage auf Scheidung der Ehe und bei Widerklage auf Herstellung des ehelichen Lebens die Klage beim Ausbleiben des Klägers durch Versäumnisurteil abzuweisen. Die Grundsätze über das Versäumnisverfahren gegen den nicht erschienenen Kläger müssen, da über den ganzen Prozeß nur einheitlich entschieden werden kann, zurücktreten. Die Scheidungsklage kann in diesem Falle überhaupt nicht durch Versäumnisurteil zurückgewiesen werden.

2. Folgen der Zurücknahme einer Widerklage in Ehesachen auf den über die Klagebehauptung auferlegten Eid. **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 4. Bezieht sich ein Eid seinem Inhalte nach lediglich auf die Widerklage und ist von der Leistung oder Nichtleistung des Eides die Entscheidung auch über die Klage nur aus dem prozeßrechtlichen Grunde abhängig gemacht, weil in einem Rechtsstreit, in dem durch Klage und Widerklage Scheidung einer Ehe begehrt wird, nur ein einheitliches, den gesamten Steitstoff umfassendes Urteil ergehen und nicht auf die Klage unbedingt, auf die Widerklage aber nur bedingt oder umgekehrt entschieden werden kann, so muß mit der Zurücknahme der Widerklage der Eid in Wegfall kommen.

3. Prozeßkostenvorschußpflicht des Ehemanns gegenüber der im Armenrechte klagenden Ehefrau? — Vgl. zunächst oben zu § 1387 BGB. — **a)** BadRpr. **13** 120 (Karlsruhe). Die Frage ist bestritten (vgl. Staudinger, Ziff. 3 g zu § 1387 BGB.). Mit dem RG. — JW. **96** 151 und 205 — muß angenommen werden, daß die Ehefrau, der das Armenrecht bewilligt und die dadurch in den Stand gesetzt ist, ihre Rechtsansprüche — wenigstens vorläufig — kostenfrei zu verfolgen, in der Regel keinen Anspruch darauf hat, daß ihrem Ehemanne die Leistung eines Prozeßkostenvorschusses durch einstweilige Verfügung aufgegeben werde. Die Möglichkeit, daß der Ehefrau, weil der Ehemann in der Lage ist, Prozeßkostenvorschuß zu leisten, das Armenrecht wieder entzogen werden könnte, rechtfertigt den eine gegenwärtige Zwangslage voraussetzenden Erlaß einer einstweiligen Verfügung ebensowenig als der Umstand, daß das Armenrecht nur eine vorläufige Befreiung von den Kosten des Rechtsstreits zur Folge hat, während der Prozeßkostenvorschuß des Ehemanns der Frau die dauernde Erfüllung ihrer Kostenpflicht ermöglicht. **b)** BadRpr. **13** 109 (Karlsruhe). Die Ehefrau hat in der Regel keinen Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß gegen den Ehemann, wenn ihr das Armenrecht bewilligt ist. Eine andere Frage ist, ob ihr nicht das Armenrecht zu verweigern ist, solange sie in der Lage ist, die zur Prozeßführung erforderlichen Geldmittel von ihrem dazu vermögenden Manne zu erlangen.

§ 606. I. Nachträgliche Heilung der Unzuständigkeit. 1. R. **13** Nr. 2141, WürttJ. **25** 190 (Stuttgart). Das ursprünglich unzuständige Gericht wird dadurch zuständig, daß der Ehemann während des Rechtsstreits seinen Wohnsitz in den Bezirk des angerufenen Gerichts verlegt. (Vgl. JDR. **11** Nr. I.)

2. **RG.** JW. **13** 1154. Die Annahme des OLG., daß die Vorschrift im § 104 Abs. 1 Satz 2 ÖstJN., wonach die im Satz 1 gestattete Vereinbarung der Parteien

über die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts diesem „schon in der Klage" urkundlich nachgewiesen werden muß, lediglich eine den deutschen Richter nicht bindende Ordnungsvorschrift sei und daß demgemäß die Zuständigkeit des angerufenen deutschen Gerichts auch durch die in der Berufungsinstanz erfolgte Unterwerfung des Beklagten unter den Gerichtsstand des Berufungsgerichts begründet werde, ist, obwohl es sich um einen von Amts wegen zu prüfenden Punkt handelt, als Auslegung ausländischen irrevisiblen Rechtes (§ 549) für das Revisionsgericht maßgebend (§ 562).

II. Abs. 2. BayObLG. **13** 690, OLG. **27** 92 (BayObLG.). Maßgebend dafür, ob gegenüber einem ausländischen Urteile die vor dem Inkrafttreten des BGB. in Geltung gewesene oder die seitdem geltende Fassung des § 606 Abs. 2 ZPO. anzuwenden ist, ist nicht der Zeitpunkt, in dem die Klage bei dem ausländischen Gericht angebracht worden ist, sondern der Zeitpunkt der Erlassung des ausländischen Urteils.

III. Abs. 4. 1. Zuständigkeit der deutschen Gerichte für Scheidungsklagen österreichischer Staatsangehöriger. RheinA. **110** 158 (Düsseldorf). Die deutschen Gerichte sind für Scheidungsklagen österreichischer Staatsangehöriger zuständig.

2. Scheidung englischer Staatsangehöriger. **a)** HansGZ. **13** Beibl. 84 (Hamburg). Die deutschen Gerichte sind für die Ehescheidung von in Deutschland wohnenden Engländern zuständig. **b)** Ebenso SchlHolstAnz. **13** 353 (Kiel).

3. Zuständigkeit der deutschen Konsulargerichte für die Scheidung schweizerischer Staatsangehöriger. **RG.** Gruchots Beitr. **57** 717. Ein deutsches Konsulargericht ist für die Scheidungsklage schweizerischer Staatsangehöriger zuständig und auch schon vor dem Inkrafttreten des neuen schweizerischen Zivilgesetzbuchs zuständig gewesen.

4. OLG. **27** 108 (KG.). Das Haager Abkommen vom 12. Juni 1902 enthält keine Vorschrift über die Zuständigkeit der Gerichte eines Vertragsstaats für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen. Auch die entsprechende Anwendung der darin enthaltenen Bestimmungen über die Scheidungsklage ist ausgeschlossen.

§ 616. Abs. 1 Satz 2. 1. Die Vorschrift gilt auch für die Stellung eines Antrags aus § 1574 Abs. 3 BGB. **RG.** JW. **13** 644, SächsRpflA. **13** 513. Nach der bisherigen Rechtsprechung des RG. steht dem Beklagten die Vorschrift des § 616 auch entgegen, soweit er auf jene früheren Tatsachen zurückgeht, um damit den Antrag zu begründen, daß die Klägerin gemäß § 1574 Abs. 3 BGB. für mitschuldig erklärt werde (vgl. **RG.** JW. **10** 477). Gegen diese Ansicht ließe sich freilich einwenden, daß danach ein auf Verzeihung beruhendes Abstandnehmen von der Geltendmachung früherer Scheidungsgründe die Ausschließung ihrer Verwendbarkeit zu einem die Mitschuld betreffenden Antrage gemäß § 1574 Abs. 3 nicht zur Folge haben könnte, der Verlust nach § 616 dagegen dann eintreten würde, wenn unverziehene Eheverfehlungen des anderen Teiles in dem Vorprozesse zur Begründung eines Scheidungsantrags keine Verwendung gefunden haben. Verziehene Verfehlungen sind als Scheidungsgrund nach § 1570 BGB. überhaupt nicht verwendbar; von ihnen ist im § 616 überhaupt nicht die Rede. Es würde sich deshalb, wenn der beklagte Ehegatte einen Antrag nach § 1574 Abs. 3 auf Verfehlungen des klagenden Teiles gründet, die ihm schon zur Zeit des Vorprozesses bekannt waren, stets noch die Frage ergeben, ob ihre damalige Nichtbenutzung zu einem Scheidungsantrag auf einer bereits gewährten Verzeihung beruht oder ob nicht gerade auch in der damaligen Abstandnahme von dem Scheidungsantrage der Verzeihungswille zum Ausdrucke gekommen ist. Allein der gegenwärtige Fall gibt keinen Anlaß, zu der in dem vorhin erwähnten Urteile behandelten Rechtsfrage von neuem Stellung zu nehmen. Vgl. auch oben zu § 1574 BGB.

2. **RG.** JW. **13** 644, SächsRpflA. **13** 513. Auch der Scheidungs w i d e r-beklagte kann den Scheidungsantrag in einem späteren Rechtsstreite nicht mehr auf solche Tatsachen gründen, die er in dem früheren Verfahren zur Begründung eines Scheidungsantrags entweder geltend gemacht hat oder geltend machen konnte.

§ 617. I. *S c h u l t z e n s t e i n, BuschsZ. **43** 323. Für die Ehesachen gilt nicht die Verhandlungsmaxime mit weiteren Abschwächungen zugunsten der Untersuchungsmaxime, sondern allein die letztere mit Einschränkungen zugunsten der Verhandlungsmaxime. Vgl. oben Ziff. 1 zu § 128.

II. **RG.** JDR. **11** Nr. II, jetzt auch SeuffA. **68** 84.

III. E i d e s z u s c h i e b u n g. 1. **RG.** WarnE. **13** 395. Die Eideszuschiebung in Ehesachen ist zwar insoweit nicht zu beanstanden, als sie sich auf Behauptungen bezieht, die ausschließlich zur Abwehr der Ehescheidung oder zur Begründung eines auf die Schuldfrage beschränkten Antrags vorgebracht werden; sie ist aber nach § 617 Abs. 2 in vollem Umfang unzulässig, sobald mit den unter Eidesbeweis gestellten Behauptungen zugleich ein Scheidungsantrag begründet werden soll.

2. **RG.** WarnE. **13** 256. Für denjenigen Eheteil, der seinerseits die Scheidung der Ehe beantragt, ist der Beweis durch Eideszuschiebung auch hinsichtlich solcher Tatsachen unzulässig, die zwar zunächst verteidigungsweise gegen das Scheidungsbegehren des anderen Teiles vorgebracht sind, die aber nach der Prozeßlage jederzeit auch als Scheidungsgrund für den Beweisführenden verwendet werden könnten.

3. **RG.** R. **13** Nr. 2617. Auch über sog. Beweisbehelfe für einen Scheidungsgrund (Tatsachen, die zur Unterstützung der Beweiskraft der Beweismittel für den Scheidungsgrund vorgebracht werden), ist die Eideszuschiebung unzulässig.

IV. V e r z i c h t. **RG.** WarnE. **13** 161. Einem Verzichte, der sich lediglich auf den Fortgang des Verfahrens bezieht, insbesondere einem Verzicht auf ein Rechtsmittel kann die regelmäßige Wirkung nicht versagt werden, wenn die Ehe auf die Klage geschieden, die Scheidungswiderklage des Verzichtenden aber abgewiesen worden war.

§ 618. I. A b s. 5. V e r s ä u m n i s u r t e i l. **RG.** BayRpflZ. **13** 425. Die Bestimmung gilt nicht für den Beklagten als Berufungskläger. Hat aber das OLG. nicht nur über die Berufung des Beklagten gegen das der Scheidungsklage stattgebende Urteil zu befinden, sondern auch über die von der Klägerin mit der Anschlußberufung angefochtene Mitschuldigerklärung der Klägerin, so daß hinsichtlich der Anschlußberufung ein kontradiktorisches Urteil erlassen werden muß so ist auch ein Versäumnisurteil hinsichtlich der Berufung ausgeschlossen. In Ehesachen kann nur einheitlich über die Fragen der Scheidung und der Schuld an der Scheidung entschieden werden. Das nämliche Urteil muß alle hierhin gehörigen Streitpunkte entscheiden.

II. A b s. 6. V e r s ä u m n i s u r t e i l g e g e n d e n W i d e r k l ä g e r? **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1082, JW. **13** 607. Bleibt der Widerkläger in der Schlußverhandlung aus, so ist über die Klage wie über die Widerklage einheitlich unter Würdigung des Beweisergebnisses durch streitmäßiges (kontradiktorisches) Urteil zu entscheiden; ein die Widerklage abweisendes Versäumnisurteil ist unstatthaft. Ein solches mit einem kontradiktorischen Urteile verbundenes unzulässiges Versäumnisurteil kann ebenfalls mit der Berufung angefochten werden.

§ 627. L i t e r a t u r: L e v i n, Die einstweilige Verfügung in Ehesachen nach rechtskräftiger Entscheidung des Eheprozesses, JW. **13** 358 f. — S i e b u r g, Dasselbe, JW. **13** 355—358.

I. V o r a u s s e t z u n g e n d e r e i n s t w e i l i g e n V e r f ü g u n g. 1. E r f o r d e r n i s p e r s ö n l i c h e r L a d u n g d e s B e k l a g t e n? OLG. **27** 114 (Colmar). Der Scheidungsprozeß ist dem Verfügungsverfahren gegenüber der

Hauptprozeß. Die Ladung zur Verhandlung über das Gesuch aus § 627 braucht daher nicht dem Beklagten persönlich zugestellt zu werden (§§ 82, 176, 178).

2. OLG. 27 111 (München). Dadurch, daß der Beklagte gegenwärtig von seiner Frau tatsächlich getrennt lebt und seinen Aufenthalt verborgen hält, wird keineswegs ausgeschlossen, daß die Klägerin sich vom Gerichte die Erlaubnis erteilen läßt, für die Dauer des Scheidungsprozesses von ihm getrennt zu leben. Sonst könnte der Beklagte, wenn er zurückkehrt, jederzeit an die Klägerin das Ansinnen stellen, mit ihm zusammenzuleben.

3. OLG. 27 111 (München). Hat die auf Scheidung klagende Frau in erster Instanz die Erlaubnis zum Getrenntleben erwirkt und außerhalb Wohnung genommen, so erscheint es, nachdem das LG. die Ehe aus beiderseitigem Verschulden geschieden hat, ausgeschlossen, daß die Klägerin das Ansinnen an den Beklagten stellt, wieder mit ihr zusammenzuleben; für die von ihm beantragte einstweilige Verfügung, daß ihm das Getrenntleben gestattet werde, fehlt daher jedes Rechtsschutzbedürfnis.

II. Gegenstand der einstweiligen Verfügung. 1. Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kindern. **a)**. OLG. 27 113 (Hamburg). Das Vormundschaftsgericht ist dazu berufen, die Ausübung der von der Personensorge umfaßten Rechte im einzelnen zu regeln, so besonders das Recht der Aufenthaltsbestimmung und den Verkehr der Eltern mit den Kindern (**RG. 69** 97, HansGZ. **12** 3); insoweit ist nach feststehender Rechtsprechung seine Zuständigkeit eine ausschließliche. Die Anordnung der allgemeinen Übertragung der Sorge für die Person des Kindes, mag diese auch zum Zwecke der Erlangung des Rechtes der Aufenthaltsbestimmung nachgesucht sein, gehört aber an sich, soweit es sich nicht um die gesetzliche Vertretung handelt, zu den nach § 627 zulässigen Anordnungen. **b)** Ähnlich BadRpr. **13** 143 (Karlsruhe). — Dagegen **c)** OLG. 27 112 (Braunschweig). Auch die nähere Regelung des Verkehrs mit dem Kinde der Eltern kann, wie im Gegensatze zu **RG. 69** 94 anzunehmen ist, durch einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts getroffen werden. **d)** OLG. 27 113 (Braunschweig). § 1635 BGB. ist nicht maßgebend. Es handelt sich nicht um die aus der Scheidung sich ergebenden Folgen, auch steht noch nicht fest, welcher von den Ehegatten oder ob beide für schuldig erklärt werden. Vielmehr ist die Verfügung nach freiem richterlichem Ermessen zu treffen, wobei innerhalb der von den Parteien gestellten Anträge auf das Wohl des Kindes Rücksicht zu nehmen ist. Bestehen gegen jeden der getrennt lebenden Ehegatten Bedenken, ihm das Kind anzuvertrauen, so wird mit Rücksicht auf das natürliche Übergewicht des Vaters als des Hauptes der Familie (§ 1634 BGB.) diesem die Erziehung des Kindes nicht zu versagen sein, falls nicht die Mutter als relativ geeigneter anzusehen ist. **e)** ElsLothJZ **13** 520 (Colmar). Unzulässig ist eine einstweilige Verfügung, durch die der Antragsteller ermächtigt werden soll, seine bei dem anderen Ehegatten untergebrachte Tochter ärztlich untersuchen und nötigenfalls behandeln zu lassen. Der Antragsteller verlangt nur wegen des besonderen Anlasses einer Erkrankung des Kindes eine besondere vorübergehende Regelung seines persönlichen Verkehrs mit diesem. Hierfür ist aber in entsprechender Anwendung des § 1636 Abs. 2 BGB. nicht der Prozeßrichter, sondern das Vormundschaftsgericht, und zwar ausschließlich, zur Entscheidung berufen (vgl. **RG. 69** 94).

2. Herausgabe von Hausrat. ElsLothJZ. **13** 216 (Colmar). Auf Grund des § 627 kann einem Ehegatten nicht die Herausgabe von Hausrat an den anderen aufgegeben werden, den dieser als sein Eigentum und als für ihn unentbehrlich in Anspruch nimmt. Die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme richtet sich vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften über einstweilige Verfügungen.

III. Dauer der Wirksamkeit der einstweiligen Verfügung. Werden Verfügungen auf Leistung von Unterhalts-

beiträgen mit der rechtskräftigen Entscheidung des Eheprozesses ohne weiteres hinfällig? 1. *Sieburg, JW. **13** 355. Die Gerichtspraxis nimmt an, daß die einstweilige Verfügung in Ehesachen auch nach Rechtskraft des Hauptprozesses noch vollstreckt werden kann unter der selbstverständlichen Einschränkung, daß die Vollstreckung nur für die bis zur Rechtskraft fällig gewordenen Beträge vorgenommen werden darf. Diese Ansicht erscheint unzutreffend. Vielmehr ist die einstweilige Verfügung in Ehesachen als durch die Rechtskraft des Hauptprozesses auflösend bedingt anzusehen. Zum mindesten liegt eine Veränderung der Umstände vor, die eine Aufhebung der Verfügung nach §§ 927, 925 Abs. 2 rechtfertigt. Anderenfalls würde ein Ehemann, gegen den in der einstweiligen Verfügung eine zu hohe Rente festgesetzt ist, weder eine Herabsetzung der Rente, noch eine Erstattung der zuviel gezahlten Beträge erreichen können.

2. *Levin, JW. **13** 358. Die während des Ehescheidungsprozesses erlassene einstweilige Verfügung, durch die dem Ehemanne die Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Ehefrau für die Dauer des Prozesses aufgegeben wird, verliert nach rechtskräftiger Entscheidung des Prozesses ihre Wirkung für die Vergangenheit nicht. Der Ehemann kann aber die Herabsetzung der zu hohen Rente verlangen im Wege des § 925 und, nach rechtskräftiger Bestätigung der einstweiligen Verfügung, gemäß § 927, sofern erst im ordentlichen Verfahren neue Beweismittel hervorgetreten sind, die eine Herabminderung rechtfertigen. Diese sind in solchem Falle als „veränderte Umstände" anzuerkennen.

IV. OLG. 27 111 (München). Keine Anwendung des § 627 auf österreichische Israeliten.

Zweiter Abschnitt. Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben.

§ 640. *Schultzenstein, BuschsZ. **43** 323. Hinsichtlich der Prozeßmaxime für die Kindschaftssachen gilt dasselbe wie für die Ehesachen (vgl. Ziff. I zu § 617).

§ 641. OLG. **26** 242 (KG.). Eine dem § 606 Abs. 4 entsprechende Vorschrift ist für die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes nicht gegeben.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen.

Vor **§ 645.** *Schultzenstein, BuschsZ. **43** 323. Hinsichtlich der Prozeßmaxime für die Entmündigungssachen gilt dasselbe wie für die Ehesachen (vgl. Ziff. I zu § 617).

§ 645. BuschsZ. **43** 401, ElsLothJZ. **38** 373 (Colmar). Die Verbindung des Antrags auf Entmündigung wegen Geisteskrankheit mit dem Antrag auf Entmündigung wegen Trunksucht ist als Verbindung eines Haupt- mit einem Hilfsantrage zulässig. Dagegen kann nicht gleichzeitig die Entmündigung wegen Vorliegens beider ausgesprochen werden. Vgl. JDR. **11**; s. auch § 672 Nr. I.

§ 646. *Levis, ZBlFG. **14** 257. Da der Verkehr ein Interesse daran hat, daß in der Regel jeder Entmündigungsreife entmündigt und so in gewissem Umfange die mangelnde Geschäftsfähigkeit klargestellt wird, so sollten auch weitere Behörden, als der Staatsanwalt, das Recht (und die Pflicht) zur Stellung von Entmündigungsanträgen haben.

§ 650. BayObLG. **13** 710 (BayObLG.). Die Überweisung der Entscheidung über die Entmündigung an das Gericht des Aufenthalts des zu Entmündigenden ist nicht begründet, wenn nach Lage der Sache die Vernehmung des zu Entmündigenden durch einen ersuchten Richter zu demselben Ziele führen kann wie die Vernehmung durch das entscheidende Gericht. Die Überweisung darf daher nicht ohne weiteres, sondern nur dann beschlossen werden, wenn sie sich nach den Ermittelungen

des für die Einleitung des Verfahrens zuständigen Gerichts als notwendig erweist. (Vgl. JDR. 11 Nr. I.)

§ 653. 1. **RG.** 81 193, JW. 13 387. In dem Entmündigungsverfahren des AG. nimmt der zu Entmündigende noch nicht, wie in dem darauf folgenden Anfechtungsverfahren, die Rechtsstellung einer Partei ein. Er hat daher auch kein Recht darauf, daß er selbst oder ein von ihm bestellter Bevollmächtigter zu den Beweisverhandlungen zugezogen werde.

2. Ebenso R. 13 Nr. 3274 (Naumburg).

§ 654. Literatur: Haberstrumpf, Verlesung des Protokolls nach § 654 ZPO., R. 13 668.

Haberstrumpf, R. 13 668. Da das Gesetz jede unnötige Aufregung des zu Entmündigenden speziell bei der persönlichen Einvernehmung (§ 654 Abs. 3) vermeiden will, so muß es im freien pflichtgemäßen Ermessen des Richters liegen, ob das Protokoll nach § 654 zu verlesen ist oder nicht. (AM. Stein [10], Anm. zu § 654.)

§ 658. HansGZ. 13 Beibl. 265 (Hamburg). Die Regelung der Kostenpflicht im § 658 Abs. 1 und 2 beruht im wesentlichen auf der Absicht, zu verhindern, daß die Stellung von begründeten Anträgen auf Entmündigung aus Furcht vor Kostenbelastung unterbleibe (KommProt. 454). Zur rechten Geltung gelangt dies Prinzip erst, wenn auch die Zurücknahme des Antrags, von dem Falle eines Verschuldens bei dessen Stellung abgesehen, kostenfrei erfolgen kann. Daher hat auch der einen Entmündigungsantrag zurückziehende Antragsteller nur im Falle eines Verschuldens die Kosten zu tragen.

§ 660. Satz 2. BayRpflZ. 13 256, OLG. 27 116, SeuffA. 68 477 (Bay. ObLG.). § 660 Satz 2 bestimmt nicht, daß der Entmündigungsbeschluß dem Entmündigten persönlich in dem Sinne zuzustellen sei, daß der Zustellungsbeamte die zuzustellende Urkunde keiner anderen Person als ihm aushändigen dürfte. Die Vorschrift will ausschließen, daß die Zustellung des Entmündigungsbeschlusses gemäß § 171 nur zu Händen des gesetzlichen Vertreters oder gemäß § 176 für den Entmündigten an dessen Prozeßbevollmächtigten erfolge. Für die Art und Weise, wie die Zustellung in Entmündigungssachen zu bewirken ist, bestehen keine besonderen Vorschriften. Hierfür gelten lediglich die allgemeinen Vorschriften der ZPO. über die Zustellung, insbesondere die Vorschriften über die Ersatzzustellung. Demnach kann die Zustellung des Entmündigungsbeschlusses für den in seiner Wohnung nicht angetroffenen Entmündigten an einen Hausgenossen geschehen.

§ 668. SächsOLG. 34 428 (Dresden). Der einem Entmündigten nach § 668 bestellte Rechtsanwalt ist weder verpflichtet noch auch berechtigt, die Anfechtungsklage, wenn er sie für aussichtslos hält, zurückzunehmen. Er ist vielmehr verpflichtet, den Rechtsstreit nach besten Kräften für die Partei, der er beigeordnet ist, durchzuführen.

§ 669. Verwertung der Beweisergebnisse des Entmündigungsverfahrens im Anfechtungsprozesse. **RG.** JW. 13 386. Grundsätzlich sind die Beweiserhebungen in dem amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren von der Verwendbarkeit in dem Anfechtungsprozesse nicht ausgeschlossen. Im Gegenteile läßt sich aus § 669 entnehmen, daß sie gerade auch im Anfechtungsprozesse dazu dienen sollen, eine Prüfung der Richtigkeit des Entmündigungsbeschlusses zu ermöglichen. Daraus folgt, daß im Anfechtungsprozesse von einem Rechte der Parteien, der Verwendung amtsgerichtlicher Beweiserhebungen für die richterliche Sachprüfung zu widersprechen, grundsätzlich keine Rede sein kann. Es steht den Parteien aber auch nicht das Recht zu, ohne besonderen Grund die Wiederholung der Beweisaufnahme zu verlangen. Denn obwohl die Grundzüge des Entmündigungsverfahrens vor dem AG. und des Anfechtungsverfahrens vor den Ge-

richten der höheren Ordnung nicht die gleichen sind, bilden diese beiden Abschnitte des Entmündigungsprozesses gleichwohl eine Einheit, und zwar nicht nur dem äußeren Zusammenhange nach, sondern auch in Ansehung ihres inneren Verhältnisses zueinander. In dem Anfechtungsverfahren handelt es sich nicht darum, ob das, was der Entmündigungsrichter — die Ordnungsmäßigkeit seines Verfahrens vorausgesetzt — festgestellt hat, von neuem und auf anderer Beweisgrundlage nochmals festgestellt werden kann, sondern um eine Nachprüfung der Richtigkeit des Anfechtungsbeschlusses, die vom Standpunkte des Beschlußrichters aus und für die Zeit, als der Beschluß erging, in erster Linie auf der Grundlage des dem Beschlußrichter vorliegenden Ermittelungsstoffs vorzunehmen ist. Wenn daher das RG. für den ordentlichen Prozeß in feststehender Rechtsprechung angenommen hat, die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen dürfe nicht gegen den Widerspruch der Parteien dadurch ersetzt werden, daß die in einem fremden Verfahren aufgenommenen Beweisprotokolle im Wege des Urkundenbeweises verlesen würden, die Parteien hätten vielmehr das Recht, in dem anhängigen Verfahren die nochmalige Vernehmung derselben Zeugen und Sachverständigen unter Einhaltung aller Gewährschaften des Parteiprozesses zu verlangen (vgl. **RG. 46** 412, JW. **08** 75, **09** 224, **10** 28), so gilt dies nicht auch für den sich an das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren anschließenden Anfechtungsprozeß in Ansehung der amtsgerichtlichen Beweisverhandlungen.

§ 671. Abs. 2. BadRpr. **13** 97 (Karlsruhe). Dieses Ermessen des Gerichts bezieht sich nicht auf die Zuziehung eines oder mehrerer Sachverständiger bei der persönlichen Vernehmung des Entmündigten. Zu dieser ist immer ein Sachverständiger zuzuziehen; denn die Aufgabe des zur Vernehmung des Entmündigten zuzuziehenden Sachverständigen besteht nicht darin, den Geisteszustand des Entmündigten zu begutachten, sondern ihn unter Verwendung seiner Erfahrungen auf dem Gebiete des Irrenwesens dem Gericht unmittelbar erkennbar zu machen.

§ 672. I. Gleichzeitige Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Trunksucht. ElsLothJZ. **38** 373 (Colmar). Hat das AG. fälschlich wegen Geisteskrankheit und Trunksucht entmündigt, so ist nicht der ganze Beschluß nichtig und auf Anfechtungsklage aufzuheben; vielmehr ist, wenn die Entmündigung wegen Geisteskrankheit gerechtfertigt ist, nur die Entmündigung wegen Trunksucht aufzuheben und umgekehrt. Die Anfechtungsklage selbst ist in diesem Falle eine einheitliche und einzige; es liegt keine verbotene Klageverbindung im Sinne der §§ 667, 684 vor.

II. § 672 Satz 3 setzt ein die Entmündigung aufhebendes Urteil voraus. OLG. **27** 117 (Düsseldorf). Satz 3 dient dazu, die Wirkung des Satz 2 in bestimmtem Umfang einzuschränken, indem er das Prozeßgericht ermächtigt, der Bedeutung des ergangenen Urteils insofern Rechnung zu tragen, daß es auch einzelne Verfügungen zum Schutze der Person und des Vermögens des Entmündigten treffen kann. Daß nur dies der Sinn und Zweck von Satz 2, 3 sein kann, erhellt daraus, daß einmal die drei Sätze in einem Absatze zusammengefaßt sind und daß ferner dem Satz 2 das Wort „erst", dem Satz 3 das Wort „jedoch" eingefügt ist. Enthielte Satz 3 eine allgemeine Vorschrift, die eine einstweilige Verfügung unabhängig davon, ob bereits ein Urteil ergangen wäre, also während des ganzen Rechtsstreits von der Erhebung der Klage ab für zulässig erklärte, dann wären die beiden erwähnten Worte völlig unverständlich. Dem klaren Wortlaute des Gesetzes gegenüber kann es auf dessen Entstehungsgeschichte nicht weiter ankommen. Diese steht der hier vertretenen Auffassung aber auch nicht entgegen. (Wird ausgeführt.)

§ 675. HessRspr. **14** 3 (LG. Gießen). Keine Aussetzung des Wiederaufhebungsverfahrens nach § 148 wegen Schwebens einer Anfechtungsklage nach § 664.

§ 679. Ablehnung der Einleitung des Wiederaufhebungsverfahrens (vgl. JDR. **11** § 648 Nr. I). OLG. **27** 121 (KG.). Von der Ablehnung der Wiederaufhebung verschieden ist die Ablehnung der Einleitung des Wiederaufhebungsverfahrens. Der Beschluß, durch den die Einleitung des Wiederaufhebungsverfahrens abgelehnt wird, ist nicht nach § 679 Abs. 1 mit der Klage, sondern nach § 567 mit der einfachen Beschwerde anfechtbar. Hat das AG. nicht nur vor der Einleitung des Verfahrens die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses angeordnet, sondern zugleich die Einleitung hiervon abhängig gemacht, so bedeutet das eine Ablehnung der Einleitung des Verfahrens.

§ 681. Vorläufige Vormundschaft trotz Aussetzung der Beschlußfassung über die Entmündigung. OLG. **27** 122 (KG.). Während die Aussetzung erfolgen kann, wenn Aussicht besteht, daß der zu Entmündigende sich bessern werde, ist die vorläufige Vormundschaft anzuwenden, wenn eine gegenwärtige erhebliche Gefährdung der Person oder des Vermögens des Volljährigen dies erforderlich erscheinen läßt.

§ 684. Abs. 1. *Oppler, BuschsZ. **43** 429. Der Umstand, daß eine Zustellung des Entmündigungsbeschlusses noch nicht stattgefunden, der Lauf der einmonatigen Frist des § 684 Abs. 1 ZPO. daher noch nicht begonnen hat, steht der Erhebung der Anfechtungsklage ebensowenig entgegen, wie die Zulässigkeit des Einspruchs durch die vorgängige Zustellung des Versäumnisurteils bedingt ist. (OLG. Colmar ebenda.)

Siebentes Buch. Mahnverfahren.

§§ 688 ff. Literatur: Bovensiepen, Ausbau des Mahnverfahrens, DRZ. **13** 336—339. — Doemms, Eine Schattenseite des Mahnverfahrens, DRZ. **13** 426—428. — Hoffmann, Die Erstattungsfähigkeit der Mahnkosten, JW. **13** 727—729. — Leberecht, Das österreichische und deutsche Mahnverfahren in vergleichender Darstellung, AGAnw. **13** 9. — Saar, Über obligatorisches Mahnverfahren, DRZ. **13** 333—336.

Hoffmann, JW. **13** 727 ff. Die Kosten der ersten Mahnung sind nicht erstattungsfähig. Die erste Mahnung hat den Zweck, den Schuldner in Verzug zu setzen. Erst mit dem Eintritte des Verzugs wird der gegen den Staat gerichtete Anspruch des Gläubigers auf Erlaß des Urteils schlüssig (vgl. § 93). Es ist Sache des Gläubigers, die Voraussetzungen seines Anspruchs zu schaffen. Also hat er die Kosten der ersten Mahnung zu tragen. Dagegen sind die Kosten aller späteren Mahnungen erstattungsfähig, soweit sie bei Versuchen entstehen, die den Umständen nach geeignet sind, den Schuldner zur Leistung zu veranlassen.

§ 693. Abs. 2. 1. PosMSchr. **13** 16 (Marienwerder). Die Zustellung eines Zahlungsbefehls genügt zur Beschreitung des Rechtswegs gegen den Entschädigungsfeststellungsbeschluß des Bezirksausschusses (§ 30 EnteignG.).

2. LeipzZ. **13** 333 (Dresden). Die in den allgemeinen Versicherungsbedingungen einer Feuerversicherungsgesellschaft zur Klagerhebung bestimmte Ausschlußfrist von sechs Monaten wird durch die Zustellung eines Zahlungsbefehls nicht gewahrt.

§ 696. Literatur: Frohmuth, Das Versäumnisurteil nach vorangegangenem Mahnverfahren, BuschsZ. **43** 470—489. — Leeb, Zur Frage des Versäumnisurteils bei Streitwerten über 600 M. nach vorausgegangenem Mahnverfahren, AGAnw. **13** 23—24.

Versäumnisurteil bei Streitwerten über 600 M. 1. Für die Zulässigkeit des Erlasses durch das Amtsgericht. a) *Frohmuth, BuschsZ. **43** 470. Nach vorangegangenem Mahnverfahren hat das AG. auch bei Landgerichtsobjekten auf Antrag das Versäumnisurteil gegen den Beklagten zu erlassen, weil das AG. nach vorausgegangenem Mahnverfahren seine sachliche Unzuständigkeit ausnahmsweise nicht von Amts wegen, sondern nur auf

Verweisungsantrag zu berücksichtigen hat. Dies ergeben der Wortlaut des § 697, seine Entstehungsgeschichte in ihrer Gesamtheit — wird ausführlich dargestellt — und schließlich die Abweichung des § 697 vom § 505 ZPO. Die Verweisung ist vom Gesetz als alleiniger, ausschließlicher Weg zur Geltendmachung der Unzuständigkeit gemeint. Wer am LG. verhandeln will, muß es rechtzeitig sagen. Für die Klagabweisungstheorie und die das Verfahren auf den toten Punkt bringende Versäumnisantragsabweisungstheorie ist kein Raum, wenn auch das AG. vom Gesetze nicht für zuständig erklärt ist. Wegen der vorläufigen Vollstreckbarkeit s. unten Ziff. 1 zu § 709. **b)** Ebenso AGAnw. **13** 149 (LG. Cöln).

2. Für die Unzulässigkeit. AGAnw. **13** 41 (LG. II München). Der Erlaß des Versäumnisurteils bei Streitwerten über 600 M. ist unzulässig. Die Bestimmung des § 696 betrifft die Rechtshängigkeit, nicht die Zuständigkeit. Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird nicht durch die ZPO., sondern durch das GVG. geregelt.

§ 697. Literatur: Deiler, Ist der Verweisungsbeschluß im Mahnverfahren gebührenfrei? AGAnw. **13** 72—73. — Gerstlauer, Die Gebührenpflichtigkeit des Verweisungsbeschlusses des § 697 ZPO., BayRpflZ. **13** 366—367.

I. Die Verweisung ist nur an das übergeordnete Landgericht zulässig. OLG. **27** 127 (KG.). Das AG. darf nach § 697 den Rechtsstreit nur an das übergeordnete LG. verweisen.

II. Entscheidet der Verweisungsbeschluß nur über die örtliche oder auch über die sachliche Zuständigkeit? 1. Die Verweisung des Rechtsstreits an das LG. entscheidet notwendig zugleich auch über die örtliche Zuständigkeit des AG. BadRpr. **13** 117 (Karlsruhe). Die das Mahnverfahren abschließende Verweisung an das übergeordnete LG. gemäß § 697 setzt die örtliche Zuständigkeit des verweisenden AG. notwendig voraus (Stein III und V zu § 697); denn bei Verneinung seiner eigenen örtlichen Zuständigkeit kann das AG. nur auf Grund des § 505 verweisen (Stein V zu § 697). Ein die Frage der örtlichen Zuständigkeit des AG. offenlassender Vorbehalt bei der Verweisung nach § 697, der zugleich eine Prozeßvoraussetzung des Mahnverfahrens einschließlich der Verweisung dem LG. zur Beurteilung überließe, ist unzulässig.

2. Die Bindung des LG. erstreckt sich nur auf die sachliche Zuständigkeit. OLG. **27** 126 (KG.). Nur hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit ist der Verweisungsbeschluß gemäß §§ 697 Abs. 1, 505 Abs. 2 für das LG. bindend.

III. Keine Ablehnung der Verhandlung durch das LG. KGBl. **13** 61 (KG.). Auch im Falle ungerechtfertigter Unzuständigkeitserklärung des AG. und deshalb ungerechtfertigter Verweisung des Rechtsstreits an das LG. darf dieses die Verhandlung der Sache nicht ablehnen.

IV. Kosten. 1. OLG. **27** 125 (Colmar). Im Gegensatze zu § 505 ist im Falle des § 697 die Auferlegung der Mehrkosten des amtsgerichtlichen Verfahrens auf den Kläger regelmäßig ausgeschlossen Denn es ist kein unzuständiges Gericht, an das sich der Kläger gewendet hat, und grundsätzlich hat die Voraussicht der Verweisung des Rechtsstreits ebensowenig wie die Wahl des Mahnverfahrens einen Einfluß auf die Erstattungsfähigkeit der Mehrkosten.

2. **a)** Gerstlauer, BayRpflZ. **13** 366 ff. Ein Verweisungsbeschluß nach § 697 unterliegt einer Gebührenpflicht nach dem GKG. nicht. **b)** Vgl. auch Deiler, AGAnw. **13** 72.

§ 699. Literatur: Horch, Rechtsbehelfe des Gläubigers bei Verlust eines Vollstreckungsbefehls, HessRspr. **13** 200—203. — Reimar, Über den Ersatz eines verloren gegangenen Vollstreckungsbefehls, JW. **13** 303—305. — Levin, Dasselbe. Eine

Erwiderung, JW. 13 305—307. — Schwabe, Zeitpunkt für Anbringung des Gesuchs um Vollstreckungsbefehl, BuschsZ. 44 78—83. — Sindlinger, Dürfen Vollstreckungsbefehle in Urschrift hinausgegeben werden? DJZ. 13 407—408.

I. Gesuch um Vollstreckungsbefehl. *Schwabe, BuschsZ. 44 78. Das Gesuch um Vollstreckungsbefehl ist erst nach Ablauf der Frist zulässig, da das Mahnverfahren streng zwischen „Gesuchen" und „Anträgen" unterscheidet, und die Anträge, die eventuell gestellt werden können, ausdrücklich und erschöpfend im Gesetz aufgeführt und lediglich „Prozeßanträge" sind. Außerdem ist der Gerichtsschreiber nach der ganzen Struktur der ZPO. nicht berechtigt oder gar verpflichtet, den Fristablauf für die Partei zu überwachen. Die praktischen Folgen der Zulassung des eventuellen Gesuchs um Vollstreckungsbefehl können aber gar nicht schlimm genug geschildert werden.

II. Zweiter Vollstreckungsbefehl oder zweite Ausfertigung des Vollstreckungsbefehls? 1. HessRspr. 14 7 (LG. Gießen). Die Eintragung in das Mahnregister ist der Urschrift des Urteils gleichzuachten, da aus ihr alle wesentlichen Daten für den Inhalt des Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls entnommen werden können. Eine zweite Ausfertigung des Vollstreckungsbefehls ist daher zulässig.

2. Reimar, JW. 13 303 ff. Auf Grund des Mahnregisters kann eine „weitere vollstreckbare Ausfertigung" des (Zahlungs- und) Vollstreckungsbefehls nicht erteilt werden, da, selbst wenn die dort eingetragenen Vermerke dazu ausreichten, die „Wiederherstellung des Schuldtitels" auf Grund dieser Eintragungen als ein der ZPO. unbekanntes Verfahren unzulässig ist. — Ein „zweiter (und weiterer) (Zahlungs- und) Vollstreckungsbefehl", das ist eine zweite (und weitere) Entscheidung auf Grund eines nur einmal dem Gerichte zur Entscheidung unterbreiteten Sachverhalts, ist, als dem Verfahren der ZPO. fremd, unzulässig. — Der Gläubiger kann aber selbstverständlich auf Grund seines erneuten Vorbringens in einem neuen Verfahren einen (Zahlungs- und) Vollstreckungsbefehl erwirken, der, auf Grund des gleichen tatsächlichen Vorbringens, mit dem früheren wohl inhaltlich — aber nicht wörtlich — übereinstimmen mag. — Die Bestimmung des § 24 GeschO. für die Gerichtsschreibereien der preuß. Amtsgerichte, in der Fassung der AVf. vom 29. Januar 1910, wonach der Vollstreckungsbefehl mit der Urschrift des Zahlungsbefehls „ohne Zurückbehaltung von Abschriften herauszugeben" ist, ist als den Grundsätzen der ZPO. zuwiderlaufend ohne Wirkung, vielmehr ist seit der Novelle vom 1. Juni 1909 für jede einzelne Mahnsache ein Sonderaktenstück anzulegen (Erläuterungen 1 bei Peters, aaO. 49), bei dem die Urschrift des Zahlungsbefehls und die dann später auf diese Urschrift des Zahlungsbefehls gesetzte Urschrift des Vollstreckungsbefehls dauernd aufzubewahren ist. Diese dauernde Aufbewahrung erlaubt ohne weiteres die Erteilung „weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen" des Vollstreckungsbefehls gemäß § 733 ZPO.

3. Hiergegen wendet sich Levin, JW. 13 305 ff.

4. Kann die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache auf einen verlorengegangenen Vollstreckungsbefehl gestützt werden? a) Vgl. § 322. b) Horch, HessRspr. 13 200 ff. Hat der Gläubiger einen ihm erteilten rechtskräftigen Vollstreckungsbefehl verloren, und kann ihm eine neue Ausfertigung dieses Vollstreckungsbefehls nicht erteilt werden, weil entweder das Mahnregister zur Zeit des Erlasses des Zahlungsbefehls noch nach der alten Dienstanweisung eingerichtet war oder weil es inzwischen vernichtet wurde oder abhanden kam, so ist hier eine neue Klage oder die Erwirkung eines neuen Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls, und zwar auf Grund des alten Schuldverhältnisses zulässig und notwendig, wobei allen sachlichen Einwendungen des Schuldners,

soweit sie nicht nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstanden sind, die Einrede der Rechtskraft entgegensteht.

Achtes Buch. Zwangsvollstreckung.

Vorbemerkung: Das preußische Gesetz vom 1. August 1909 und die bei seiner Anwendung hervorgetretenen Schwierigkeiten — s. JDR. **11** zu § 753 Nr. 2 — haben zur Nachprüfung der vom RG. bisher vertretenen Auffassung über die Haftung des Gerichtsvollziehers gegenüber dem Auftraggeber bei der ZwV. geführt. Im Gegensatze zu dem Plenarbeschlusse RG. **16** 396 haben die Vereinigten Zivilsenate sich jetzt für das Tätigwerden des Gerichtsvollziehers bei der ZwV. ganz der Amtstheorie angeschlossen. Das Nähere s. unten zu § 753 Nr. 1. — Die Meinungen über die Rechtsbehelfe des Gläubigers gegenüber dem sog. 1500-M.-Vertrag sind nach wie vor geteilt; die vom RG. gewollte Abwägung der Umstände des Einzelfalls wird als unsicherer Maßstab empfunden. S. unten zu § 850 Abs. 1 Ziff. 1.

Literatur: Goldmann, Die ZwV. in das bewegliche Vermögen in der Praxis des Kgl. Amtsgerichts Berlin-Mitte nach Entscheidungen höherer Instanzen. Berlin 1913. — Neumann u. Schäffer, Rechtsgrundsätze aus dem Gebiete der ZwV. in das bewegliche Vermögen. Breslau 1913 (behandelt die Praxis des LG. in OLG. Breslau). — Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, Tübingen 1913. — Kretzschmar gibt SächsRpflA. **13** 208 einen kurzen Auszug daraus.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

§§ 704 ff. Literatur: Droß, Können Nicht-Leistungsurteile für vorläufig vollstreckbar erklärt werden? HirthsAnn. **13** 386—391.

1. Droß unterscheidet förmliche Vollstreckbarkeit, die das Urteil in dem Augenblick erlangt, in dem ohne Rücksicht auf seinen Inhalt die förmlichen Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit erfüllt sind, und sachliche Vollstreckbarkeit, d. i. Vollstreckungsfähigkeit des Inhalts der Entscheidung. Sachliche Vollstreckbarkeit besitzen nur die Leistungsurteile. Der § 704 Abs. 2 wäre überflüssig, wenn die sachliche Vollstreckbarkeit Voraussetzung für die Gewährung der vorläufigen Vollstreckbarkeit wäre. Auch Nicht-Leistungsurteile können deshalb für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.

2. Das RG. IX. Zivils. hat ausgesprochen, daß Urteile gegen den preußischen Fiskus nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden dürften, weil gegen diesen nach § 15^3 EGZPO., § 33 I 35 AGO. nur rechtskräftige Urteile vollstreckt werden dürften. Demgegenüber weist Hein JW. **13** 1118 darauf hin, daß die AGO. vorläufig vollstreckbare Urteile überhaupt nicht gekannt habe, daß „rechtskräftig" in § 33 I 35 AGO. nur soviel als zur ZwV. geeignet bedeute und daß demgemäß bez. der ZwV. gegen den Fiskus insoweit nichts besonderes gelte.

§ 707. (§ 719.) 1. OLG. **26** 370, MecklZ. **31** 183, SeuffA. **68** 377 (Rostock). Der Umstand, daß dem Schuldner der Zwang zur Leistung des Offenbarungseids aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteile droht, ist kein unersetzlicher Nachteil im Sinne des § 707, der die Einstellung der ZwV. ohne Sicherheitsleistung rechtfertigen würde.

2. OLG. **26** 370 (München). Die Vollstreckung kann zwar schon vor Beginn, nicht aber mehr nach ihrer Beendigung eingestellt werden. Es ist deshalb unzulässig, dem Gläubiger den ihm bereits ausgeantworteten Gegenstand der ZwV. auf dem Wege des § 707 wieder abzunehmen (**RG. 23** 336).

§ 708. Nr. 7. **RG.** R. **13** Nr. 2909. Soweit das für vorläufig vollstreckbar erklärte Berufungsurteil das erste Urteil bestätigt, wird dieses ebenfalls vorläufig vollstreckbar, auch wenn es selbst einen Ausspruch über vorläufige Vollstreckbarkeit nicht enthält. — S. a. JDR. **11** 2 zu § 724 Nr. 1 u. unten zu § 724.

§ 709. 1. *Frohmuth, BuschsZ. **43** 486. Die Versäumnisurteile sind nach vorangegangenem Mahnverfahren für vorläufig vollstreckbar bzw. für gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar zu erklären, ohne daß ein bezüglicher Antrag dem Beklagten zugestellt ist; vorausgesetzt natürlich, daß der Antrag in der mündlichen Verhandlung gestellt wird. § 335 Abs. 1 Nr. 3 bezieht sich anerkanntermaßen nur auf „Sachanträge". Hier handelt es sich nicht um einen Sachantrag, der Antrag bezieht sich nur auf das prozessuale Verfahren, wenn man die Zwangsvollstreckung mit zu dem Prozeßverfahren rechnet.

2. Nr 4. *Eckstein, Die vorläufige Vollstreckbarkeit bei Teilurteilen, HoldheimsMSchr. **13** 134. „Gegenstand der Verurteilung" bedeutet nicht Höhe der jeweiligen Verurteilung. Ist daher eine Gesamtverurteilung auf über 300 M. möglich, so darf das Teilurteil nicht ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Eventuell hat das Endurteil das Erfordernis der Sicherheitsleistung, soweit durch Teilurteil ausgesprochen, wieder aufzuheben. Die Möglichkeit nachträglicher Klagerhöhung bleibt außer Betracht.

§ 710. 1. SächsOLG. **34** 98 (Dresden) hält vorläufige Vollstreckbarkeit gegen Sicherheitsleistung „in Höhe des beizutreibenden Betrags" für zulässig, wenn bei Abwägung der beiderseitigen Interessen das des Gläubigers an einer solchen Vollstreckungsmöglichkeit den Vorzug verdient (z. B. bei rechtskräftiger Feststellung des Anspruchs dem Grunde nach, voraussichtlicher endgültiger Verurteilung zu erheblichem Teile, Besorgnis erheblicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Beklagten, Unfähigkeit der Kläger zur Leistung der ganzen Sicherheit). Vgl. OLG. **1** 129 (KG.). S. auch JDR. **3** 1, **4** 2, **5** 3, **7** 1, **11** 1.

2. OLG. **26** 371 (Celle). Hinterlegung zu vorläufiger Verwahrung bei einem nach § 76 HinterlO. vom 14. März 1879 für die Verwahrung nicht zuständigen AG. ist keine genügende Sicherheitsleistung.

3. Stern, DJZ. **13** 524, bekämpft die Praxis der Hamburger Gerichte, welche auf Grund des § 1 Abs. 3 HambHinterlO. die ZwV. aus Hamburger gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteilen in Hamburg nur zulassen, wenn die Sicherheit bei einer hamburgischen Hinterlegungsstelle hinterlegt ist, als mit dem Reichsrecht unvereinbar.

§ 713. 1. OLG. **26** 372, SeuffA. **68** 170 (München). Im Gegensatze zur herrsch. M. (vgl. Seuffert **2** 324) wird mit Planck, Lehrb. **2** 641, Neumiller, BayRpflZ. **05** 361 angenommen, daß auch im Falle des § 713 Abs. 2 — wie im Falle des § 710 — schon, wenn sich der Gläubiger vor dem Urteile zur Sicherheitsleistung erbietet, der Antrag des Schuldners, ihm die Abwendung der ZwV. durch Sicherheitsleistung (Hinterlegung) zu gestatten, sich ohne weiteres erledigt. S. auch JDR. **11** 1.

2. WürttRpflZ. **13** 13 (Stuttgart). Für einen Antrag auf Vollstreckungsnachlaß aus § 713 Abs. 2 ist im Falle des § 534 kein Raum.

3. Urteilsergänzung bei Übergehung des Antrags aus § 713 Abs. 2 s. zu § 716.

§ 714. JW. **13** 175 (Hamm) vertritt gegen **RG.** JW. **03** 289 die Meinung, daß die Nachholung eines in erster Instanz versäumten Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit in der Berufungsinstanz zulässig sei; § 714 schließe nur die Nachholung im Beschlußwege aus. (Ebenso Struckmann-Koch [7] Anm. 1, Gaupp-Stein I zu § 718, Reincke, ZPO. 658.)

§ 715. DJZ. **13** 240 (Braunschweig). Für den Antrag auf Rückgabe einer vom Gläubiger geleisteten Sicherheit steht dem Prozeßbevollmächtigten keine besondere Gebühr aus § 24 RAGebO. zu. Ebenso herrsch. M. s. JDR. **1** 3, **3** 3, **4** 3, **5** 2, **6** 2 a, 8, **9** 2, **10**, **11**.

§ 716. a) OLG. **26** 390, R. **13** Nr. 1789 (Hamburg). Eine Ergänzung des Urteils gemäß § 321 ist in entsprechender Anwendung des § 716 auch zulässig, wenn

ein Antrag auf Vollstreckungsnachlaß aus § 713 Abs. 2 übergangen ist. b) Zu demselben Ergebnisse gelangt OLG. **27** 171 (Hamburg), weil der Antrag aus § 713 Abs. 2 ein prozessualer Nebenanspruch sei. S. JDR. **3** 1, **6**, **7**, **8**, bes. **10**.

§ 717. 1. Abs. 1. **RG.** R. **13** Nr. 875. Hingabe der Schuldsumme an den Gerichtsvollzieher zur Abwehr der Pfändung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteile hat nicht die rechtliche Wirkung der Zahlung, „erledigt" mithin den Klaganspruch nicht.

2. Abs. 2. a) **RG.** R. **13** Nr. 2316. § 717 Abs. 2 gilt auch für Unterhaltsgelder. b) Becker, R. **13** 713. Bei dem Anspruch aus § 717 Abs. 2 handelt es sich lediglich um eine durch die Aufhebung oder Abänderung des Urteils aufschiebend bedingte Forderung. Sie ist deshalb auch Konkursforderung und wird vom Zwangsvergleiche betroffen, gleichviel, ob sie angemeldet wird oder nicht (§ 193 KO.). c) **RG.** JW. **13** 438, GruchotsBeitr. **57** 1084, LeipzZ. **13** 384, BayRpflZ. **13** 150, WarnE. **13** 311, PosMSchr. **13** 17, R. **13** Nr. 1189. Der Anspruch aus § 717 Abs. 2 unterliegt als ein — ein Verschulden nicht voraussetzender — Anspruch aus unerlaubter Handlung der dreijährigen Verjährung des § 852 BGB. (So schon für § 945 **RG. 74** 249.) d) OLG. **26** 373 (München). Wenn der Ersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 auch im anhängigen Rechtsstreite geltend gemacht werden kann, so entsteht er doch erst mit der Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils (**RG. 58** 243), so daß erst von diesem Zeitpunkt an die Verjährung zu laufen beginnt.

3. Abs. 3. OLG. **26** 374 (Celle). Der Anspruch aus § 717 Abs. 3 ist ein reiner Rückforderungsanspruch, kein Anspruch auf Schadensersatz. Materiellrechtliche Einwendungen gegen ihn sind nicht zulässig. Die Anordnung der Erstattung ist hier eine rein prozessuale Maßregel, die nach Wegfall des vollstreckbaren Titels die unbedingte Rückzahlungspflicht festsetzt. — S. wegen Abs. 2 JDR. **4** 2 a, **5** Abs. 2, **6** II 5 c, **9** 5, **10** II 3 a, **11** 4.

§ 719. RheinA. **110** I 247 (Cöln). Die ZwV. aus einem unter Vorbehalt der Aufrechnung in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile (§ 540 Abs. 3), das gemäß § 708 Nr. 7 für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, kann nicht aus §§ 707, 719 eingestellt werden. Der Schuldner ist, sofern nicht die Voraussetzungen des Arrestes vorliegen, nur durch § 541 Abs. 2 geschützt. — S. auch zu § 707.

§ 720. SächsRpflA. **13** 29 (LG. u. OLG. Dresden). Die Auszahlung des Pfanderlöses, der gemäß § 720 hinterlegt ist, kann vor Rechtskraft des Schuldtitels, aus dem gepfändet ist, für den Gläubiger auch nicht im Wege einstweiliger Verfügung bestimmt werden.

§ 722. 1. a) R. **13** Nr. 1790 (Nürnberg). Zu einem ausländischen Urteile gegen eine Einzelperson kann ein Vollstreckungsurteil nicht gegen die gleichnamige offene Handelsgesellschaft erlassen werden. Die Berichtigung einer unrichtigen Parteibezeichnung kann nur durch das ausländische Gericht erfolgen. b) BreslauAK. **13** 65 (Breslau). §§ 3, 11 ÖstExekutionsO. ermöglichen nicht, zu einem österreichischen Urteile gegen eine offene Handelsgesellschaft ohne weiteres Vollstreckungsurteil gegen die Gesellschafter zu erlassen.

2. **RG.** JW. **13** 596. Im Verfahren auf Erlassung des Vollstreckungsurteils ist die Einrede der Aufrechnung zulässig.

3. RheinA. **111** I 24 (Cöln). Die Vollstreckbarkeitserklärung ungarischer Kostenentscheidungen erfolgt durch Beschluß des AG. auf einen im diplomatischen Wege gestellten Antrag (§ 5 G. vom 5. April 1909 zur Ausf. des Haager Zivilprozeßabkommens vom 17. Juli 1905).

§ 724. 1. BreslauAK. **13** 17 (Breslau). Ein gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbares Urteil wird ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar,

wenn die Berufung durch vorläufig vollstreckbares Urteil zurückgewiesen wird. — S. auch oben zu § 708 und JDR. zu § 708 **10** 2, **11** 1 a.

2. OLG. **26** 375 (Breslau). Zu einem Berufungsurteile, das die Berufung gegen ein bedingtes Endurteil erster Instanz zurückweist, kann eine Vollstreckungsklausel nicht erteilt werden, da jenes Urteil keinen zur Vollstreckung geeigneten Titel bildet.

§ 725. Vollstreckbare Ausfertigung für einen abgetretenen Teilbetrag s. zu § 933 Nr. 2.

§ 726. 1. **RG. 81** 299, JW. **13** 501. Soll die Vollstreckbarkeit von dem Eintritt einer Tatsache abhängig gemacht werden, so muß diese im Urteil — oder in der vollstreckbaren Urkunde (§ 794 Nr. 5) — klar zum Ausdrucke kommen. Das Vollstreckungsverfahren fordert klare Verhältnisse; Umstände, die sich nicht deutlich aus der Niederschrift ergeben, können als Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit nicht in Frage kommen. Ob bei einer Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel aus § 731 eine weitergehende Auslegung des Gewollten zulässig ist, bleibt unerörtert.

2. BayRpflZ. **13** 134, BayNotZ. **14** 176 (LG. Passau). Dem § 726 Abs. 1 genügt eine privatschriftliche Kündigung und Vollmacht, die dem Schuldner vorschriftsmäßig zugestellt ist. Die Prüfung der Herkunft dieser Schriftstücke und ihrer Unterschriften durch den Gerichtsvollzieher genügt (Neumiller zu § 726; aM. BayObLG. **6** 457). S. auch JDR **3** 2, **5** 1, **10** 2, **11** 3.

3. OLG. **26** 375 (Marienwerder). Ob der seinem Inhalte nach an sich wirksam und vollstreckbar gewordene Vergleich durch Eintritt einer auflösenden Bedingung außer Kraft getreten ist, ist bei Erteilung der Klausel nicht zu prüfen. Es ist Sache des Schuldners, seine Einwendungen nach § 732 oder § 767 geltend zu machen.

§ 727. Literatur: Weißkopf, Der Begriff Rechtsnachfolger. Leipzig 1913

1. a) **RG. 82** 35. „Rechtsnachfolge" im Sinne des § 727 ist nicht im strengen Sinne des Wortes zu nehmen. Wie der Begriff nicht zu beschränken ist auf den abgeleiteten Erwerb, sondern auch auf den ursprünglichen Erwerb, insbes. den durch Zwangsversteigerung anzuwenden ist (**RG. 40** 339, **56** 243, GruchotsBeitr. **43** 510), so ist unter Rechtsnachfolge nicht bloß der volle Rechtsübergang, sondern auch die Übertragung oder der Erwerb eines minderen Rechtes zu verstehen (**RG. 20** 421, **57** 326). Besitz und — materiell unrichtige — grundbuchliche Eintragung können sich deshalb als Rechtsnachfolge darstellen. b) *Weißkopf. „Rechtsnachfolger des im Urteile bezeichneten Gläubigers" ist jeder, der an Stelle des im Urteile Bezeichneten die den Prozeßgegenstand bildende Forderung im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen, d. h. hier zwangsweise zu realisieren befugt ist. „Rechtsnachfolger des im Urteile bezeichneten Schuldners" ist jeder, gegen den an Stelle des im Urteile Bezeichneten die den Prozeßgegenstand bildende Forderung gerichtlich geltend zu machen, d. h. hier zu exekutieren ist.

2. Böhm, ZBlFG. **13** 533, erörtert, ob durch nachträgliche Bestellung eines Nießbrauchs die dem Hypothekengläubiger aus § 800 ZPO. zustehende Befugnis erschwert werden kann. Der Nießbraucher ist zwar nicht Rechtsnachfolger des Eigentümers; es kann aber gegen ihn, wenn er im Range nachsteht, eine vollstreckbare Ausfertigung des gegen den Eigentümer ergangenen Urteils aus der Hypothek erwirkt werden, insofern er nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit (der die Ausstellung einer Urkunde nach § 794 Nr. 5 gleichsteht) den Besitz der im Streite befangenen Sache in solcher Weise erlangt hat, daß eine der Parteien mittelbarer Besitzer geworden ist. — Zustimmend eine Notiz in BayNotZ. **14** 184.

3. a) *Kuhnt, JW. **13** 116. Wird nach Klagerhebung die Firma geändert und erfolgt keine Berichtigung der Klageschrift, so ist die Klausel für oder gegen die neue Firma umzuschreiben. AM. Staub I 125 ff., Lehmann

Ring I 75, Düringer-Hachenburg I 219. b) SächsOLG. **34** 192 (Dresden). Hat die verklagte offene Handelsgesellschaft sich im Laufe des Prozesses ohne Liquidation aufgelöst, so kann von dem gegen die Gesellschaft ergangenen Urteile keine vollstreckbare Ausfertigung gegen die bisherigen Gesellschafter verlangt werden. Ob die Umschreibung der Klausel gegen die Gesellschafter unter Beschränkung auf das Gesellschaftsvermögen zulässig ist (OLG. **4** 345 [KG.]), bleibt dahingestellt.

4. **a)** OLG. **26** 378 (Breslau). Der Umstand, daß die Bezahlung der Wechselschuld durch einen Wechselverpflichteten die Wechselschuld endgültig tilgt, schließt die Erteilung der Vollstreckungsklausel für einen mitverurteilten Wechselverpflichteten als Rechtsnachfolger des Klägers nicht aus, wenn die Abtretungserklärung nur bescheinigt, daß der Kläger „den Gegenwert der Abtretung erhalten habe"; denn es steht dahin, ob der Zessionar die Wechselschuld getilgt hat. **b)** SeuffA. **68** 172 (Rostock) verneint die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel für den mitverurteilten Gesamtschuldner, wenn der Kläger in der Abtretungsurkunde erklärt hat, nachdem er von jenem wegen der Urteilsforderung befriedigt sei, trete er ihm seine Rechte aus dem Urteil ab. Auch die Zulässigkeit der Umschreibung der Klausel in Höhe des sich aus § 426 Abs. 2 BGB. ergebenden Ausgleichungsanspruchs wird verneint, weil die Berufung auf eine gesetzliche Dispositivvorschrift die Vorlegung der im § 727 erforderten Urkunden oder die Offenkundigkeit nicht ersetze.

5. OLG. **26** 377 (Dresden). Rechtsnachfolge in das Recht aus einem eingetragenen Gebrauchsmuster tritt erst mit der Umschreibung in der Rolle ein (§ 6 GebrMG., § 19 PatG.).

§ 732. 1. OLG. **26** 378 (Breslau). Die Entscheidung, durch die das Gericht über Einwendungen des Schuldners gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel entscheidet, dient nur der Vorbereitung des Vollstreckungsverfahrens, ist deshalb nicht mit der sofortigen (§ 793), sondern mit der einfachen Beschwerde anfechtbar. Es ist unzulässig, mit der Einwendung alsbald für den Fall der ungünstigen Entscheidung eine Eventualbeschwerde zu verbinden (**RG. 46** 418).

2. OLG. **26** 376 (KG.). Ist die Vollstreckungsklausel auf Grund der vorgelegten Urkunden einem Rechtsnachfolger ordnungsmäßig erteilt, so kann ein anderer eine Einwendung gemäß § 732 nicht auf eine frühere Abtretung stützen. Es muß dem Berechtigten überlassen bleiben, sein angebliches Vorrecht durch besondere Klage geltend zu machen.

3. SchlHolstAnz. **13** 367 (Kiel). Das zur Entscheidung über die Einwendung berufene Gericht ist nicht befugt, die für unzulässig erachtete Klausel durch eine andere zu ersetzen oder die Klausel einzuschränken.

4. Abs. 2. BadRpr. **13** 37 (Karlsruhe). Einstweilige Anordnungen des Beschwerdegerichts fallen auch in Vollstreckungssachen nicht unter § 732 Abs. 2, sondern unter § 572 Abs. 3. Gegen sie ist deshalb weder nach § 793 noch nach § 567 Beschwerde zulässig.

§ 733. 1. **a)** Reimar teilt eine RundV. des OLGPräsidenten in Breslau vom 22. November 1912 mit, nach der an Stelle eines verlorengegangenen Vollstreckungsbefehls auf Anordnung des Amtsrichters nach den Eintragungen im Mahnregister in entsprechender Anwendung des § 733 ein „zweiter Vollstreckungsbefehl" erteilt werden könne. Falls die Anordnung des Richters nicht verkündet sei, habe der Gerichtsschreiber (§ 733 Abs. 3) den Schuldner von dieser formlos in Kenntnis zu setzen. R. gelangt zu demselben Ergebnis, indem er gegen den von ihm für ungültig erachteten § 24 GeschO. f. d. GerSchr. d. AG. i. d. F. vom 29. Januar 1910 die dauernde Aufbewahrung der Urschrift des Vollstreckungsbefehls bei den Akten für erforderlich, dann aber die Erteilung „weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen" nach § 733 für ohne weiteres zulässig erachtet. **b)** Ebenso

Sindlinger, DJZ. **13** 407 und **c**) Stein [10] Anm. 1 zu § 733, IV zu § 699. **d**) Dagegen *Levin, JW. **13** 305. Von einem Vollstreckungsbefehl ist im Falle des Verlustes zwar keine zweite vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, eine solche Ausfertigung überhaupt für die Regelfälle weder erforderlich noch zulässig (§ 796), wohl aber ein zweiter Vollstreckungsbefehl, und zwar auf Grund der Eintragungen in das Mahnregister, die alle für die Herstellung erforderlichen Unterlagen enthalten (§ 24 Ziff. 15, 16 GeschO. f. d. GerSchr. d. preuß. AG.). Es empfiehlt sich nicht, die Beschleunigung des Mahnverfahrens durch die Vorschrift aufzuhalten, daß die Urschrift des Zahlungsbefehls auch nach Erteilung des Vollstreckungsbefehls bei den Akten verbleiben und dem Gläubiger eine Ausfertigung ausgehändigt werden soll. Die Aushändigung der Urschrift ist zweckmäßig und entspricht der rechtlichen Natur des Mahnverfahrens als eines Registerverfahrens. **e**) Ebenso Fromherz, BadRpr. **13** 246.

2. KGJ. **44** 13 (KG.). Die Erteilung einer besonderen vollstreckbaren Ausfertigung über einen abgetretenen Teilbetrag einer Forderung aus einer notariellen Urkunde ist ohne Anordnung des AG. zulässig, sofern in der neuen Ausfertigung die Vollstreckungsklausel ausdrücklich auf den Teilbetrag beschränkt und auf der ursprünglichen Ausfertigung durch einen Vermerk ersichtlich gemacht wird, daß sie sich auf den abgetretenen Teilbetrag nicht mehr erstreckt und wegen des letzteren eine besondere vollstreckbare Ausfertigung erteilt worden ist. Um die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung im Sinne des § 733 handelt es sich hier nicht.

3. Andrae, SeuffBl. **13** 525. Bei der Zweifelhaftigkeit der Frage, ob die mit dem Antrag auf Zwangsversteigerung vorzulegende Ausfertigung des vollstreckbaren Titels dauernd bei den Gerichtsakten verbleiben muß (so Lindemann, ZVG. § 16 Anm. I 3) oder nicht (so Jaeckel-Güthe Anm. 30 dort), empfiehlt es sich, dem Gläubiger, der glaubhaft macht, daß er ZwV. in das bewegliche und unbewegliche Vermögen nebeneinander betreiben will, stets eine weitere vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen.

§ 736. R. **13** Nr. 1190 (Stuttgart). Auf Grund eines gegen alle Gesellschafter gerichteten Vollstreckungstitels kann in das Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes (§ 705 BGB.) auch wegen Privatschulden der Gesellschafter vollstreckt werden. — Pfändung von Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft wegen Privatschulden der Gesellschafter s. § 771 Nr. 2 a.

§ 739. 1. **a**) FrankfRundsch. **47** 43 (Frankfurt). Bei Gütertrennung ist regelmäßig gegen den Ehemann keine Klage auf Duldung der ZwV. gegeben. Der Gläubiger muß vielmehr, um die im Gewahrsame des Mannes als Haushaltungsvorstandes befindlichen Vermögensstücke der Frau angreifen zu können, wie bei Gewahrsam jedes anderen Dritten, den Herausgabeanspruch der Frau pfänden (§ 846). Etwas anderes gilt nur, wenn die Gütertrennung im Güterrechtsregister nicht eingetragen ist; da hier der Gläubiger dem Vollstreckungsorgane die Gütertrennung nicht nachweisen kann, so besteht, sofern der Mann nicht freiwillig dem Gläubiger die nötigen Unterlagen zur Führung dieses Nachweises ausliefert, ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Verurteilung des Mannes zur Duldung der ZwV. **b**) SeuffA. **68** 119 (Dresden). Ist die Gütertrennung in das Güterrechtsregister eingetragen, so ist eine Klage auf Duldung der ZwV. gegen den Ehemann unzulässig. **c**) OLG. **26** 379 (Dresden). Bei Gütertrennung ist Verurteilung des Mannes zur Duldung der ZwV. nicht zulässig. Dies gilt auch dann, wenn die Gütertrennung durch Konkurseröffnung eingetreten ist (§§ 1419, 1426 BGB.) und der Kläger hiervon keine Kenntnis hat. S. JDR. **6** 3, **9** 1, **10** 2, **11** 1. — ZwV. in der Ehewohnung s. zu § 809 Nr. 2.

2. Duldungspflicht des Mannes bei Arrest gegen die Frau s. zu § 916 Nr. 3.

§ 750. 1. OLG. **26** 380 (Breslau). Aus § 779 ist nichts dafür zu entnehmen, ob nach dem Tode des Gläubigers die ZwV. ohne Umschreibung der Klausel auf seine Erben fortgesetzt werden kann. Dies ist lediglich aus § 750 zu entscheiden. Danach bedarf es der Umschreibung jedenfalls dann nicht, wenn zur Zeit des Beginns der Vollstreckung der Erbgang noch nicht eingetreten war und eine neue Tätigkeit des Gläubigers selbst nicht erforderlich wird. AM. Seuffert, Anm. 4 c, Gaupp-Stein, Anm. I zu § 750, Falkmann, ZwV. 157, Jacobi, BuschsZ. **25** 467.

2. ZBlFG. **14** 459, R. **13** Nr. 2910 (BayObLG.). Auf Grund eines Vollstreckungstitels gegen eine scheinbare Gesellschaftsfirma, die zur Zeit der Begründung der Rechtshängigkeit von einem Einzelkaufmanne geführt wurde, kann nicht in ein für die offene Handelsgesellschaft mit der gleichen Firma eingetragenes Grundstück ZwV. betrieben werden.

3. Zwangshypothek unter Verletzung des § 750 s. zu § 866.

§ 751. NaumburgAK. **13** 43 (LG. Naumburg). Die nach § 17 HinterlO. vom 14. März 1879 unter Mitwirkung des Gerichtsvollziehers bewirkte Aufgabe der Hinterlegungssumme zur Post ist für den Nachweis der Hinterlegung, den § 751 Abs. 2 fordert, der tatsächlichen Hinterlegung gleichzustellen (vgl. § 47 PrGeschAnw. f. d. GerVollz.).

§ 753. 1. a) **RG.** (Verein. Zivils.) **82** 85, JW. **13** 512, DJZ. **13** 1137. Die Verein. Zivils. hatten **RG. 16** 396 ausgesprochen, daß der Gerichtsvollzieher für den Schaden, den er durch vertretbares Versehen bei Ausführung eines ZwV.auftrags dem Gläubiger verursache, im Geltungsgebiete der §§ 88 ff. II 10 ALR. nicht subsidiär, sondern nach den für das Mandat bestehenden Rechtsnormen hafte. Dieser Grundsatz war vom RG. auch nach Inkrafttreten des BGB. und trotz wesentlicher Änderungen in der Organisation des Gerichtsvollzieherwesens in Preußen durch die GerVollzO. vom 31. März 1900 mit der Maßgabe aufrechterhalten, daß ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichtetes Dienstverhältnis als bestehend angenommen wurde. Im Gegensatze hierzu nehmen die Verein. Zivils. in einem Beschlusse vom 2. Juni 1913 an, daß der Gerichtsvollzieher bei der ZwV. auch dem Gläubiger gegenüber nur in seiner öffentlich-rechtlichen Eigenschaft als Organ der staatlichen Zwangsgewalt tätig werde und daß sich seine Haftung deshalb nicht nach Vertragsrecht regele. Wie ausdrücklich hervorgehoben wird, befaßt sich die Entscheidung nicht mit der Frage, nach welchen Grundsätzen die Schadensersatzpflicht des Gerichtsvollziehers für Verschulden bei der Zustellung, bei der Vornahme einer Versteigerung in den Fällen der §§ 383, 1235 ff. BGB. oder bei der von freiwilligen Versteigerungen zu beurteilen ist. Nicht entschieden wird auch, ob die in §§ 754, 755, 815 Abs. 3, 819 dem Gerichtsvollzieher übertragenen Befugnisse, mit Wirkung für und gegen den Gläubiger zu handeln, eine Vertretungsmacht des Gerichtsvollziehers im Sinne der §§ 164 ff. BGB. begründen. b) Delius, R. **13** 499, erörtert die Rechtslage noch vom Standpunkte der früheren Plenarentscheidung aus, wobei die verschiedenen Meinungen über den Einfluß des PrG. vom 1. August 1909 — s. JDR. **11** Nr. 2 a—d — gewürdigt werden.

2. **RG.** WarnE. **13** 413. Wenn auch der Gerichtsvollzieher sich nicht beliebig in Ausübung seines Amtes vertreten lassen und die Ausführung des Dienstgeschäfts einer anderen Person übertragen darf (§ 31 PrGerVollzO.), so steht doch der Zuziehung von Hilfspersonen zur Unterstützung bei der Amtsausübung auch über den Rahmen der §§ 758 Abs. 3, 759 hinaus nichts entgegen. Ankleben der Pfandmarke durch den Schuldner s. zu § 808 Nr. 2 b.

§ 756. WürttJ. **25** 199 (Stuttgart). Pfändung aus einem Wechselurteil ist auch ohne Vorlegung des Wechsels zulässig. AM. **RG.** SeuffA. **49** Nr. 112, JW. **94** 64, **98** 224, Staub-Stranz, WO. Art. 39 Anm. 1 a.

§ 758. Literatur: Kuhnt, Vollstreckung außerhalb der Wohnung des Schuldners. Taschenpfändungen, SächsRpflA. **13** 63—68.

1. *Kuhnt. Die Vollstreckung ist überall und in alle Vermögenswerte des Schuldners zulässig, sofern hierdurch nicht Rechte Dritter verletzt werden. Sie ist überall da zulässig, wo der Schuldner eine eigene Rechtssphäre hat (möbliertes Zimmer, Hotelzimmer, Kneipe usw.), muß sich aber im Rahmen dieser Rechtssphäre halten. Wo sie zulässig ist, darf sie auch gewaltsam erzwungen werden; § 758 Abs. 3 ist ausdehnend auszulegen.

2. NaumburgAK. **13** 55 (AG. Magdeburg) erachtet in Anwendung des im § 904 BGB., § 26 GewO., § 12 TelWG. zum Ausdrucke gelangten Rechtsgedankens — daß, wenn der Eigentümer sich einer Einwirkung nicht erwehren darf, ihm ohne weitere Voraussetzungen ein Schadensersatzanspruch zusteht —, den Gläubiger für verpflichtet, dem Hauseigentümer den Schaden zu ersetzen, den der Gerichtsvollzieher bei der ZwV. gegen den Mieter durch Erbrechen von Türen dem Hause zufügt.

§ 762. RG. R. **13** Nr. 1640, 2149. Die Beweiskraft des Pfändungsprotokolls als einer öffentlichen Urkunde wird nur durch den Gegenbeweis aus § 418 Abs. 2, nicht aber dadurch entkräftet, daß Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Aussage des im Prozeß als Zeugen vernommenen beurkundenden Gerichtsvollziehers bestehen.

§§ 766, 767. Literatur: Goertz, Vollstreckungsgegenklage und Erinnerung, BuschsZ. **44** 114—117.

§ 766. 1. MecklZ. **31** 304 (Rostock). Zwecks Geltendmachung, daß der gepfändete Lohnbetrag zu hoch sei, steht dem Schuldner zunächst eine Erinnerung gegen den Pfändungsbeschluß und erst gegen den diese zurückweisenden Beschluß sofortige Beschwerde (§ 793) zu.

2. OLG. **26** 381 (KG.). Weist das LG. das AG. an, einen Pfändungsbeschluß zu erlassen, so steht dem Schuldner nicht die sofortige Beschwerde gegen diesen Beschluß, sondern nur die Erinnerung gegen den alsdann vom AG. erlassenen Pfändungsbeschluß zu (vgl. dagegen Falkmann, ZwV. 374 c).

3. BadRpr. **13** 61 (Karlsruhe). In Übereinstimmung mit Seuffert, Anm. 2, Gaupp-Stein, Anm. I 4 zu § 766 ist anzunehmen, daß dem vor der Forderungspfändung nicht gehörten Drittschuldner, wenn er sich durch sie beeinträchtigt glaubt, zunächst Erinnerung aus § 766 und erst gegen eine ihm ungünstige Entscheidung über diese sofortige Beschwerde (§ 793) zusteht.

4. LeipzZ. **13** 957 (Dresden). Auch nachdem das Pfandstück auf einen die Erinnerung des Schuldners für begründet erklärenden Beschluß des Vollstreckungsgerichts freigegeben worden ist, kann noch Beschwerde mit dem Ziele erhoben werden, daß der Gerichtsvollzieher zur erneuten Pfändung angewiesen werde.

5. BuschsZ. **44** 137 (LG. Karlsruhe) wendet den § 93 auf die Kosten der Erinnerung entsprechend an, wenn der Schuldner es unterlassen hat, zuvor dem Gerichtsvollzieher oder unmittelbar dem Gläubiger gegenüber die Unpfändbarkeit nach § 811 Nr. 5 geltend zu machen.

6. Ossig, R. **13** 431, empfiehlt zur Vermeidung von Schäden, die dadurch entstehen können, daß der Gerichtsvollzieher gemäß dem auf die Erinnerung ergangenen Beschlusse des Vollstreckungsgerichts die Pfändung aufhebt, der Beschluß dann aber vom Beschwerdegerichte wieder aufgehoben wird, die Wirksamkeit jenes Beschlusses für bis zu seiner formellen Rechtskraft aufgeschoben zu erklären.

7. Aufschub der Versteigerung auf Grund einstw. Verf. s. zu § 940 Nr. 1a.

§ 767. 1. Allgemeines. a) **RG. 82** 161, teilweise DJZ. **13** 811, R. **13** Nr. 1791. Mit der Vollstreckungsgegenklage können nur solche Einwendungen erhoben werden, die ergeben, daß der festgestellte Anspruch nach Maßgabe des nachträglich geänderten Sachverhalts ganz oder zum Teil materiellrechtlich nachträglich weggefallen ist. Die Klage kann deshalb nicht darauf gestützt werden, daß der Gläu-

biger dem Vollstreckungstitel eine seinem Inhalte nicht entsprechende Auslegung gebe. Dies kann, sofern der Streit der Parteien nicht durch Auslegung seitens der Vollstreckungsorgane zu heben ist, nur mittels Feststellungsklage aus § 256 geltend gemacht werden. Soweit in **RG. 25** 361 eine abweichende Auffassung zum Ausdrucke gebracht sein sollte, wird sie nicht aufrechterhalten. **b)** Ebenso *Goertz, BuschZ. **44** 144. Unter die Auslegung des Titels fällt auch die Entscheidung, was der Schuldner zurzeit tun müsse. Konkurrenz zwischen Erinnerung des Schuldners als solchen nach § 766 mit der Gegenklage nach § 767 ist nicht möglich, anders als bei Erinnerung des Dritten und Widerspruchsklage nach § 771. S. auch JDR. **10** 6 b.

2. Anwendungsfälle. **a)** ElsLothJZ. **13** 190 (Colmar). Mit der ZwV.-gegenklage kann der Schuldner auch geltend machen, daß der die ZwV. betreibende Gläubiger wegen inzwischen (§ 767 Abs. 2) erfolgter Abtretung der Urteilsforderung nicht mehr aktiv legitimiert ist. § 265 Abs. 2 gilt für die ZwV.instanz nicht. **b)** OLG. **26** 385, DJZ. **13** 107, SächsOLG. **34** 194 (Dresden). Solange die Klausel noch nicht umgeschrieben ist, kann trotz Abtretung der Urteilsforderung der bisherige Gläubiger mit der Vollstreckungsgegenklage belangt werden, wenn sich die Einwendung darauf stützt, daß bereits in seiner Person, nicht in der des Rechtsnachfolgers, der Urteilsanspruch erloschen sei. (Ebenso Falkmann, ZwV. 387). S. auch OLG. **20** 374. **c)** **RG.** JW. **13** 738, R. **13** Nr. 2911. Gegenüber einem Urteil auf Beseitigung störender Geräusche kann eine Vollstreckungsgegenklage mit Erfolg nur erhoben werden, wenn nachgewiesen werden kann, daß in dauernder Weise Vorkehrungen getroffen sind, um unzulässige Einwirkungen auf das Nachbargrundstück ständig zu beseitigen. **d)** OLG. **26** 384 (München). ZwV.gegenklage ist auch gegenüber Kostenfestsetzungsbeschlüssen zulässig (**RG. 45** 343, **62** 189).

3. **a)** OLG. **26** 381, SeuffA. **68** 483, R. **13** Nr. 1191 (Braunschweig). Gegen die Vollziehung einstw. Verf. ist regelmäßig die Vollstreckungsgegenklage unzulässig, weil durch die einstw. Verf. nicht einem festgestellten Anspruche Befriedigung, sondern nur einem gefährdeten Anspruche Sicherung verschafft werden soll. Ihre Zulässigkeit ist aber zu bejahen, wenn — wie bei einstw. Verf. auf Zahlung von Unterhalt, Kostenvorschuß — die vorweggenommene Befriedigung der ordentlichen Vollstreckung gleichkommt. Hier hat der Schuldner die Wahl, ob er wegen veränderter Umstände nach § 927 (§ 939) den Titel oder nach § 767 nur das Vollstreckungsrecht beseitigen will. Wählt er den letzten Weg, so ist auch Einstellung der ZwV. aus § 769 zulässig. AM. Gaupp-Stein (9), § 938 Anm. II, III, Seuffert (11), § 928 Anm. 1, SeuffA. **62** 71 (Jena). **b)** Els. LothJZ. **13** 574 (Colmar). Auch gegenüber der Vollstreckung einer einstw. Verf. kann mit der Vollstreckungsgegenklage der Einwand der Zahlung erhoben werden (§§ 936, 928; **RG.** JW. **94** 279, **02** 23). Insoweit ist auch Einstellung der ZwV. aus § 769 zulässig. **c)** Dagegen HansGZ. **13** Beibl. 204 (Hamburg). Die vorläufige Einstellung der ZwV. aus einer einstw. Verf. ist nicht zulässig. §§ 707, 719 bzw. § 769 sind nicht anwendbar.

4. **a)** **RG.** JW. **13** 752, R. **13** Nr. 2912. Hat bei einem Schadensersatzanspruche der Verpflichtete durch eine vertragswidrige Verfügung über den Gegenstand der Leistung sich zur alsbaldigen Erfüllung in Natur außerstand gesetzt und dadurch eine die Erhebung des Geldanspruchs begründende Unmöglichkeit der Leistung (§ 251) herbeigeführt (vgl. **RG. 47** 297, 302, GruchotsBeitr. **35** 928, ZBlFG. **12** 645), so kann er, wenn er vor Schluß der mündlichen Verhandlung im Rechtsstreit unterlassen hat, sich zur Naturalleistung zu erbieten, nach Verurteilung auf Geldersatz nicht mehr mit der Klage aus § 767 geltend machen, daß er inzwischen die Naturalleistung bewirkt habe. **b)** SächsOLG. **34** 431, SeuffA. **68** 248 (Dresden) tritt der herrschenden Meinung (Gaupp-Stein [8/9], Anm. II b, Seuffert,

Anm. 4 c, Petersen-Anger [4], Anm. 6; **RG. 45** 432) dahin bei, daß nach einem Vorbehaltsurteil im Wechselprozesse (§ 600) die ZwV.gegenklage unzulässig ist, weil der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt und im Nachverfahren der Schuldner ausreichend Gelegenheit hat, seine Einwendungen geltend zu machen.

5. RheinA. **110** I 177 (Düsseldorf). Haben die Parteien bei Festsetzung einer Unterhaltsrente durch Vergleich die Berücksichtigung einer wesentlichen Änderung der maßgebenden Umstände stillschweigend vorbehalten, so ist zwar nicht die — ein Urteil voraussetzende — Klage aus § 323, wohl aber Klage aus § 767 zulässig.

6. Abs. 2. **a) RG.** LeipzZ. **13** 70, WarnE. **13** 38, JW. **13** 103, R. **13** Nr. 98. Für die Zulässigkeit der nachträglichen Geltendmachung einer Einwendung gemäß § 767 kommt es auf den Zeitpunkt der Entstehung, nicht auf den der Kenntnis des Schuldners an. Ist die Entstehung der Einwendung von einer vom Schuldner abzugebenden Willenserklärung abhängig, wie bei der Aufrechnungs- (§ 388) oder der Anfechtungserklärung (§ 143 BGB.), so kann die Einwendung nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Schuldner schon während des Hauptprozesses in der Lage war, die Erklärung abzugeben und daraufhin die Einwendung vorzubringen (**RG. 64** 230). Auch hier kommt es lediglich auf den objektiven Sachverhalt, nicht auf die Kenntnis des Schuldners von den Voraussetzungen für die Abgabe der Willenserklärung an. **b)** Ebenso **RG.** JW. **13** 928, WarnE. **13** 461. Die Gründe, auf denen die Einwendung der Aufrechnung beruht, sind im Sinne des § 767 Abs. 2 entstanden, sobald Forderung und Gegenforderung sich nach Maßgabe des § 387 BGB. aufrechenbar gegenüberstehen.

§ 768. 1. **RG. 82** 35, JW. **13** 654. Nach Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung (§§ 727, 730) ist es nicht Sache des Gläubigers, die Voraussetzungen der Vollstreckungsklausel darzulegen. Die Behauptungs- und Beweispflicht trifft vielmehr denjenigen, der aus § 768 klagt. Die Einwendungen gegen die Klausel bilden den unabänderlichen Grund der Klage und müssen grundsätzlich in der Klage kumuliert werden (Motive). Als Klagegrund können deshalb nicht Behauptungen gelten, an denen der Kläger den Beklagten festhalten will, während er selbst ihre Unrichtigkeit behauptet.

2. **RG.** WarnE. **13** 412. Die Klage aus § 768 ist auch dann zulässig, wenn im vorangegangenen Beschlußverfahren die vom Schuldner erhobenen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel bereits zurückgewiesen sind.

§ 769. 1. ElsLothJZ. **13** 366 (Colmar). Wenn auch nach § 94 RStempG. (früherer Fassung) der Rechtsweg in Beziehung auf die Verpflichtung zur Entrichtung von Abgaben zulässig ist, so sind doch die ordentlichen Gerichte nicht befugt, in das Verfahren zur Beitreibung der Reichsstempelabgabe einzugreifen. Insbesondere dürfen sie nicht die Einstellung der ZwV. aus einem Zahlbefehl anordnen (Greiff, Anm. 12 zu § 94 RStempG.).

2. OLG. **26** 389 (Braunschweig). Stellt das „Prozeßgericht" vor Klagerhebung die ZwV. ein, so ist der Vollzug der Anordnung von der Zustellung der Klage abhängig zu machen. Es ist jedoch auch zulässig, daß das Prozeßgericht die Anordnung sofort in Kraft treten läßt und nur ihr Wirksambleiben von der Klagerhebung binnen bestimmter Frist abhängig macht. Der erste Weg wird dem Interesse des Antragsgegners besser gerecht. S. auch JDR. **11** 5.

3. Moos, DJZ. **13** 862. Verlangt der Schuldner namens des Berechtigten Freigabe gepfändeter Fahrnisgegenstände, so kann der Gläubiger Vorlegung einer Vollmacht verlangen (§ 174 BGB.).

4. OLG. **26** 387, BadRpr. **13** 35 (Karlsruhe). Erhebt ein Dritter gegen die Pfändung von Mieten mit der Behauptung Widerspruch, daß ihm die Mieten zuvor abgetreten seien, und erfolgt daraufhin Einstellung der ZwV. aus § 769, so kann

der Pfändungsgläubiger nicht verlangen, daß ihm gestattet werde, die Mieten einzuziehen und zu hinterlegen; denn dadurch würde die Einstellung wirkungslos gemacht werden können. Eine Sequestration bezüglich der Mieten kann der Beklagte nur durch einstw. Verf. (§§ 935, 938 Abs. 2) erlangen. Eine Verbindung der einstw. Anordnung aus §§ 771 Abs. 3, 769 mit einer einstw. Verf. kann im Wege der Beschwerde gegen eine einstw. Anordnung nicht erreicht werden.

5. Keine Einstellung bei Aussonderungsanspruch aus § 43 KO. s. zu § 771 Nr. 3d.

6. RheinARB. **31** 130 (LG. Cöln). Mit der sofortigen Beschwerde über einen Einstellungsbeschluß aus §§ 771 Abs. 3, 769 Abs. 2 kann nicht eine Erinnerung gegen die Unzulässigkeit der Pfändung verbunden werden, da es unzulässig ist, diese statt bei dem AG. sogleich bei dem LG. zu erheben.

§ 770. 1. OLG. **26** 385, SächsOLG. **34** 196 (Dresden). Ist die ZwV. „bis zur Erlassung des Urteils" eingestellt, so wird diese vorläufige Anordnung ohne weiteres, d. h. ohne besonderen Ausspruch, hinfällig, wenn ein klagabweisendes Urteil ergeht (**RG. 42** 370, OLG. **14** 162 [KG.], **20** 341 [Düsseldorf]). — S. auch JDR. **9** a, **11** a.

2. OLG. **26** 390 (München). Ist die Einstellung im ersten Urteil aufgehoben, so kann der Einstellungsantrag in der Berufungsinstanz wiederholt werden (Seuffert, Petersen; aM. Gaupp-Stein).

§ 771. Literatur: Jäger, Die Pfändung anfechtbar veräußerter Gegenstände, LeipzZ. **13** 23—24.

1. Allgemeines. *Hannay, KGBl. **13** 132—137 und **14** 1—5, stellt die seit 1900 in KGBl. und OLG. veröffentlichten Gerichtssprüche zu den wichtigsten Fragen der Interventionsklage (sofortigem Anerkenntnisse, Glaubhaftmachung, Freigabe vor und nach Klagezustellung, Schadensersatz) systematisch zusammen, teilt sie in ihren wichtigsten Leitsätzen wörtlich mit und nimmt kurz kritisch Stellung.

2. Anwendungsfälle. a) R. **13** Nr. 99 (Stuttgart). Gegen die Pfändung von Vermögensstücken der offenen Handelsgesellschaft wegen Privatschulden beider Gesellschafter kann die offene Handelsgesellschaft Widerspruchsklage auch dann erheben, wenn sämtliche Gesellschafter verurteilt sind (§ 124 Abs. 2 HGB.). § 736 ZPO. gilt nur für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes. b) **RG. 81** 146, JW. **13** 330. An sich steht dem Nießbraucher eines Grundstücks ein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung von Mietzinsen seitens Dritter zu, einerlei, ob er selbst oder schon der Eigentümer die Mietverträge geschlossen hat. Dies Recht versagt aber gegenüber einem im Range dem Nießbrauche vorgehenden Hypothekengläubiger. Sucht dieser auf Grund der §§ 1113, 1123, 1124, 1147 BGB. aus den Mietzinsen Befriedigung für seine Hypothek, so geht sein Recht nach §§ 879, 880 BGB. dem Nießbrauche vor. Dies gilt auch dann, wenn das Grundstück zur Zeit der Eintragung der Hypothek noch nicht vermietet war. c) **RG.** WarnE. **13** 510. Gegenüber der Pfändung von Mieten durch einen Dritten ist der Nießbraucher auch dann zur Widerspruchsklage berechtigt, wenn er die Ausübung des Nießbrauchs in der Weise auf einen anderen übertragen hat, daß dieser lediglich als sein Beauftragter die Verwaltung des Hauses führen und die Mieten vereinnahmen soll. Ein Urteil, das in einem Prozesse zwischen dem pfändenden Gläubiger und einem Mieter ergeht, schafft keine Rechtskraft für die vom Nießbraucher erhobene Widerspruchsklage. d) OLG. **26** 143 (KG.). Der vorstehende Hypothekar kann, wenn er die Mieten pfändet, der Pfändung der Mieten durch einen nachstehenden Hypothekar, der früher gepfändet hat, insoweit widersprechen, als es sich um Mietzinsen für eine spätere Zeit als das zur Zeit seiner (des vorstehenden Hypothekars) Pfändung laufende und folgende Kalendervierteljahr handelt (§§ 1124, 879 BGB.). e) DJZ. **13** 592 (Oldenburg). § 771 findet auch auf den Fall Anwendung, daß gemäß § 846 nur

der Anspruch auf Herausgabe der vom Dritten für sich beanspruchten Sache gepfändet wird. f) Widerspruchsklage bei Pfändung des Herausgabeanspruchs s. auch zu § 846 Nr. 2. — W. des Dritteigentümers arrestweise gepfändeter ausländischer Banknoten nach Umwechselung und Hinterlegung des Erlöses s. zu § 930 Nr. 1.

3. Anwendbarkeit verneint. a) **RG. 81** 64, SeuffA. **68** 208, JW. **13** 213. Der bloße Besitz bietet keine genügende Grundlage für die Widerspruchsklage gegenüber einer ZwV., die ihrerseits den Besitz unberührt läßt (**RG. 34** 422 steht nicht entgegen). Dies gilt auch für den Eigenbesitz. Danach ist der noch nicht eingetragene Eigenbesitzer eines gekauften und ihm bereits aufgelassenen Grundstücks nicht berechtigt, Widerspruchsklage gegen die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek zu erheben, die nach Übergabe und Auflassung, aber noch vor der Eigentumsberichtigung erfolgt. b) BadRpr. **13** 135 (Karlsruhe). Der Käufer einer Liegenschaft hat als solcher kein die Veräußerung hinderndes Recht. c) OLG. **26** 141 (Celle). Der nachstehende Nießbraucher kann der Pfändung der Mietzinsansprüche gegen den Eigentümer durch den vorstehenden Hypothekengläubiger, soweit dieser ZwV. wegen seines dinglichen Rechtes betreibt, nicht widersprechen, einerlei, ob der Nießbraucher selbst vermietet hat oder ob er kraft des Nießbrauchs in die vom Eigentümer abgeschlossenen Mietverträge eingetreten ist. d) OLG. **27** 183 Anm. 1 (München). Die Geltendmachung des Aussonderungsrechts nach § 43 KO. ist keine Klage aus § 771. Es ist deshalb auch keine Anordnung aus § 769, wohl aber eine einstw. Verf. dahin zulässig, daß dem Verwalter bis zur rechtskräftigen Entscheidung die Versteigerung der herausverlangten Gegenstände untersagt wird. e) **RG. 82** 126. Gegen die gemäß § 64 Abs. 4 RStempG. vom 15. Juli 1909 zur Sicherstellung von Steuer, Strafe und Kosten verhängte Beschlagnahme eines Kraftfahrzeugs steht dem durch sie betroffenen Dritten ebensowenig Widerspruchsklage aus § 771 zu, wie dies bei einer Beschlagnahme nach § 14 VereinszollG. vom 1. Juli 1869 zulässig ist (vgl. Hoffmann bei Stenglein, Strafr. Nebenges. zu § 14 VZG.).

4. a) Schulze, R. **13** 338, leugnet bei Forderungspfändung — ausgehend von dem Satze, daß das Forderungsrecht ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. sei — die Zulässigkeit der Widerspruchsklage seitens desjenigen, der geltend macht, er sei der ursprünglich Berechtigte — denn hier liege kein Eingriff in sein Recht an der Forderung vor —, gewährt die Widerspruchsklage aber demjenigen, dem vor der Pfändung die Forderung abgetreten, und demjenigen, dem vorher an der Forderung ein Nießbrauch bestellt ist. b) ElsLothJZ. **13** 382 (Colmar). Nimmt ein Dritter die gepfändete Forderung für sich in Anspruch, so ist er zur Widerspruchsklage berechtigt (**RG. 31** 382). In der Regel ist allerdings diese Klage versagt, wenn der Dritte die Forderung erst nach der Pfändung erworben hat (Gaupp-Stein, Anm. II 1 Abs. 1, Freudenthal, Anm. 3). Ausnahmen hiervon gelten aber einmal, wenn der nachträgliche Erwerb sich mit rückwirkender Kraft vollzogen hat (PucheltsZ. **31** 507); ferner dann, wenn geltend gemacht wird, daß die Pfändung ohne jede materielle Rechtswirkung (absolut nichtig) sei. Letzteres trifft zu, wenn ein Anspruch aus der Bürgschaft selbständig, ohne die Hauptforderung gepfändet ist (s. zu § 851 Nr. 2). S. auch JDR. **1** 2 a, **3** Abs. 1 I 5, **8** 2 c, d, e, **9** 2 e, **10** 2 c, **11** 2 a, b.

5. a) SchlHolstAnz. **13** 345 (Kiel) vertritt gegen **RG. 79** 121 — s. JDR. **11** 1 a — in eingehender Darlegung den Standpunkt, daß dem Treugeber die Widerspruchsklage gegenüber Pfändungen bei dem Treuhänder nicht zustehe. Insbesondere wird der vom RG. gemachte Unterschied zwischen „formellem und juristischem" Eigentum und „materieller und wirtschaftlicher" Berechtigung verworfen und ausgeführt, daß es nicht folgerichtig sei, sowohl dem Treugeber bei Pfändungen

gegen den Treuhänder wie anderseits dem Treuhänder bei Pfändungen gegen den Treugeber (s. die Nachweise bei Falkmann § 37, 4c) die Widerspruchsklage zu geben. **b)** R. **13** Nr. 2151 (Stuttgart). Im Gegensatze zur Sicherungsübereignung gehören bei dem Treuhandverhältnisse die übertragenen Gegenstände nur formell und juristisch dem Treuhänder, materiell und wirtschaftlich aber dem Treuhandgeber (**RG. 45** 80, **79** 121). Bei Pfändungen gegen den Treuhänder steht dem Treugeber die Widerspruchsklage zu. Notwendige Folge ist aber, daß auf der anderen Seite dem Treuhänder eine solche Klage bei Pfändungen gegen den Treugeber zu versagen ist. **c)** Riedinger, JW. **13** 1161. Wenn ein Widerspruchsrecht demjenigen gewährt ist, dem ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, so heißt dies, die Gläubiger können an einer Sache nicht mehr Rechte in Anspruch nehmen als der Schuldner. Wenn ein Schuldner lediglich formell sein Handelsgeschäft auf die Frau oder andere Dritte „schiebt", so besteht im Innenverhältnis eine fiducia. Trotz formellen Eigentums ist die Frau nicht berechtigt, den Mann zu hindern, einzelne zum Geschäfte gehörige Gegenstände zu veräußern. Da dem Treugeber im Konkurse des Treuhänders ein Aussonderungsanspruch und bei außerkonkursmäßiger Pfändung gegenüber Gläubigern des Treuhänders die Interventionsklage zusteht (**RG. 79** 121), ist auf der anderen Seite dem Treuhänder die Widerspruchsklage gegenüber Pfändungen durch Gläubiger des Treugebers zu versagen. Die Anwendung der Grundsätze der Treuhand führt auch bei dem 1500-M.-Vertrage zu befriedigenden Ergebnissen (1165). S. zu § 850 I 5. **d)** Ähnlich Becker, JDR. **11** LohnbG. § 4 Nr. 4i und jetzt JW. **13** 1167. **e)** Jander, JW. **13** 471. Bei der (von Staub) sog. Legitimationsübertragung bleibt wahrer Berechtigter der Geschäftsherr. Dieser hat daher im Konkurse des Ermächtigten ein Aussonderungsrecht und bei Pfändungen die Widerspruchsklage. Dagegen hat bei der hiervon zu unterscheidenden fiduziarischen Übertragung der Fiduziant weder Aussonderungsrecht noch Widerspruchsklage (aM. die herrsch. Ansicht **RG. 45** 80, Jäger, KO. § 43 Anm. 38 ff.).

6. Verhältnis zur Anfechtungsklage. Jäger verteidigt besonders gegen die Angriffe von Otte (JDR. **10** 4b) die Lehre, daß die Anfechtbarkeit eines Erwerbes wegen Gläubigerbenachteiligung ein Schuldverhältnis auf Rückgewähr, d. h. auf Wiederherstellung der durch die anfechtbare Handlung verkürzten Zugriffsmöglichkeit begründe. Beabsichtigt ein Gläubiger eine anfechtbar veräußerte Sache zu pfänden, so muß er, wenn der Anfechtungsgegner den Anfechtungsanspruch nicht freiwillig erfüllt, außer dem Titel gegen den Schuldner noch einen gegen den Anfechtungsgegner gerichteten Titel für die Rückgewährschuld erwirken (§ 9 AnfG.). Auf Grund dieser beiden Titel kann er die ZwV. betreiben, also die anfechtbar übereignete Sache in der Hand des Erwerbers so pfänden, als ob sie noch im Eigentum und Gewahrsame des Schuldners wäre. Stellt sich die anfechtbare Veräußerung erst nach der Pfändung heraus, so steht dem Gläubiger gegenüber der Widerspruchsklage (§ 771 ZPO.) die Anfechtungseinrede (§ 5 AnfG.) zu. — J. bezeichnet es aaO. 34 mit Wernecke, LeipzZ. **12** 816 (JDR. **11** 3a) als folgewidrig, wenn das RG., obwohl es dem Anfechtungsanspruch als schuldrechtlichem Verschaffungsanspruche die Aussonderungskraft abspricht, die besondere Konkursanfechtung gegenüber Vollstreckungsakten in den ausschließlichen Gerichtsstand des § 771 verweist. — S. auch JDR. **1** 4, **7** II 2d, **8** 7b, **9** 4a, **10** 3d.

7. Einwendungen. **a)** ElsLothJZ. **13** 386 (Colmar). Die Widerspruchsklage ist eine selbständige, rein prozeßrechtliche Feststellungsklage, gerichtet auf Unzulässigkeitserklärung der ZwV. Zur Verteidigung gegen eine solche Klage können nur Einwendungen benutzt werden, die das Recht des Klägers als nicht bestehend oder als nicht wirksam dartun, z. B. Schein, Anfechtbarkeit. Ein Einwand dagegen,

daß der Kläger aus irgendeinem Rechtsverhältnisse (Vermögensübernahme, Bürgschaft u. dergl.) für die beizutreibende Schuld selbst hafte, kann der Widerspruchsklage nicht entgegengestellt werden. Ebensowenig greift dann die exceptio doli generalis Platz (RG. JW. **05** 89, OLG. **13** 186 [Colmar]). b) OLG. **27** 177 (München). Gegenüber der auf Eigentum gestützten Interventionsklage kann der Gläubiger mit Erfolg einwenden, daß die Pfandstücke inzwischen als tatsächliches Zubehör eines Grundstücks durch Zuschlag in der ZwVersteigerung von einem Dritten erworben sind (§§ 55 Abs. 2, 90 Abs. 2 ZVG.). c) **RG.** WarnE. **13** 154, R. **13** Nr. 1641. Wendet gegenüber einer auf Sicherungsübereignung gestützten Widerspruchsklage der Beklagte ein, der Übereignungsvertrag sei zum Schein geschlossen oder nach AnfG. anfechtbar, so liegen für den Kläger die Voraussetzungen zur Erhebung einer Inzidentfeststellungsklage aus § 280 vor, um ohne Rücksicht auf den Pfändungsakt die Gültigkeit und Unanfechtbarkeit der Sicherungsübereignung — und zwar ohne Einschränkung auf die gepfändeten Gegenstände — feststellen zu lassen. Daß es sich dabei um ein zwischen einer Partei und einem Dritten bestehendes Rechtsverhältnis handelt, steht nicht entgegen.

8. Verfahren. a) **RG.** (VII. Sen.) **81** 190, JW. **13** 387 (teilweise abweichend von **RG.** (VI. Sen) SeuffA. **51** Nr. 76). Die Frage, ob die Widerspruchsklage eine wirksame Pfändung voraussetzt, läßt sich allgemein weder bejahen nach verneinen. Es kommt auf die Lage des Einzelfalls an. Hat der Vollstreckungsbeamte — trotz ungenügender Siegelung (§ 802 Abs. 2) — den Pfändungsakt durch Protokoll urkundlich als wirksam vollzogen behandelt und auch klar den Willen bekundet, die ZwV. durch Versteigerung zum Abschlusse zu bringen, so steht dem dritten Eigentümer zur Abwehr dieser Gefahr die Klage aus § 771 zu. b) **RG.** R. **13** Nr. 2913. Der Gläubiger handelt widersinnig, wenn er die Pfändung einer Forderung betreibt, von der er selbst behauptet, daß sie dem Schuldner nicht zustehe. Eine solche Pfändung ist schon aus materiell-rechtlichen Gründen aufzugeben. c) SächsOLG. **34** 433 (Dresden). Da die Widerspruchsklage auf Beseitigung einer bestimmten Vollstreckungsmaßregel geht, so hat sie zur Voraussetzung, daß die ZwV. in einen bestimmten Gegenstand bereits begonnen hat. Dasselbe gilt von der einstw. Einstellung der ZwV. d) **RG.** WarnE. **13** 510. Die Widerspruchsklage ist gegenüber einer Forderungspfändung zulässig, sobald der Pfändungsbeschluß erlassen ist. Zustellung braucht noch nicht erfolgt zu sein. e) **RG. 81** 64. Durch die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek wird die ZwV. nicht beendet. Gegen sie ist deshalb Widerspruchsklage zulässig. f) OLG. **26** 386 (KG.). Eine die Widerspruchsklage ausschließende Beendigung der ZwV. (**RG.** JW. **97** 237) tritt nicht ein, wenn die Aufhebung der vorgenommenen Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung des Gläubigers angeordnet ist und daraufhin Freigabe erfolgt.

9. Zernik, DJZ. **13** 635. Wird bei einer Versteigerung mehrerer Grundstücke eine dem Schuldner nicht gehörige Sache mitversteigert und der Erlös unter mehrere Pfändungsgläubiger verteilt, so ist jeder dieser Gläubiger nach dem Verhältnisse seines Anteils am Gesamterlös ungerechtfertigt bereichert.

10. SeuffA. **68** 250, OLG. **26** 388 (München). Schadensersatzanspruch des Dritteigentümers gegen den Pfändungsgläubiger besteht nur, wenn dieser schuldhaft handelt. Darin, daß der Dritte es unterläßt, Einstellung der ZwV. nach §§ 771 Abs. 3, 769 herbeizuführen, kann ein die Schadensersatzpflicht ausschließendes mitwirkendes Verschulden (§ 254 BGB.) liegen. S. auch JDR. **10** 9.

11. Kosten der Widerspruchsklage s. oben Nr. II 7 u. III 4 zu § 93.

§ 772. Meiser, GruchotsBeitr. **57** 606. § 772 bezieht sich nicht auf Vormerkungen, insbesondere nicht auf Auflassungsvormerkungen, da diese nicht Veräußerungsverbote der in den §§ 135, 136 BGB. bezeichneten Art sind.

§ 773. 1. **RG. 80** 7. Während sonst ein selbständig auf Rückgewähr von Früchten der anfechtbar veräußerten Sache gerichteter Anfechtungsanspruch nicht gegeben ist, ist im Falle des § 773 wegen Beschränkung des Zugriffs auf die Sache selbst eine selbständige gegen den Übergang des Rechtes auf den Fruchtbezug gerichtete Anfechtung zuzulassen.

2. **RG. 80** 30, SeuffA. **68** 192 = JW. **12** 909 s. JDR. **11** betr. Unzulässigkeit der Aufrechnung einer gegen den Vorerben persönlich gerichteten Forderung gegen eine zur Vorerbschaft gehörige Forderung.

§ 775. SächsOLG. **34** 330 (Dresden) = SeuffA. **67** 117 s. JDR. **11** Nr. 4 betr. Bedeutung der Freigabeerklärung des Gläubigers dem Gerichtsvollzieher gegenüber.

§ 777. WürttJ. **25** 202 (Stuttgart). § 777 ist ausdehnend auch in dem Falle anwendbar, daß dem Gläubiger ein Pfandrecht an einer vom Schuldner hinterlegten, durch Hinterlegung in das Eigentum des Fiskus übergegangenen Geldsumme zusteht. S. auch JDR. **11** 2 a.

§ 779. PosMSchr. **13** 71 (Posen). Durch die Vorschrift des § 779, daß eine ZwV., die zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen schon begonnen hatte, in seinen Nachlaß fortzusetzen sei, wird Aussetzung des Verfahrens nach § 246 wegen Todes des Gläubigers nicht ausgeschlossen. (AM. OLG. **4** 153 [Dresden]; Petersen [5], Vorbem. 7 zu § 239.) — S. zu § 750 Nr. 1.

§ 780. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 615, SeuffBl. **13** 502, BayRpflZ. **13** 380, WarnE. **13** 446, R. **13** Nr. 2109. § 780 Abs. 1 gilt trotz seines — vielleicht ungenauen — Wortlauts nicht nur für vom Erblasser herrührende Schulden, sondern auch für die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, weil kein Grund vorliegt, den Erben in bezug auf diese Schulden anders zu behandeln als in bezug auf jene. Auch die Einreden aus §§ 1990, 1991, 1992 BGB. fallen unter § 780.

2. BadRpr. **13** 58 u. 221 (Karlsruhe). In ein Feststellungsurteil braucht ein Vorbehalt der Beschränkung der Erbenhaftung nicht aufgenommen zu werden, da jenes die Grundlage für eine Vollstreckung überhaupt nicht bilden kann.

3. SächsRpflA. **13** 104 (LG. Dresden). Durch das im ersten Rechtszuge vom beklagten Erben unbedingt erklärte Anerkenntnis des Klaganspruchs ist nach Lage des Falles nicht ausgeschlossen, den Vorbehalt nach § 780 noch im zweiten Rechtszuge geltend zu machen, weil die Frage der beschränkten oder unbeschränkten Haftung in erster Instanz überhaupt nicht zur Sprache gekommen und eine Willenserklärung des Beklagten dahin, daß er sich für unbeschränkt haftend betrachte, nicht ohne weiteres anzunehmen ist.

§ 782. Jahn, Aufschiebende Einreden s. oben zu §§ 2014, 2015 BGB.

§ 784. **RG.** JW. **13** 751. Betreibt nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses ein Nachlaßgläubiger ZwV. in eine angeblich dem Erben zustehende Forderung, so ist, wenn die Forderung nicht zum Nachlasse gehört, Widerspruchsklage aus § 784 gegeben.

§ 788. 1. v. Bardeleben, DJZ. **13** 287. Nach §§ 788, 91 ist auch die Gebühr des Anwalts für Erhebung und Ablieferung des Erlöses im Zwangsversteigerungsverfahren erstattungsfähig. AM. **RG. 22** 324.

2. **a)** R. **13** Nr. 3171 (Stuttgart). Läßt der Arrestbeklagte, nachdem er Aufhebung des Arrestes durch vollstreckbares Urteil erwirkt hat, die auf Grund des Arrestes eingetragene Arresthypothek löschen (vgl. § 868 Abs. 1), so liegt darin kein gegen den Kläger gerichteter Akt der ZwV. (Stein [10], Anm. I 2 zu § 788). Die Erstattung der Löschungskosten kann deshalb jedenfalls nicht im Kostenfestsetzungsverfahren verlangt werden. **b)** Wegen des vom Gläubiger gezahlten Restkaufpreises bei Pfändung von Leihmöbeln s. Kuhnt zu § 857 IId.

3. OLG. **26** 391, SeuffBl. **13** 163, BayRpflZ. **13** 75 (München). Zuständig

zur Festsetzung der Vollstreckungskosten ist der Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts erster Instanz; auch bezüglich der sich aus landesgesetzlichen Bestimmungen (z. B. bei Vollstreckung gegen den Fiskus) ergebenden Kosten.

§ 791. a) Haberstumpf, R. **13** 234. Deutsche Versäumnisurteile im vereinbarten Gerichtsstande sind in Österreich nur vollstreckbar, wenn die Vereinbarung dem Gerichte schon in der Klage urkundlich nachgewiesen ist (§ 204 Abs. 1 ÖstJurisdiktionsnorm vom 1. August 1895, § 80 ÖstExekutionsO. vom 27. Mai 1896). b) Lebrecht, R. **13** 554, teilt eine Entsch. des Obersten Gerichtshofs in Wien vom 19. Januar 1909 mit, nach welcher die vor deutschen Gerichten geschlossenen Vergleiche in Österreich nicht vollstreckbar sind. c) R. **13** 198 wird ein Bescheid des Reichsjustizamts über die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit deutscher Urteile in Frankreich mitgeteilt. d) Sidney Leader, JW. **13** 14, weist den Weg für eine Durchführung der ZwV. aus deutschen Urteilen in England.

§ 792. 1. ElsLothNotZ. **13** 9 (Colmar). Nur zum Zwecke der ZwV. (nach § 792 ZPO.), nicht zu anderem Zwecke kann derjenige, dem ein gepfändetes Erbteil überwiesen ist, auf Grund des § 57 ElsLothAGFGG. als Rechtsnachfolger des Berechtigten (Erblassers oder Erben) die Erteilung von Abschriften notarieller Urkunden verlangen.

2. OLG. **26** 392 (KG.). Unter „Gläubiger" und „Schuldner" im Sinne des § 792 sind auch die Rechtsnachfolger der im Schuldtitel bezeichneten Personen zu verstehen.

3. R. **13** Nr. 2914 (KG.). Die eidesstattliche Versicherung des Gläubigers zwecks Erlangung des Erbscheins (§ 2356 BGB., § 792) kann nicht durch einen Bevollmächtigten abgegeben werden, da es sich nicht um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern um die Abgabe einer Erklärung über die Kenntnis des Antragstellers von bestimmten Tatsachen handelt.

4. OLG. **26** 392 (München). Gegen die Versagung des Erbscheins finden die Rechtsmittel des FGG. statt; deshalb ist in Bayern für die weitere Beschwerde das Oberste Landesgericht zuständig (§§ 28, 199 FGG., § 8 EGGVG., Art. 42 Bay. AGGVG.).

§ 793. MecklZ. **31** 304 (Rostock). Gegen die auf einseitigen Antrag des Gläubigers ohne vorgängige Anhörung des Schuldners vorgenommenen Vollstreckungshandlungen zunächst Erinnerung aus § 766, erst dann sofortige Beschwerde (**RG. 16** 319, **24** 377, **26** 309). S. auch zu § 766 Nr. 3 und JDR. **11** zu § 793.

§ 794. Literatur: Wurzer, Der Begriff des Prozeßvergleichs und das Verfahren bei seiner Anfechtung, JheringsJ. **62** 285—376.

1. Nr. 1. a) BadRpr. **13** 152 (Karlsruhe). In der im gerichtlichen Vergleich enthaltenen Erklärung des Schuldners, x M. schuldig zu sein, ist zugleich die Anerkennung der Verpflichtung zur Zahlung dieses Betrags zu erblicken, ZwV. aus solchem Vergleiche daher zulässig. b) Wurzer. Der Prozeßvergleich ist ein gegenseitiger Vertrag, der den Grundsätzen des gewöhnlichen Vergleichs unterliegt, daneben aber auch prozessuale Wirkungen erzeugt. Er beendigt durch gegenseitiges Nachgeben den Streit über den Prozeßgegenstand und den Prozeß selbst (357). Mittel zur Geltendmachung der Nichtigkeit eines Prozeßvergleichs sind: die Fortsetzung des alten Verfahrens, die Vollstreckungsgegenklage, die Feststellungsklage in der Form der Inzidentfeststellungsklage in Verbindung mit der Vollstreckungsgegenklage und in seltenen Fällen auch als selbständige Klage. Erhebt eine Partei wegen angeblicher Nichtigkeit statt neu zu laden eine neue Klage, so ist das Fortbestehen des Vorprozesses nicht von Amts wegen zu berücksichtigen. Erhebt der Beklagte die Einrede der Rechtshängigkeit, so ist die Kage ohne weiteres abzuweisen, da sich aus dem eigenen Vorbringen des Klägers die Rechtshängigkeit als Folge der Nichtigkeit des Vergleichs ergibt. c) SächsRpflA. **13** 441 (Dresden) tritt dem **RG. 78** 286 dahin bei, daß die

Anfechtung des Prozeßvergleichs, soweit nicht Nichtigkeit aus sofort zu prüfenden Rechts-, insbesondere prozessualen Gründen geltend gemacht wird, nur mittels besonderer Klage erfolgen könne. Dies gilt auch für Vergleiche im Verfahren betr. eine einstw. Verf. **d)** Ebenso bezügl. der Anfechtbarkeit NaumburgAK. **13** 36 (Naumburg). **e)** HessRspr. **14** 195 (Darmstadt) hält im Anschluß an **RG. 78** 286 bei Anfechtung eines formgültigen gerichtlichen Vergleichs wegen Irrtums auf Grund von Tatsachen, die der Gegner bestreitet, neue Klage für erforderlich. S. auch JDR. **4** I 3, **5** I 2, **6** I 6, **7** I 2, **8** 1 b, c, **10** 1 e—h, **11** 1 d—f. **f)** BadRpr. **13** 117, 142 (Karlsruhe). Der Gläubiger kann, wenn er aus besonderen Gründen ein Interesse daran hat, statt den gerichtlichen Vergleich zu vollstrecken, eine selbständige Klage auf Grund des Vergleichs erheben. **g)** Vollstreckungsklausel zu einem Vergleiche mit auflösender Bedingung s. zu § 726 Nr. 3.

2. Nr. 5. **a)** BayNotZ. **14** 428 (BayObLG.). Dem Erfordernisse der Bestimmtheit der Geldsumme ist zwar genügt, wenn die Summe durch einfache Berechnung aus gegebenen Faktoren sich ergibt, nicht aber dann, wenn es noch der Feststellung bedarf, daß ein zunächst schätzungsweise angenommener Betrag sich nicht erhöht oder vermindert hat. **b)** Klare Fassung der Urkunde als Voraussetzung der Vollstreckbarkeit s. zu § 726 Nr. 1. **c)** Vollstreckbare Ausfertigung einer notariellen Urkunde bei Abtretung eines Teilbetrags s. zu § 733 Nr. 2.

§ 797. **a)** Josef, ZBlFG. **14** 509. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel für vollstreckbare Schuldtitel der freiwilligen Gerichtsbarkeit, also für vollstreckbare Urkunden, für die bestätigte Erbauseinandersetzung und für die bestätigte Dispache ist — wenn auch die Voraussetzungen für die Klausel in der ZPO. enthalten sind — eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es regelt sich daher die Ausschließung des Richters, des Gerichtsschreibers und des Notars nach § 6 FGG., Artt. 2, 84 PrFGG., ebenso die Ausweispflicht des Vertreters nach § 13 FGG.; auch die Entscheidung über Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Klausel (§ 797 Abs. 3), sowie über Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung erfolgen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bei Weigerung des Notars, die Klausel zu erteilen, greift Art. 51 Abs. 2 PrFGG. nicht Platz, da er nur von einfachen Ausfertigungen handelt. **b)** Dagegen SeuffA. **68** 302, ZBlFG. **14** 15 (Kassel). Weigert sich der Notar, die Vollstreckungsklausel zu erteilen, so entscheidet gemäß Art. 51 PrFGG. die Zivilkammer des LG. Da es sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, so hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen anzustellen. Für die Kostenpflicht sind nicht §§ 91 ZPO., sondern § 109 (jetzt 108) Nr. 3 PrGKG., §§ 45 46 GKG. anwendbar. Eine Kostenerstattungspflicht eines anderen Beteiligten kann in diesem Verfahren nur dann in Frage kommen, wenn diese Pflicht gemäß Art. 9 PrFGG. besonders ausgesprochen ist. S. auch JDR. **1**, **3** 2, **9** 1, **10** 2 b—e, **11** 2.

§ 798. **a)** KGJ. **43** 243 (KG.). Die ZwV. aus einer vollstreckbaren Urkunde darf auch dann nicht beginnen, wenn eine der im § 750 Abs. 2 bezeichneten Urkunden nicht mindestens drei Tage vorher zugestellt ist (§ 795). **b)** Zwangshypothek unter Verletzung des § 798 s. zu § 866 Nr. 2.

§ 800. 1. **a)** BayRpflZ. **13** 480 (BayObLG.) in Abweichung von seiner früheren Meinung. Die Unterwerfung unter die sofortige ZwV. gemäß § 800 stattet die Hypothek nur mit einem die Befriedieung erleichternden Nebenrecht aus, stellt aber keine Verfügung über das Grundstück dar, da dieses nicht für mehr, nicht mit mehr und nicht in anderer Weise haftet. Bei einem Gesamtgutsgrundstücke bedarf es deshalb nicht der Zustimmung der Frau. (Ebenso RJA. **7** 215; aM. OLG. **21** 287, RJA. **2** 44). **b)** BayNotZ. **14** 396 (LG. Schweinfurt). Bei Erwerb von Grundstücken kann der in Gütergemeinschaft lebende Mann ohne Zustimmung der

Frau in Ansehung der einzutragenden Kaufpreishypothek die Unterwerfung aus § 800 bewilligen.

2. ElsLothJZ. **13** 42 (Colmar). Bei Auslegung der Unterwerfungsklausel findet § 133 BGB. Anwendung.

3. Durchführung des § 800 bei nachträglicher Nießbrauchsbestellung s. zu § 727 Nr. 2.

§ 801. a) PrVerwBl. **34** 831 (LG. Frankfurt a. M.). Der von einer Verwaltungsbehörde erlassene Pfändungs- und Überweisungsbeschluß ist auch dann wirksam, wenn sowohl der Schuldner als der Drittschuldner in einem anderen Bundesstaate wohnen. **b)** Dagegen Delius, PrVerwBl. **34** 879. Die Verwaltungsbehörde eines Bundesstaats kann nur in Objekte vollstrecken, welche sich in dem betreffenden Bundesstaate befinden. Soll eine Forderung gepfändet werden, so gilt als Ort, wo sich dieselbe befindet, der Wohnsitz des Schuldners, und wenn für die Forderung eine Sache als Sicherheit haftet, auch der Ort, wo die Sache sich befindet (§§ 828, 23 ZPO.). Die zuständige Behörde des anderen Bundesstaats ist um Erlaß des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zu ersuchen (RGes. vom 9. Juni 1895). Hält sich der Drittschuldner nicht innerhalb des ersuchten Bundesstaats auf, so hat die ersuchte Behörde ihrerseits die zuständige Behörde des Aufenthaltsbundesstaats um Zustellung zu ersuchen. Die Staatsangehörigkeit der Beteiligten ist gleichgültig. S. auch JDR. **11** Nr. 1, 2.

Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 803. 1. *Schultzenstein, BuschZ. **43** 325. Bei der ZwV. einschließlich derjenigen in das unbewegliche Vermögen sowie des Arrestes und der einstweiligen Verfügung und ferner auch der in solchen Zivilprozeßsachen, für die die Untersuchungsmaxime gilt, kommt die Verhandlungsmaxime zur Anwendung. Jedoch scheidet für die ZwV. durch den Gerichtsvollzieher die Frage der Untersuchungs- und der Verhandlungsmaxime ganz aus. Bei den Sachen, für welche ausnahmsweise die Untersuchungsmaxime gilt, sind einzelne weiter als sonst eintretende Beschränkungen der Verhandlungsmaxime anzunehmen.

2. ZwV. wegen eines Anspruchs auf Zahlung an einen Dritten s. zu § 887.

§ 805. 1. OLG. **27** 175 (KG.). Mit der Entfernung der gepfändeten Illaten durch den Gerichtsvollzieher erlischt das Pfandrecht des Vermieters und damit das Vorzugsrecht aus § 805, soweit die übrigbleibenden Stücke zur Sicherung des Vermieters ausreichen (§ 560 Satz 2 BGB.). Dieser kann aber das Erlöschen des Pfandrechts an den fortgeschafften Sachen dadurch verhindern, daß er spätestens bis zur Entfernung auf sein Pfandrecht an den übrigen Sachen verzichtet. — S. auch JDR. **1** 2, **3** 1, **4** 1, **5** 1, 2, **6** 1, **7** 1, **8** 2, **9** 1, **10** 1, **11** 1.

2. KGBl, **13** 11 (KG.). Leitet der Konkursverwalter gemäß § 127 KO. eine Verwertung von Gegenständen, an denen der Dritte ein Absonderungsrecht in Anspruch nimmt, nach den Vorschriften über die ZwV. (§§ 814 ff. ZPO.) oder über den Pfandverkauf (§§ 1234 ff. BGB.) in die Wege, so kann ein Rangstreit an dem hinterlegten Erlöse (§ 372 BGB.) gemäß § 805 ZPO. ausgetragen werden, da die vom Konkursverwalter nach § 127 KO. betriebene Versteigerung gegenüber Dritten, die ein Vorzugsrecht in Anspruch nehmen, wie eine ZwV. wirkt (**RG. 42** 89, JW. **00** 24). Dies gilt nicht, wenn der Konkursverwalter, um die Einstellung der ZwV. zu erwirken, Sicherheit durch Hinterlegung in Höhe der Forderung des Absonderungsberechtigten geleistet hat. Diese Hinterlegung berührt das Absonderungsrecht überhaupt nicht.

§ 806. *Dickel, Rechtsf. Heft 1, Erl. 97, erachtet den § 806 auch dann für anwendbar, wenn es an einer zugesicherten Eigenschaft fehlt.

§ 807. 1. **a)** Kretzschmar, SeuffBl. **12** 467. Die Leistung des Offenbarungseids kann nicht auf Grund des dinglichen, sondern nur auf Grund des persönlichen Arrestes erzwungen werden (§§ 918, 933). **b)** Seuffert, Seuff. Bl. **13** 297, führt dagegen aus, daß der persönliche Sicherheitsarrest zwar erforderlich sein kann, um das Verfahren zum Zwecke der Erzwingung des Offenbarungseids (§§ 900 ff.) einleiten und durchführen zu können, daß er selbst aber kein Vollstreckungstitel ist, der die Grundlage für die Eidesleistung bilden könnte. Dagegen folgt aus § 928, daß der dingliche Arrest die Grundlage für die Eidesleistung bilden kann. Die verschiedenen Meinungen in Schrifttum und Rechtsprechung über diese Frage werden zusammengestellt (301). **c)** Freudenthal, BuschsZ. **44** 159. Auf Grund des dinglichen Arrestes, nicht aber auf Grund des — von den Voraussetzungen des § 807 nicht abhängigen — persönlichen Sicherheitsarrestes (§ 918) kann die Leistung des Offenbarungseids verlangt werden. **d)** HansGZ. **13** Beibl. 100 (Hamburg). Auch in Vollziehung eines Arrestbefehls kann der Offenbarungseid verlangt werden. Da aber das Offenbarungseidsverfahren lediglich zur Ermittlung pfändbarer Objekte dient, so ist eine Fortsetzung dieses Verfahrens unzulässig, sobald feststeht, daß auf Grund des Arrestes wegen Ablaufs der einmonatigen Frist des § 929 Abs. 2 eine Pfändung nicht mehr wird erfolgen können (vgl. OLG. **14** 199 [KG.]). **e)** Ebenso KGBl. **13** 110 (LG. I Berlin) bezüglich des Offenbarungseids bei einstw. Verf. auf Herausgabe einer Sache, **f)** WürttJ. **25** 204 (Stuttgart) und **g)** Crasemann, R. **13** 94. S. auch JDR. **1** 1, **3** 1 b, **4** 5, **5** 3, **6** 4, **7** 2, **8** 2, **9** 2.

2. **a)** HansGZ. **13** Beibl. 83 (Hamburg). Zur Eidesleistung für eine Gesellschaft des Handelsrechts ist deren Vertreter zur Zeit des Eidestermins verpflichtet. Der Eintragung in das Handelsregister (§ 15 HGB.) kommt maßgebende Bedeutung dabei nicht zu. **b)** SächsOLG. **34** 198 (Dresden) = SeuffA. **67** 375 f. JDR. **11** 1 c betr. Verpflichtung zur Eidesleistung bei mehreren Vorstandsmitgliedern eines eingetragenen Vereins. S. a. sonst JDR. **11** 1.

3. WürttJ. **25** 320, R. **13** Nr. 1351 (Stuttgart). Der Erbe, dem die Beschränkung seiner Haftung vorbehalten ist, braucht den Offenbarungseid nur über den Nachlaß zu leisten. (Dagegen OLG. **11** 108, **19** 4, wo in solchem Falle die Leistung eines Offenbarungseids aus § 807 überhaupt für unzulässig erklärt wird.)

4. **a)** Neumann, JW. **13** 1192. Die Erfolglosigkeit der Pfändung kann nicht nur durch ein vollständiges Protokoll, sondern auch durch eine Bescheinigung des Gerichtsvollziehers erbracht werden. Diese hat dahin zu lauten, daß der Schuldner zur Zeit des Pfändungsversuchs nur solche Sachen besessen habe, die durch die ZPO. von der Pfändung ausgeschlossen sind, bzw. dahin, daß die ZwV. fruchtlos ausgefallen sei, weil die Pfandstücke infolge Intervention freigegeben werden mußten, einwandfreie Pfandobjekte aber nicht ermittelt worden sind. **b)** R. **13** Nr. 2455 (Düsseldorf). Die Verpflichtung zur Eidesleistung nach fruchtloser Mobiliarvollstreckung wird nicht dadurch beseitigt, daß der Schuldner anzeigt, der Gläubiger könne jetzt aus einer Gehaltsforderung Befriedigung suchen.

5. MecklZ. **31** 184 (Rostock). Hat der Schuldner einen nichtigen Vertrag geschlossen, so sind in dem Vermögensverzeichnisse die einzelnen Ansprüche auf Rückgewähr bereits gemachter Leistungen anzuführen.

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 808. 1. Pfändung eigener Sachen. **a)** Stein, Grundfragen (s. Kretzschmar, SächsRpflA. **13** 210). Es ist zu unterscheiden zwischen der Pfändung (Beschlagnahme) als einem publizistischen Akte der Staatsgewalt, der

lediglich auf dem vollstreckbaren Titel, nicht auf dem Anspruche beruht und dem — nur regelmäßig — durch sie bezweckten Pfändungs p f a n d rechte, für dessen Inhalt das BGB. maßgebend ist. Ohne Forderung kein Pfandrecht, sondern nur publizistische Verstrickung durch die Pfändung. Gehört die gepfändete Sache dem Schuldner nicht, so läßt dies die Ordnungsmäßigkeit der Pfändung unberührt. Dem Dritteigentümer steht nur die Widerspruchsklage aus § 771 zu. Der Gläubiger kann daher auch eigene Sachen beim Schuldner pfänden lassen; er macht dann eben von seinem Widerspruchsrechte keinen Gebrauch (vgl. **RG. 79** 241). **b)** OLG. **26** 394 (Breslau). Pfändung eigener Sachen des Gläubigers erfordert einen Verzicht des Gläubigers auf sein Eigentum. Dieser liegt in dem Pfändungsauftrage. **c)** OLG. **27** 173 (Celle). Der Gläubiger kann auch seine eigene Sache pfänden. Dem Schuldner steht dagegen ebensowenig wie bei Pfändung der Sachen eines Dritten Erinnerung aus § 766 zu. Auch aus dem AbzahlungsG. ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. **d)** ZwV. in Leihmöbel und den Anspruch aus dem Möbelleihvertrage s. zu § 857 II.

2. **a) RG.** BayRpflZ. **13** 277, WarnE. **13** 405, JW. **13** 883. Anbringung der Pfandmarke am ständig getragenen Kopfstücke des Pferdes genügt zur Kenntlichmachung der Pfändung. **b) RG.** WarnE. **13** 413, R. **13** Nr. 1642, 2154. Es ist nicht unzulässig, daß der Gerichtsvollzieher in seiner Gegenwart die Pfandmarke durch eine Hilfsperson ankleben läßt. Diese Hilfsperson kann auch der Schuldner sein. **c)** R. **13** Nr. 2153 (Colmar). Gestattet der Pfändungsgläubiger dem Schuldner eine die Vernichtung der Pfandmarke mit sich bringende Umarbeitung der gepfändeten Sache (z. B. Schneiden der gepfändeten Stämme in einer Sägemühle), so verliert er an dieser mit der Umarbeitung sein Pfandrecht.

3. *K u h n t, JW. **13** 191. Unter Gefährdung der Befriedigung des Gläubigers ist nur eine durch Tatsachen (drohende Verschleppung, Vernachlässigung der Sachen), nicht auch eine infolge von Rechtsvorschriften (Vermieterpfandrecht, Erstreckung der Hypothek auf Zubehörstücke) eintretende Gefährdung zu verstehen. Der Gläubiger, der Abzahlungsmöbel pfänden läßt, kann daher ihre Fortschaffung vom Gerichtsvollzieher nicht deshalb verlangen, weil, wenn er den Abzahlungsverkäufer befriedigt, mit der Konvalsezenz seines Pfandrechts auch das Vermieterpfandrecht entsteht. Sind die Möbel bedingt übereignet, so kann der Gläubiger das Entstehen des Vermieterpfandrechts nicht ausschließen. Hat dagegen der Schuldner nur einen Anspruch auf Übereignung, so kann der Gläubiger durch Pfändung und besondere Verwertung dieses Anspruchs gemäß § 844 eine Konkurrenz mit dem Vermieterpfandrechte vermeiden. Dasselbe gilt für das Widerspruchsrecht des Hypothekars aus § 865. — S. auch B l a c h zu § 857 II f.

§ 809 L i t e r a t u r: W e r n e c k e, Die ZwV. in den Inhalt eines Stahlkammerfaches, ABürgR. **39** 351—366.

1. **a)** W e r n e c k e. Zwecks Beseitigung des Mitgewahrsams des Bankiers (B.) an dem Inhalte des S t a h l k a m m e r f a c h s kann der Gläubiger (G.) des Bankkunden (K.) sich der Pfändung des dinglichen Herausgabeanspruchs (§ 985 BGB.) oder der des Anspruchs des K. auf Mitwirkung bei der Öffnung des Faches auf Grund des Mietvertrags bedienen. Letzterer Weg ist — wie näher dargelegt wird — in der Regel empfehlenswerter. Das Verfahren gestaltet sich wie folgt: Auf Grund des vollstreckbaren Titels gegen K. beantragt G. die Pfändung und Überweisung des Mitwirkungsanspruchs zu einmaliger Ausübung. Gleichzeitig beauftragt er einen Gerichtsvollzieher, dem K. den Schlüssel zu seinem Verschlusse wegzunehmen. Nach Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses fordert der Gerichtsvollzieher den B. zur Öffnung seines Verschlusses auf. Weigert sich B., klagt G. auf einmalige Mitwirkung zur Öffnung. Ist das Urteil vollstreckbar geworden, so läßt G. vom Prozeßgericht erster Instanz sich die Ermächtigung aus § 887 erteilen und beauftragt einen Schlosser der Bank mit der Öffnung des Verschlusses des B.

Gleichzeitig mit dem Schlosser begibt sich der Gerichtsvollzieher zum Fache und öffnet den Verschluß des K. Kann der Gerichtsvollzieher den Schlüssel des K. auch bei einer Durchsuchung nicht finden, so läßt er dessen Verschluß ebenfalls durch einen Schlosser öffnen (§ 758). Durch diese Maßregeln ist die Pfändung der in dem Fache befindlichen Papiere (§§ 808, 821, 831) ermöglicht. **b)** Bacharach, Holdheims MSchr. **14** 10 in einem Aufsatz über den Schrankfachvertrag. Weigert sich, wie dies in der Regel der Fall sein wird, die Bank, freiwillig bei der Öffnung des Faches mitzuwirken, so muß der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe, richtiger: Mitwirkung bei der Öffnung des Faches, nach §§ 857, 828 ff. gepfändet werden. Der Bank ist zu untersagen, den Kunden zum Tresor zuzulassen und dem Kunden zu gebieten, sich der Ausübung seines Rechtes zu enthalten. Das gepfändete Recht muß sich der Gläubiger zur Einziehung überweisen lassen (§§ 835, 846). Findet der Gerichtsvollzieher den Schlüssel des Schuldners nicht, so kann der Gläubiger das Fach gewaltsam öffnen lassen. S. auch JDR. **6** 2, **8** 1, **11** 1.

2. KGBl. **13** 109 (LG. I Berlin). Da alle in der Ehewohnung befindlichen Gegenstände regelmäßig im Gewahrsam des Mannes stehen, so kann der Gerichtsvollzieher dort zwar auf Grund eines Titels gegen den Mann ohne Prüfung der Eigentumsfrage pfänden, dagegen gegen die Frau auch bei Vorliegen eines Duldungstitels gegen den Mann nur Sachen, die sich ausnahmsweise im Gewahrsame der Frau befinden oder von denen der Gerichtsvollzieher überzeugt ist, daß sie Eigentum der Frau sind. Dem Gläubiger steht zur Ermittlung der Gegenstände des Frauenvermögens der Rechtsbehelf des Offenbarungseids zur Seite. Außerdem kann er in den Herausgabeanspruch der Frau vollstrecken.

§ 811. I. Allgemeines. 1. **a)** ElsLothJZ. **13** 390 (Colmar). Für die Frage der Unentbehrlichkeit sind gleichartige, wenn auch nicht im Eigentume, so doch im Besitze des Schuldners befindliche Gegenstände zu berücksichtigen. Maßgebend Zeitpunkt der Pfändung. Unerheblich deshalb, ob nach der Pfändung einer der nicht gepfändeten gleichartigen Gegenstände wegen Nichteinhaltung der Abzahlungen vom Eigentümer zurückgeholt wird. **b)** BuschsZ. **44** 139 (LG. Karlsruhe). Für die Frage der Unpfändbarkeit sind gleichartige, in fremdem Eigentume stehende Gegenstände insoweit zu berücksichtigen, als sie — bei Beurteilung der Sachlage nach dem Zeitpunkte der Pfändung — dem Schuldner zur Fortsetzung seiner Tätigkeit oder seines Hausstandes verfügbar bleiben. **c)** BuschsZ. **44** 139, BadRpr. **13** 89 (LG. Karlsruhe). Da dem Schuldner der Besitz der unentbehrlichen Gebrauchsgegenstände gewahrt werden soll, so wird die Unentbehrlichkeit durch fremdes Eigentum nicht ausgeschlossen. Die Pfändbarkeit kann also nicht auf einen Eigentumsvorbehalt des Pfändungsgläubigers gegründet werden. — S. auch JDR. **5** I 6, **6** II, **7** II 1, **9** I 3.

2. R. **13** Nr. 2155 (Colmar). Da die Pfändungsbeschränkungen des § 811 vorwiegend sozialpolitischen Rücksichten entspringen, kann der Schuldner auf die aus jenen sich ergebenden Rechte nicht wirksam verzichten. — S. auch JDR. **1** I 2, **4** I 1, **5** I 5, **6** I 1, 2, **9** I 4, **10** I 2, **11** I 2.

3. RheinARV. **31** 146 (LG. Cöln). Die Pfändungsbeschränkungen des § 811 stehen dem gesetzlichen Pfandrechte des Werkmeisters aus § 647 BGB. nicht entgegen.

II. Nr. 1. 1. **a)** Crasemann, R. **13** 25. Zum „Hausstande" des Schuldners gehören auch, ohne Rücksicht auf die Verwandtschaft und eine strenge Abgrenzung der Gesindeeigenschaft, diejenigen anderen Personen, die dem Haushalte des Schuldners zugehören und von ihm wirtschaftlich abhängig sind. **b)** Schloßmann, DJZ. **13** 1439, führt gegen die herrsch. M., nach der die zur Fortführung eines angemessenen Haushalts unentbehrlichen Gegenstände dem Schuldner ohne Rücksicht auf ihren Wert zu belassen sind, aus, daß es dem Gläubiger freistehen müsse,

wertvolle Gegenstände (z. B. die goldene Uhr des Schuldners) Zug um Zug gegen Angebot eines angemessenen Ersatzes zu pfänden.

2. Unpfändbar: a) R. 13 Nr. 3172 (Stuttgart). Linoleumbelag zur Bedeckung eines schadhaften Zimmerfußbodens als unentbehrliches Hausgerät. b) Elſ. LothJZ. 13 368 (Colmar). Nähmaschine als unentbehrliches Hausgerät in der fünfköpfigen Familie eines Malergesellen. c) R. 13 Nr. 2457 (Düsseldorf). Badeeinrichtung bei Familie von 12 Köpfen, wenn sie außer zum Baden mangels anderer ausreichender Gefäße auch zum Waschen dient oder einzelne Familienmitglieder aus besonderen Gründen Bäder nehmen müssen.

III. Nr. 2. HessRspr. 14 144 (LG. Gießen u. OLG. Darmstadt). Unter dem im § 811 Nr. 2 bezeichneten Geldbetrag ist nur das als Zahlungsmittel für die Vorräte notwendige bare Geld zu verstehen, nicht Vermögenswerte (z. B. Forderungen), deren Realisierung vielleicht den Schuldner in den Besitz von Geld bringen kann.

IV. Nr. 4. a) HessRspr. 14 261 (LG. Gießen). Für die Unpfändbarkeit nach § 811 Nr. 4 ist gleichgültig, ob die Früchte sich noch auf dem Halme befinden oder schon abgeerntet sind. b) R. 13 Nr. 2458 (Düsseldorf). Unpfändbar auch Fohlen, soweit sie die Arbeitskraft älterer Pferde ergänzen

V. Nr. 5. 1. *Dittrich, BayRpflZ. 13 4 ff. Auch Schriftsteller gehören nach Entstehungsgeschichte, Wortlaut und Geist des Gesetzes zu den durch § 811 Nr. 5 geschützten Personen.

2. Unpfändbar: a) HessRspr. 14 262 (Darmstadt). Mangels anderer Beleuchtungseinrichtungen der Azetylenapparat für die Beleuchtung eines Dorfwirtshauses. b) ThürBl. 60 178 (Jena). Maschinen, die mit Hilfe Dritter bedient werden, zwar grundsätzlich pfändbar. Unpfändbar dagegen Maschine (Universalmaschine und Kreissäge), wenn der Schuldner sich nur wegen eigener Gebrechlichkeit einer Hilfskraft an jener zur Ergänzung seiner verminderten Arbeitsfähigkeit bedient. c) HessRspr. 14 262 (LG. Darmstadt). Zuchtkaninchen eines kleinen Landwirts nach § 811 Nr. 5, nicht Nr. 4 unpfändbar.

3. Pfändbar: a) HessRspr. 14 263 (Darmstadt). Schreibmaschine eines Dachdeckermeisters. b) R. 13 Nr. 2459 (Düsseldorf). Pferd und Wagen eines Kohlenhändlers. Minderkaufleute fallen nicht unter § 811 Nr. 5. c) OLG. 26 396 (Breslau). Pferd und Wagen eines Milchhändlers, da persönliche Leistung hinter dem Warenumsatze zurücktritt. d) SächsOLG. 34 100, OLG. 26 396 (Dresden). Bretterbude, deren der Schuldner zwar zur Fortsetzung seines Gewerbes als Unternehmer von Schaustellungen, nicht aber seiner persönlichen Erwerbstätigkeit als Artist (Ringkämpfer) bedarf. e) OLG. 26 394 (Breslau). Karussell, das Schuldner mit fünf Hilfskräften betreibt, während er selbst in der Hauptsache die Beaufsichtigung des Betriebs und das Einkassieren besorgt.

4. Zweifelhaft. a) OLG. 26 392, SeuffA. 68 480, R. 13 Nr. 1194 (Braunschweig). Zimmervermieter fallen nicht unter § 811 Nr. 5, da die von ihnen regelmäßig übernommenen persönlichen Dienste nicht selbständige Leistungen von besonderem Rechtscharakter, sondern unselbständige Hilfsleistungen zur Erfüllung des Mietvertrags sind, und der Zweck des Gesetzes, den wirtschaftlich Schwachen zur Arbeit fähig zu erhalten, nicht ausgedehnt werden darf. b) *Eckstein, SächsRpflA. 12 539. Die Zimmervermieterin kann sich auf § 811 berufen. c) BadRpr. 13 70 (Karlsruhe). Das Mobiliar einer kleinen Fremdenpension ist unpfändbar. Der Schutz der Arbeitskraft ist hier ohne gleichzeitigen Schutz des in der Einrichtung verkörperten Kapitalwerts nicht möglich. Sofern die Schuldnerin ihre ganze Arbeitskraft den persönlichen Leistungen im Betriebe dienstbar macht, steht der Unpfändbarkeit nicht entgegen, daß Eltern und ein Dienstmädchen helfen. Anders, wenn der Inhaber des Betriebs, ohne selbst mitzuarbeiten, lediglich als

Unternehmer in Betracht kommt. — S. auch JDR. **1** IV 7 b ζ, **3** IV 3 d, **4** IV 2 e, **6** III 7, **7** IV 4, **8** II 3 e, **9** III 3, **10** V 4, **11** IV 4 a—c.

VI. Nr. 11. KGBl. **13** 93 (LG. I Berlin u. KG.). Nur Trauringe, nicht auch Verlobungsringe sind unpfändbar.

§ 814. Literatur: Kreß, Über Verwertung des Pfändungspfandes zur Unzeit, SeuffBl. **13** 145—151, 169—174.

1. Kreß. Gegen die zur Unzeit erfolgte Pfandverwertung hat der Schuldner bei Schikane Schadensersatzklage aus §§ 823 Abs. 2, 226, bei Verstoß gegen die guten Sitten aus § 826, sonst aus §§ 242, 276 BGB. Ist die Androhung einer solchen Pfandverwertung schikanös (§ 226 BGB.) oder verstößt sie gegen die guten Sitten (§ 826 aaO.), so hat der Gläubiger die Unterlassungsklage, sonst die Feststellungsklage, daß der Pfändungsgläubiger bis nach Erledigung des anhängigen Rechtsstreits die Verwertung zu unterlassen habe. Daneben kann der Schuldner schleunige und vorläufige Sicherung durch einstw. Verf. nach § 935 verlangen.

2. **RG.** R. **13** Nr. 394. Abweichungen von den gesetzlichen Bedingungen der Versteigerung mögen zulässig sein, sofern sie mit Wesen und Zweck der Versteigerung vereinbar sind und Gläubiger und Schuldner sich über sie einigen. Solche Einigung ist rechtsgeschäftlicher Natur und ein Selbstkontrahieren bei ihr nach § 181 BGB. unzulässig.

§ 815. RG. JW. **13** 101, LeipzZ. **13** 69, WarnE. **13** 35, R. **13** Nr. 58. Ist dem Schuldner nachgelassen, die ZwV. durch Sicherheitsleistung abzuwenden, und hat deshalb Hinterlegung gepfändeten Geldes zu erfolgen (§ 720), so bleibt die Gefahr des Verlustes beim Schuldner. Eine Verwahrungspflicht, wie sie bei einem durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrecht an beweglichen Sachen für den Gläubiger besteht (§ 1215 BGB.), setzt unmittelbaren Besitz voraus. Durch die Pfändung seitens des Gerichtsvollziehers wird eine solche für den Gläubiger nicht begründet. S. auch JDR. **11**.

§ 817. OLG. **26** 397 (Posen). Außer bei Gold- und Silbersachen (§ 820) darf der Gerichtsvollzieher den Zuschlag ohne Anweisung des Gläubigers nicht wegen zu geringen Gebots versagen. — S. auch JDR. **8**, **9**.

§ 825. 1. Neumann, JW. **13** 633, erörtert im Zusammenhange die bei Anordnung des freihändigen Verkaufs der Pfandsache nach § 825 zu beobachtenden Gesichtspunkte.

2. SächsOLG. **34** 108, OLG. **26** 398 (Dresden). Gemäß § 127 Abs. 1 KO., § 825 ZPO. kann der Konkursverwalter zum freihändigen Verkaufe der zur Konkursmasse gehörigen gepfändeten Gegenstände ermächtigt werden.

3. Stepp, JW. **13** 307. Verzieht der Schuldner nach der Pfändung unter Mitnahme der gepfändeten Sachen in einen anderen Gerichtsbezirk, so ist für eine Anordnung aus § 825 das Vollstreckungsgericht des neuen Wohnorts zuständig. Die von Seeger, JW. **12** 1097 vorgeschlagene entsprechende Anwendung des § 263 Abs. 2 Ziff. 2 verstößt gegen den klaren Wortlaut des § 764. Nur soweit unselbständige Akte bei der Fortsetzung der Vollstreckung in Frage kommen, z. B. Überweisung nach Forderungspfändung, bleibt die Zuständigkeit des ursprünglichen Vollstreckungsgerichts bestehen. S. JDR. **9**, **11** zu § 816.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§ 828. 1. **a)** BuschsZ. **43** 510 (LG. I Berlin) erachtet das Gericht des letzten Wohnsitzes des Erblassers als Gericht des allgemeinen Gerichtsstandes im Sinne des § 828, wenn eine Forderung gegen einen Nachlaß vollstreckt werden soll, der durch einen Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter oder Testamentsvollstrecker vertreten wird. **b)** KGBl. **13** 119 (LG. II Berlin). Zum Erlaß

eines Pfändungsbeschlusses gegen eine aufgelöste GmbH. ist dasjenige Vollstreckungsgericht zuständig, in dessen Bezirke die Gesellschaft zur Zeit ihrer Auflösung ihren Gerichtsstand hatte.

2. LeipzZ. **13** 957 (Dresden). Wo das ganze Verfahren einheitlich zur Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts gehört, wie bei Pfändung von gewöhnlichen Forderungen und Rechten (§§ 829, 857), bleibt die einmal begründete Zuständigkeit eines Vollstreckungsgerichts auch bei Wohnsitzwechsel des Schuldners für alle in dieses Verfahren fallende Entscheidungen (z. B. über einen Antrag aus § 844) bestehen. (**RG. 35** 377, Falkmann [2] 306). Anders wenn das Verfahren teils vom Gerichtsvollzieher, teils vom Vollstreckungsgerichte betrieben wird (**RG. 35** 374, **61** 330). — S. auch zu § 825 Nr. 3.

§§ 829 ff. AVf. d. PrJustMin. über die Vertretung des Reichs- (Militär-) Fiskus bei der Pfändung des Diensteinkommens und der Pensionen der Offiziere und Militärbeamten sowie der Gebührnisse der Hinterbliebenen von Militärpersonen und Militärbeamten vom 12. Februar 1914 (JMBl. 159). Für den Geschäftsbereich der Kgl, Sächsischen Militärverwaltung s. AVf. vom 11. Mär 1914 (JMBl. 282). — AVf. d. PrJustMin. über die Vertretung des preußischen Justizfiskus als Drittschuldners bei Pfändung von Geldforderungen oder von Herausgabeansprüchen vom 6. März 1914 (JMBl. 281) hebt vom 1. April 1914 ab AVf. vom 31. Mai 1912 auf.

§ 829. Literatur: Stein, Der Drittschuldner. Leipzig 1913.

1. **RG.** (VII. Zivils.) **82** 227, JW. **13** 884, LeipzZ. **13** 864 Anm. 2 erklärt die Pfändbarkeit zukünftiger Forderungen in dem gleichen Umfange wie deren Abtretbarkeit für zulässig (**RG. 67** 166). Es scheint sogar, sofern die Forderung nur hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist, geneigt, über die im Urteile **RG. 74** 83 gezogene Grenze, daß die Forderung in einem Vertragsverhältnisse des Vollstreckungsschuldners zum Drittschuldner bereits die ausreichende rechtliche Grundlage haben müsse, hinausgehen zu wollen. Im gegebenen Falle wird die Pfändung der Forderung „aus einem zur Beilegung schwebender Prozesse geschlossenen oder noch zu schließenden Vergleiche" für wirksam erklärt.

2. KGBl. **13** 92, R. **13** 677 (LG. I Berlin). Die Pfändung des Auslieferungsanspruchs des Empfängers einer Postanweisung gegen den Postfiskus ist unzulässig, weil die durch § 840 ZPO. bedingte Auskunftspflicht zu einer Verletzung des Briefgeheimnisses (§ 5 RPostG.) führen würde.

3. OLG. **27** 132 (KG.). Zur Pfändung eines gemäß § 1809 BGB. gesperrten Sparkassenguthabens bedarf es keiner Genehmigung des Gegenvormundes oder des Gerichts.

4. OLG. **26** 400, KGBl. **13** 76 (KG.). Dem Erfordernisse bestimmter Bezeichnung der gepfändeten Forderung ist bei Mietzinspfändungen nur genügt, wenn erkennbar ist, welche bestimmte Mietrate, bei Pfändung künftiger Raten, welche künftige Rate gepfändet wird.

5. **RG.** R. **13** Nr. 3043. Eine Abtretung der gepfändeten Forderung an den Pfändungsgläubiger wird durch das lediglich zu dessen Gunsten wirkende Verfügungsverbot nicht ausgeschlossen.

6. BadRpr. **13** 165 (Karlsruhe). Die Zustellung der Pfändung an den Drittschuldner darf nicht im Wege der Ersatzzustellung an den Schuldner erfolgen (entsprechend § 185).

7. **RG.** LeipzZ. **13** 472, WarnE. **13** 462, R. **13** Nr. 1498. § 829 Abs. 3, wonach die Pfändung erst mit Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner als bewirkt anzusehen ist, gilt auch, wenn der Gläubiger eine dem Schuldner gegen ihn selbst zustehende Forderung pfändet. Unter dieser Zustellung ist nur eine vom Gläubiger herbeigeführte Zustellung im Parteibetriebe zu verstehen (**RG. 20** 84,

JW. 88 14). § 857 bezieht sich nur auf ZwV. in andere Rechte als in Forderungen. S. auch zu § 848.

§ 830. Literatur: Hagemann, Pfändung und Überweisung von durch Hypotheken gesicherten Forderungen in eine Zwangsversteigerung, ZBlFG. **13** 723—736. — Vogels, Die Pfändung von Hypotheken (Diss.). Bonn 1913.

1. a) KGJ. **44** 275 (KG.). Zur Pfändung einer Forderung, für welche eine Briefhypothek besteht, ist außer dem Pfändungsbeschluß auch dann die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger erforderlich, wenn der Gläubiger eine Gerichtskasse ist und der Brief sich bei dem Grundbuchamt oder einer Verwahrungsstelle desselben Bundesstaats befindet. Die Einheit des Fiskus als Vermögenssubjekt kommt hier, wo es sich um die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit handelt, nicht in Frage. b) **RG. 81** 71. In den Fällen der §§ 1164, 1173 Abs. 2, 1174, 1182 BGB. besteht die auf den Ersatzberechtigten übergehende Hypothek als Hypothek für die Ersatzforderung weiter. Zur Pfändung der Ersatzforderung ist deshalb bei Briefhypotheken Übergabe des Briefes erforderlich.

2. a) *Vogels. Bei Pfändung eines Hypothekenteilbetrags hat der gepfändete Teil den Vorrang vor dem Reste (8), so auch Burlage in BuschsZ. **23** 268. Der Gläubiger ist auch ohne Pfändung des Berichtigungsanspruchs berechtigt, beim Schuldner die zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Urkunden wegnehmen zu lassen und gegen den eingetragenen Dritten die Berichtigungsklage zu erheben (32 f.); so auch Mayer in GruchotsBeitr. **56** 541, 531; aA. die herrsch. M. Offenbarungseid nach § 883 ZPO. (37). b) KGJ. **44** 278 (KG.). Der Anspruch des Schuldners auf Bildung eines Teilhypothekenbriefs unterliegt als ein rein öffentlich-rechtlicher nicht der Pfändung. Erst wenn der Gläubiger die Hypothek, von der er einen Teil mit Beschlag belegen will, wirksam gepfändet und sich den Stammbrief verschafft hat, kann er diesen zwecks Ausstellung eines Teilbriefs dem Grundbuchamte vorlegen (KGJ. **30** A 236, Güthe § 61 Anm. 15; vgl. **RG. 59** 313).

3. FrankfRundsch. **47** 210 und 249 (LG. Frankfurt a. M.). Die Pfändung einer Buchhypothek wird nur durch die endgültige Eintragung der Pfändung im Grundbuche wirksam. Eine Vormerkung aus § 18 Abs. 2 GBO. ist unzulässig und, wenn eingetragen, für den Rang der Pfändung bedeutungslos.

4. RJA. **12** 254, ZBlFG. **14** 421 (KG.). Zur Pfändung einer Buchgesamthypothek ist Eintragung der Pfändung auf allen belasteten Grundstücken erforderlich. Ist die Eintragung nur auf einem Grundstück erfolgt, so kann wegen inhaltlicher Unzulässigkeit dieses Rechtsakts (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBO.) der Mangel nicht dadurch geheilt werden, daß die Gesamthypothek später auf den anderen Grundstücken gelöscht wird.

5. SeuffBl. **13** 69 (Dresden) = OLG. **25** 185 f. JDR. **11** Nr. 5. Wirkung des § 830 Abs. 2, wenn persönlicher und dinglicher Schuldner verschiedene Personen sind.

6. *Hagemann: I. Pfändung und Überweisung ist vor dem Zwangsversteigerungsverfahren bewirkt: derjenige der eine Buchhypothek gepfändet hat, ist Beteiligter nach § 9 Nr. 1 ZVG., da sein Pfandrecht stets im Grundbuch stehen muß. Der Pfandgläubiger einer Briefhypothek muß in der Regel seine Beteiligung auf § 9 Nr. 2 stützen, d. h. sein Pfandrecht anmelden und glaubhaft machen. Die gleiche Stellung hat derjenige, der eine Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld gepfändet hat; denn der Eigentümer hat mit dieser ein von der Versteigerung freies, besonderes Recht an seinem Grundstück, er ist als Eigentümer und auch als Hypothekengläubiger Beteiligter. II. Pfändung und Überweisung erfolgt während des Verfahrens: das Pfändungsverfahren ist das gewöhnliche der §§ 830 und 835 ZPO., auch für die Eigentümerhypothek. Antrag, sowie Pfändungs- und Überweisungsbeschluß gehen auf die Hypothek selbst, das Recht am Grundstücke. III. Rechte des Pfändungsgläubigers als Beteiligter: dem Pfändungsgläubiger steht im Verfahren

bis zur Erteilung des Zuschlags die Ausübung der in den §§ 41, 43 Abs. 2, 59 Abs. 1, 60, 62, 63, 67, 68, 72, 78, 83 Nr. 5, 84, 85, 97 Abs. 1 und 103 ZVG. genannten Rechte zu. Er übt sie gewöhnlich neben dem Schuldner aus, nur bei Überweisung an Zahlungsstatt hat er diese ausschließlich allein. IV. Schicksal des Pfandrechts nach Erteilung des Zuschlags: die Pfandrechte an der Hypothek setzen sich fort an den Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse. Ebenso ist Gegenstand einer neuen Pfändung vom Zuschlage an dieser Anspruch des Hypothekengläubigers auf den Versteigerungserlös; auch im Falle der Eigentümerhypothek. Unstatthaft ist es, den erwähnten Anspruch vor dem Zuschlag als zukünftigen zu pfänden, doch bildet hierfür der zukünftige Anspruch des Eigentümers auf den aus dem Versteigerungserlös nach Befriedigung aller Realberechtigten überschießenden Betrag eine Ausnahme. Da nach dem Zuschlag an Stelle der Hypotheken ein gewöhnliches Forderungsrecht getreten ist, so ist nun die Pfändung stets nach § 829 ZPO. auszubringen. Auch der in dieser Weise nach Erteilung des Zuschlags pfändende Gläubiger wird Beteiligter nach § 9 Nr. 2 ZVG.; Drittschuldner im Sinne des § 829 Abs. 3 ZPO. bleibt der bisherige Grundstückseigentümer, auch für den Anspruch aus einer Eigentümerhypothek. V. Rechte des Pfändungsgläubigers im Verteilungsverfahren. Eine Vereinbarung nach § 91 Abs. 2 ZVG. hat der Pfändungsgläubiger, dem die Hypothek oder der dieser entsprechende Anspruch auch zur Einziehung überwiesen ist, nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er zugestimmt hat. Bei Überweisung an Zahlungsstatt kann die Abrede nur mit dem Pfändungsgläubiger unmittelbar getroffen werden. Spätestens bis zum Verteilungstermine müssen alle Pfändungsgläubiger ihre Rechte anmelden, soweit diese nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sind. Notwendiger Inhalt der Anmeldung ist: Betrag und Ausdehnung des Pfandrechts (Überweisung usw.), Bezeichnung des Pfändungsbeschlusses und Höhe der gepfändeten Forderung. Schriftliche oder mündliche Anmeldung zu Protokoll des Gerichtsschreibers genügt. Auch das Widerspruchsrecht aus § 115 ZVG. ist dem Pfändungsgläubiger zuzubilligen, und zwar sowohl demjenigen, der vor dem Zuschlage den Pfändungsbeschluß erwirkt hat, wie auch dem, der nachher den Anspruch des bisherigen Hypothekengläubigers auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse gepfändet hat; denn die beiden so erworbenen Pfandrechte unterscheiden sich im Erfolge durch nichts. Für die Ausführung des Teilungsplans selbst ist zu unterscheiden: 1. Wird der Erlös nach § 117 Abs. 1 ZVG. bar ausgezahlt und hat a) der Pfändungsgläubiger sich auf die Pfändung allein beschränkt, so kann er nur Zahlung an sich und seinen Schuldner gemeinsam oder gemeinschaftliche Hinterlegung für beide verlangen (§§ 1281 und 1288 Abs. 1 BGB.); b) der Pfändungsgläubiger sich zugleich den besprochenen Anspruch zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überweisen lassen, so ist ihm allein der entsprechende Teil des Versteigerungserlöses bar auszuzahlen. 2. Kommt es mangels Barerlegung des Erlöses nach § 118 Abs. 1 ZVG. zur Übertragung der Forderung gegen den Ersteher, so setzt sich — zufolge Surrogation — an der auf den Berechtigten, den Schuldner des Pfändungsgläubigers, übertragenen Forderung gegen den Ersteher das Pfandrecht fort, nicht nur das schon an der Hypothek selbst entstandene, sondern auch das an dem Befriedigungsanspruch aus dem Versteigerungserlös erst begründete, und zwar einschließlich der Einziehungsbefugnis, die regelmäßig ebenfalls bestehen wird. Liegt Überweisung an Zahlungsstatt vor, so muß die Übertragung der Forderung unmittelbar auf den Pfändungsgläubiger vorgenommen werden. Auch die für die übertragene Forderung gegen den Ersteher nach § 128 ZVG. von Amts wegen zu bestellende Sicherungshypothek wird von dem Rechte des Pfändungsgläubigers ergriffen, und es ist deshalb das Grundbuchamt in dem Ersuchen des § 130 ZVG. zugleich um Eintragung dieses Pfändungspfandrechts zu ersuchen. Dies gilt auch für die außerhalb des Grundbuchs und im Laufe des Verfahrens bis zum Verteilungstermine hin noch entstandenen Pfändungs-

pfandrechte. — Bei der Einziehung an Zahlungsstatt wird die Sicherungshypothek von dem Pfändungsgläubiger selbst erworben.

§ 832. a) SeuffA. **68** 482 (Kiel). Die Pfändung einer Gehaltsforderung erstreckt sich auch auf das Ruhegehalt. Ebenso herrsch. M. b) BreslauAK. **13** 51 (LG. Breslau). Die Pfändung von Gehalt ergreift nicht die Abfindungssumme, welche der Schuldner auf Grund eines neuen Abkommens bei Lösung des Anstellungsvertrags erhält. c) Pfeiffer, LeipzZ. **13** 668. Wird nach einer Gehaltspfändung der Konkurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet, so erstreckt sich die Pfändung nicht auf Gehaltsraten, die nach diesem Zeitpunkte fällig werden. Denn die Pfändung wird erst in dem Zeitpunkte perfekt, in welchem die Raten fällig werden, bis dahin ist sie befristet. Zustimmend Jaeger, LeipzZ. **13** 669. AM. Stein (10) Anm. I, Seuffert (11) Anm. 3 zu § 832.

§ 836. Literatur: Kuhnt, Der Herausgabeanspruch aus § 836 Abs. 3 ZPO., BuschsZ. **43** 348—364.

1. **RG.** (IV. Zivils.) GruchotsBeitr. **57** 1084 tritt dem VI. Zivils. (**RG. 49** 204) und dem III. Zivils. (GruchotsBeitr. **49** 1061 und **RG. 77** 141) dahin bei, daß der Schuldner auf Zahlung an den Pfändungspfandgläubiger klagen kann. — S. auch JDR. zu § 835 **4** 1, **7** 1, **8**, § 836 **1** 1, **5** 1, **10** 3, **11** 1.

2. ZBlFG. **14** 308 (Dresden). Hat der Drittschuldner wegen Zusammentreffens mehrerer Pfändungen und Abtretungen gemäß § 372 BGB. hinterlegt, so steht den Pfändungsgläubigern kein Pfandrecht an der Forderung gegen den Fiskus aus der Hinterlegung, vielmehr nur die Befugnis zu, nach Höhe ihrer vollstreckbaren Forderung das Recht ihres Schuldners auf Auszahlung des hinterlegten Betrags geltend zu machen, soweit nicht bessere Rechte anderer Personen entgegenstehen. Ist einer der Pfändungsgläubiger minderjährig, so bedarf seine (d. h. seines Vormundes) Einwilligung in die Auszahlung an einen anderen Gläubiger der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1822 Nr. 13 BGB.) nicht.

3. a) SeuffA. **68** 251 (Stettin). Der Rechtsstreit, in welchem der Pfändungsgläubiger auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gegen den Drittschuldner klagt, schafft Rechtskraft für die eingeklagte Forderung auch im Verhältnis des Schuldners zum Drittschuldner. b) Dagegen **RG.** JW. **14** 46, PosMSchr. **13** 122. Die Überweisung verschafft dem Pfändungsgläubiger nicht das volle Recht des Schuldners gegen den Drittschuldner, sondern nur die Berechtigung zur Einziehung (**RG. 77** 146). Pfändungsgläubiger und Schuldner haben konkurrierende selbständige Befugnisse. Es schafft deshalb weder der Prozeß des Pfändungsgläubigers gegen den Drittschuldner noch der Prozeß des Schuldners gegen den Drittschuldner für und gegen den Schuldner bzw. den Pfändungspfandgläubiger Rechtskraft (§ 325). (Ebenso: Hellwig, Begrenzung der Rechtskraft 44, 81, System d. D. ZPr. 801, Gaupp-Stein [10] 649.) § 841 ist in den Motiven nur mit der dem Pfändungsgläubiger bei der Einziehung obliegenden Diligenzpflicht, nicht mit einer dem Schuldner drohenden Rechtskrafterstreckung gerechtfertigt. Die Rechtsstellung des Inkassomandatars ist von der des Pfändungsgläubigers wesentlich verschieden.

4. Josef, WürttRpflZ. **6** 309. Anders als bei rechtsgeschäftlicher Abtretung (§ 407 BGB.) ist bei Pfändung und Überweisung der Drittschuldner der — bei Ersatzzustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses — in Unkenntnis der Beschlagnahme zahlt, nicht geschützt. Dies wird aus der Entstehungsgeschichte des § 407 näher begründet. § 1275 BGB. gilt nur für den Fall rechtsgeschäftlicher Verpfändung. Bei Arrestpfändung und Vorpfändung (§ 845) gilt dasselbe wie bei der Pfändung (Ebenso OLG. **11** 185 [Hamburg], aM. OLG. **16** 303 [Stuttgart]).

5. Kluckhohn, R. **13** 516. Der Pfändungsgläubiger, der die mit dem Nießbrauch eines Dritten belastete Mietzinsforderung des Schuldners gegen den Drittschuldner hat pfänden lassen, erlangt kraft dinglicher Surrogation ein Pfändungs-

pfandrecht an dem Werterſatzanſpruch des Schuldners gegen den Nießbraucher aus §§ 1075 Abſ. 2, 1067 BGB.

6. Nichtanwendbarkeit des § 836 Abſ. 1 bei Zuweiſung eines Betrags aus den Überſchüſſen einer ZwVerwaltung an einen Unberechtigten ſ. zu § 155 ZVG. Nr. 1.

7. Abſ. 3. a) *Kuhnt. Zur Wegnahme der Urkunden — §§ 952 Abſ. 1, 402 BGB. — durch den Gerichtsvollzieher genügt der Überweiſungsbeſchluß; die Vorſchrift im § 75 Ziff. 6 PrGeſchAnw. f. GerV., daß hierzu auch der Schuldtitel erforderlich ſei, erſcheint verfehlt (354). Wird die überwieſene Forderung einem Gläubiger des Gläubigers weiter überwieſen, ſo kann die Wegnahme der Urkunden nur auf Grund des erſten Überweiſungsbeſchluſſes erfolgen; dieſen muß der zweite Gläubiger dem erſten wegnehmen laſſen. Sind die Urkunden unauffindbar, ſo hat der Schuldner oen Offenbarungseid aus § 883 ZPO. zu leiſten (355). Weigert ſich der Schuldner, dies zu tun, weil er den Überweiſungsbeſchluß mit Erinnerung oder ſofortiger Beſchwerde angegriffen habe, ſo liegt kein Widerſpruch gegen die Eidesleiſtungspflicht, ſondern ein Antrag auf Einſtellung der Vollſtreckung aus dem Überweiſungsbeſchluß vor, über den dasjenige Gericht zu erkennen hat, das den Überweiſungsbeſchluß erlaſſen oder über die ſofortige Beſchwerde zu entſcheiden hat. **b)** HeſſRſpr. **14** 260 (LG. Darmſtadt) Nur die Herausgabe von Urkunden, nicht die Auskunfterteilung kann nach § 836 durch Zwangsmaßregeln erzwungen werden. Ebenſo Gaupp-Stein, Freudenthal; aM. Seuffert.

§ 837. DJZ. **13** 239 (BayObLG.). Die nachſtehenden Pfändungsgläubiger müſſen ſich die Einziehung der gepfändeten Hypothekenforderung durch den vorgehenden Pfändungsgläubiger gefallen laſſen; mit der Einziehung erlöſchen ihre Pfandrechte von ſelbſt, ſoweit der eingezogene Betrag dem einziehenden Pfandgläubiger gebührt, und wird das Grundbuch inſofern unrichtig, als die Pfandrechte an der Hypothek erloſchen ſind und dieſe auf den Eigentümer übergegangen iſt, der den einziehenden Pfandgläubiger befriedigt hat.

§ 844. LeipzZ. **14** 96 (Dresden). § 844 gewährt dem Gläubiger kein Recht auf die Anordnung einer anderen Art der Verwertung, ſondern begründet nur die Befugnis des Vollſtreckungsgerichts zu einer ſolchen Anordnung. Dabei ſind neben den Intereſſen des Gläubigers auch die des Schuldners zu berückſichtigen. Vgl. **RG.** JW. **91** 224.

§ 845. 1. **RG. 82** 227. Soweit die Pfändung zukünftiger Forderungen zuläſſig iſt, iſt auch ihre Vorpfändung zuläſſig. — Vgl. zu § 829. — Die Vorpfändung iſt wirkungslos, wenn die Forderung demnächſt nicht in der Perſon des Schuldners, ſondern eines Dritten mittels Vertrags nach § 328 BGB. entſteht.

2. **RG.** WarnE. **13** 414. Nur eine formgerechte Zuſtellung der Vorpfändung ermöglicht die Rückbeziehung der Pfändung.

3. OLG. **26** 401, LeipzZ. **13** 324 (Naumburg). Die Ausnahmewirkung der Vorpfändung (§ 845 Abſ. 2) iſt auf die Erhaltung des zeitlichen Vorranges gegenüber ſpäteren Zugriffen anderer Gläubiger zu beſchränken, nicht aber auf die Beurteilung der Anfechtbarkeit nach KO. auszudehnen; für dieſe iſt vielmehr der Zeitpunkt der Pfändung ſelbſt entſcheidend. (Jaeger, KO. [4] § 30 Anm. 36, v. Wilmowski, [KO. 6] § 30 Anm. 28).

§ 846. (§ 771). BuſchsZ. **43** 403 (LG. Dresden). Da die Anſpruchspfändung nur ein Hilfsakt zum Zwecke der Vollſtreckung in den Anſpruchsgegenſtand iſt (§§ 847 Abſ. 2, 848 Abſ. 2), ſo iſt ſeine Tauglichkeit, zu dieſem Zwecke zu dienen, ſelbſtverſtändliche Vorausſetzung ihrer Zuläſſigkeit. Das Recht des Dritten am Anſpruchsgegenſtand begründet deshalb ein Widerſpruchsrecht (§ 771) ſchon gegen die Anſpruchspfändung. — Zuſtimmend Meyer aaO. 405. — S. auch zu § 771 Nr. 2 d.

§ 848. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1087, WarnE. **13** 462, SchlHolſtAnz. **13**, R. **13** Nr. 1501 (unter Beſtätigung von SchlHolſtAnz. **12** 316 [Kiel] ſ. JDR. **11**). Der

Gläubiger, der den Anspruch des Schuldners gegen ihn — den Gläubiger — selbst auf Auflassung eines Grundstücks wegen einer Geldforderung hat pfänden lassen, hat den Beschluß bei Vermeidung der Nichtigkeit der Pfändung sich selbst zustellen zu lassen. Ist die Zustellung unterblieben, so entsteht mit der Eintragung des Schuldners als Eigentümer keine Sicherungshypothek (§ 848; weder als Gläubiger- noch als Eigentümerhypothek), und dies kann auch von dem demnächstigen Ersteher des Grundstücks in der Zukunft geltend gemacht werden. — S. auch zu § 829 Nr. 7.

§ 850. Literatur: Becker, Zur Frage der Sittenwidrigkeit des 1500-M.-Vertrags, LeipzZ. **13** 645—650. — Derselbe, Nochmals der 1500-M.-Vertrag, JW. **13** 1166—1169. — Derselbe, Die rechtlichen und sozialen Probleme des 1500-M.-Vertrags, GruchotsBeitr. **58** 1—59. — Harnier, Nochmals Gehaltsverträge zur Benachteiligung der Gläubiger, JW. **13** 295—297. — Herzfeld, Zuwendung von Forderungen an Dritte durch Versprechensanweisung und deren Anfechtbarkeit, JW. **13** 562—566. — Kiefer, Gehaltsverfügungen zum Nachteile der Gläubiger. Leipzig 1913. — Kohler, Der 1500-M.-Vertrag, Leipz. **13** 641—645. — Lesser, Zu demf. Thema, JW. **13** 297—299. — Riedinger, Die Ehefrau als Geschäftsinhaber und Gehaltsempfänger, JW. **13** 1161—1166. — Stolzenthaler, Die Rechtswirksamkeit der Zuwendung von Gehaltsteilen an Familienangehörige des Angestellten zum Nachteile von Gläubigern, LeipzZ. **13** 650—660. — Striemer, Unsittliche Gehaltsverträge, JW. **13** 182—188.

I. Abs. 1 Ziff 1 (zum LohnBG. vom 21. Juni 1869).

1. **§ 1.** **a)** SeuffA. **68** 378 (München). Da das LohnBG. nirgends verlangt, daß die Vergütung für gegenwärtige Dienste gewährt wird und das Ruhegehalt des Privatbeamten gegebenenfalls ein Teil der ihm bei Eingehung seines Dienstverhältnisses für seine Dienstleistungen zugesicherte Vergütung darstellt, so ist auch dieses Ruhegehalt bis 1500 M. unpfändbar. Vgl. Petersen, Anm. 5 c zu § 850, Hein, ZwV. 319, Falkmann, ZwV. [2] 769; aM. Meyer, Beschl. [4] 40, 48, 61, ders. JW. **08** 25, Conrad, Pfändungsbeschränkungen 375, Gaupp-Stein, Anm. 2 a zu § 850, Staub, HGB. § 59 Anm. 47, OLG. **20** 360 [München]). **b)** FrankfRundsch. **47** 245 (Frankfurt). Das LohnBG. findet auch Anwendung in Fällen, in denen der Schuldner in stetigen Beziehungen zu einem bestimmten Kreise von mehreren Arbeitgebern steht (z. B. als sogen. Stunden- oder Monatsfrau), sofern nur die als Einheit zusammengefaßte Tätigkeit bei diesen die Erwerbstätigkeit des betr. Arbeiters vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. (Vgl. Bezold, LohnBG. 117, Kleinadam, DJZ. **07** 700; aM. Meyer, Beschlagnahme [4] 29). **c)** SächsOLG. **34** 333, OLG. **27** 134 (Dresden). Der Schutz des § 1 LohnBG. steht dem Vergütungsberechtigten auch dann zur Seite, wenn er seine Arbeitskraft nicht voll ausnutzt, sofern nur die auf Grund des Dienstverhältnisses entwickelte Tätigkeit den größten Teil derjenigen Zeit in Anspruch nimmt, die er überhaupt für seine Erwerbstätigkeit anwendet. (Ebenso Gaupp-Stein [8/9] II 1 b zu § 850; Meyer, Lohnbeschl. [4] 35, Pick, GrünhutsZ. **28** 44, 45; aM. ROHG. **24** 363, DJZ. **9** 200, Dernburg, Pr. PrivatR. [5] 2 §109, Petersen-Anger [5] II 5 a zu § 850, welche Erwerbstätigkeit im Sinne des § 1 LohnBG. für gleichbedeutend mit Erwerbsfähigkeit halten). **d)** SeuffA. **68** 254 (Frankfurt). Zieht ein pensionierter Beamter neben der Pension aus einer Erwerbstätigkeit Einkommen, so läßt sich (gegen OLG. **19** 34 [KG.] s. auch unten zu f, g) nicht grundsätzlich diese Tätigkeit nur als Nebenerwerb ansehen. Es ist vielmehr ohne Rücksicht auf den Bezug des Ruhegehalts nach den tatsächlichen Umständen zu entscheiden, ob die Beschäftigung die Erwerbstätigkeit des Schuldners vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. (Ebenso JDR. **10** I a, **11** I 1 g.) Die Zusammenrechnung einer nach § 850 Nr. 8 ZPO. und einer nach §§ 1, 4 Nr. 4 LohnBG. bevorzugten Forderung ist nicht zulässig. — **e)** Ebenso Stepp, BayRpflZ. **13** 225: Nicht die Einnahme, sondern die Erwerbstätigkeit bildet den Maßstab. **f)** AM. Reichau,

DJZ. **13** 1317: Der Lohn aus einem anderweitigen Dienstverhältnis ist als Nebeneinnahme anzusehen, mithin voll pfändbar, wenn die Pension nicht bloß einen Unterhaltsbeitrag, sondern ein ausreichendes Einkommen bildet. g) SeuffBl. **13** 94, R. **13** Nr. 1027 (Nürnberg). Das LohnBG. findet keine Anwendung auf die Vergütung, die ein pensionierter Beamter für eine Erwerbstätigkeit im Privatdienste bezieht, da es nach seiner Entstehungsgeschichte nur Personen schützen will, die ausschließlich durch Arbeiten oder Dienste aus einem privaten Dienstverhältnisse ihren Unterhalt erwerben. S. auch JDR. **8** 1 b, **10** I 1 a, **11** II 1 f, g.

2. **§ 2.** **RG.** WarnE. **13** 401. Der § 2 Abs. 2 LohnBG. steht dem § 117 Abs. 2 der GewO., der die Verfügung auch über künftigen Lohn zugunsten von Wohlfahrtseinrichtungen zur Verbesserung der Lage der Arbeiter oder ihrer Familie zuläßt, nicht entgegen, wie die Entstehungsgeschichte der Novelle zur GewO. vom 1. Juni 1891 ergibt.

3. **§ 3.** a) GewuKfmG. **18** 540 (LG. I Berlin). Soweit Spesen eines Reisenden zur Deckung seiner tatsächlichen Unkosten dienen, sind sie nicht als Vergütung im Sinne des LohnBG. anzusehen. Insoweit unterliegen sie den allgemeinen Vorschriften der ZPO. Danach mag ein Anspruch auf Ersatz bereits gemachter Aufwendungen pfändbar sein. Soweit es sich dagegen um Ersatz für erst künftig anzutretende Reisen handelt, ist die Pfändung unzulässig, weil die Spesen durch Zahlung an den Pfändungsgläubiger ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung entzogen werden würden. **b)** MecklZ. **32** 88 (Rostock). Ist die Vergütung mit dem Ersatze von Auslagen in ungetrennter Summe berechnet, so gilt als Vergütung im Sinne des LohnBG. nur der Betrag, der nach Abzug der Auslagen übrig bleibt. Der auf die Auslagen entfallende Teil wird vom LohnBG. nicht betroffen und ist deshalb pfändbar. Bei einem Oberschweizer, der vertragsmäßig Unterschweizer (Kuhwärter) zu halten und zu besolden hat, ist also der auf die letzteren entfallende Teil der Vergütung des Oberschweizers pfändbar. Dieser ist nach Lage des Falles nicht etwa nur Zahlungsempfänger.

4. **§ 4** Nr. 3. RheinA. **110** I 320 (Köln). Das Vorrecht der Unterhaltsbeiträge aus § 4 Nr. 3 LohnBG. erstreckt sich zwar auf die gemäß § 788 ZPO. gleichzeitig beizutreibenden Kosten der Zwangsvollstreckung, nicht aber auf die des Rechtsstreits. (Ebenso RheinA. **104** 25 [Düsseldorf], BadRpr. **13** 169 [LG. Karlsruhe für § 4 a LohnBG. § 850 Abs. 4]). — S. auch unten zu § 4 a.

5. Nr. 4. A. Der sog. 1500 M.-Vertrag — s. o. Nr. 12 zu § 138 BGB. — a) **RG.** LeipzZ. **13** 79, JW. **13** 198, RheinA. **110** II 364 (unter Aufhebung von RheinA. **110** I 186 [Cöln]). In Übereinstimmung mit dem VII. Zivils. (LeipzZ. **12** 560, 686) verneint der III. Zivils. die Frage, ob der 1500 M.-Vertrag dem Geschäftsherrn gegenüber als Scheinvertrag oder als wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig anzusehen ist, in einem Falle, wo von vornherein Anspruch auf den Überschuß der Frau eingeräumt ist. Im Anschluß an **RG. 69** 59 wird ausgeführt, daß eine solche Vereinbarung jedenfalls dann nicht gegen die guten Sitten verstößt, wenn der Gesamtbetrag der gewährten Vergütungen nicht das Maß dessen übersteigt, was zum Unterhalte des Dienstverpflichteten und seiner Familie bei einer bescheidenen, dem Stande des Dienstverpflichteten entsprechenden Lebensführung erforderlich ist (vgl. **RG.** JW. **12** 689). — Diese Lösung wird **b)** von Becker, LeipzZ. **13** 645 als unbefriedigend und für die Praxis schwierig bezeichnet, während **c)** Stolzenthaler, LeipzZ. **13** 650 dem RG. beitritt. **d)** *Striemer, JW. **13** 182. § 850 Nr. 1 ZPO. schließt kein Verbotsgesetz in sich, durch das der Angestellte gehindert würde, mit seinem Dienstherrn zu vereinbaren, daß an ihn selbst 1500 M. Gehalt, ein Mehr an seine Frau zu zahlen sei. Vgl. oben Nr. 18 a zu § 826 BGB. **e)** Kohler, LeipzZ. **13** 641, billigt grundsätzlich den Standpunkt des RG., daß der Gläubiger kein Recht darauf habe,

daß der Schuldner arbeite, insbesondere für ihn arbeite, erachtet aber bei Zuwendung des pfändbaren Überschusses an Familienangehörige Schein für vorliegend. **f)** Herzfeld bekämpft die Rechtsprechung des RG. über den 1500 M.-Vertrag unter Heranziehung des römischen Rechtes als theoretisch verfehlt. **g)** Kiefer erachtet die Zuwendung künftigen Lohnes aus einem bestehenden Dienstverhältnisse für nach AnfG. anfechtbar. **h)** Becker, JW. **13** 1166 und GruchotsBeitr. **58** 1, 16 verteidigt gegenüber Lesser, JW. **13** 297, seine Meinung (s. JDR. **11** i, m), daß bei Berechnung der dem Schuldner „gebührenden" Vergütung (§ 3 LohnBG.) der auf die Frau entfallende Gehaltsteil mitzurechnen sei; ferner, daß das Versprechen des Prinzipals, den Überbetrag an die Frau zu zahlen, nur die Bedeutung einer Anerkennung der schon durch stillschweigende Zession seitens des Mannes oder durch Vertrag zugunsten eines Dritten begründeten Verpflichtung enthält, daß der Ehefrau gegenüber deshalb Anfechtung nach AnfG. zulässig ist. **i)** *Lesser. Nur ein dem Schuldner als „Berechtigten" gebührender Vermögensvorteil kommt in Betracht, nicht auch der einem Dritten gebührende, mag der Dritte ihn auch zum Nutzen des Schuldners verwenden und verwenden müssen und als Vergütung für die Arbeit des Schuldners empfangen. Daher kann (entgegen Becker) beim sog. 1500 M.-Vertrage der der Ehefrau gebührende Betrag bei Berechnung des pfändbaren Einkommens des Schuldners nicht dem Einkommen des letzteren zugerechnet werden. **k)** Riedinger, JW. **13** 1165, wendet die Grundsätze der Treuhand auf den 1500 M.-Vertrag an. S. zu § 771 Nr. 5 c. **l)** OLG. **26** 402 (Düsseldorf) erachtet einen Vertrag, durch den nach Pfändung und Kündigung der Mann mit dem Prinzipal einen neuen Vertrag geschlossen hat, durch den der 1500 M. übersteigende Betrag der Frau versprochen wird, als Scheingeschäft für nichtig, den dadurch verdeckten Vertrag, wonach dem Manne die volle Vergütung zustehen soll, aber für gültig (§ 117 Abs. 2 BGB.). **m)** RheinA. **110** I 186 (Cöln) erachtet in einem Falle, wo von vornherein der Überschuß der Frau eingeräumt ist, einen 1500 M.-Vertrag für ein nichtiges Scheingeschäft, auch § 826 BGB., für anwendbar. **n)** RheinA. **110** I 226 (Düsseldorf) hält ein Scheingeschäft für vorliegend, da die Ehefrau im gegebenen Falle von der ganzen Verhandlung nichts gewußt, auch nie daran gedacht habe, sich vom Prinzipal etwas versprechen zu lassen und demnächst lediglich auf Bitten des Mannes den ihr vorgelegten Vertrag unterschrieben hat. **o)** Die GewuKfmG. **19** 52 ff. mitgeteilten Verhandlungen des Verbandstags des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte enthalten eingehende Erörterungen über die Rechtsprechung bez. des 1500 M.-Vertrags. **p)** Harnier, JW. **13** 295, weist auf die Unsicherheit hin, die die vom RG. gewollte Beurteilung des Einzelfalls (Abwägung des Verhältnisses der der Frau zugewendeten Vergütung zu dem dem Manne verbliebenen Teile, des Betrags der Schulden und der Familienverhältnisse) mit sich bringt und befürwortet eine Gesetzesänderung in der Richtung, daß die für Beamte geltenden Grundsätze auch auf Privatangestellte Anwendung finden. **q)** Herzfeld, GewuKfmG. **18** 411, behandelt die Reform des LohnBG. und den 1500 M.-Vertrag. Letzteren erachtet er, wenn nicht für unsittlich, so doch für anfechtbar. **r)** Lederer, GewuKfmG. **18** 418, erachtet trotz der den Angestellten günstigen Rechtsprechung des RG. über den 1500 M.-Vertrag eine anderweitige Feststellung der Pfändbarkeitsgrenze dahin für wünschenswert, daß der das Minimum übersteigende Betrag nur teilweise dem Zugriffe der Gläubiger zugänglich ist **s)** Heider, aaO. 430, empfiehlt eine Abstufung nach der Zahl der vom Schuldner zu unterhaltenden Angehörigen. S. a. JDR. **9** I 2 Ziff. 4c, **10** I 3a, **11** I 4a—q und zu § 138 u. § 826 BGB.

B. Sonstiges. **a)** SeuffA. **68** 43 (Dresden). Die Pfändung des 1500 M. für das Jahr übersteigenden Lohnes wirkt in der Weise, daß sie für jede Lohnperiode den Betrag erfaßt, um den der Lohn den der Periode entsprechenden Teil von

1500 M. übersteigt, also z. B. bei wöchentlicher Lohnzahlung 28,85 M. Bei schwankenden Bezügen ist der Jahresbetrag schätzungsweise zu ermitteln. **b)** OLG. **27** 133, R. **13** Nr. 1792 (Hamburg). Dem Pfändungsantrag ist nur stattzugeben, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, daß der Lohn mehr als 1500 M. jährlich beträgt. Dazu genügt nicht die Glaubhaftmachung, daß der Schuldner für eine oder mehrere Lohnperioden (Monate, Wochen, Tage) mehr empfangen hat, als bei 1500 M. Jahresverdienst auf die Lohnperiode entfallen würde. Es bedarf vielmehr der Darlegung der Kontinuität des höheren Lohnbezugs durch ein Jahr. Der Drittschuldner hat erst dann etwas an den Gläubiger zu zahlen, wenn innerhalb des Zeitraums von einem Jahre seit Zustellung des Pfändungsbeschlusses insgesamt 1500 M. vom Schuldner verdient sind. ➠ Diese Entscheidung entspricht dem Verkehrsbedürfnisse wenig. Red. ⟵ **c)** JW. **13** 1006 (Hamm). Wenn auch an sich die Festsetzung eines pfandfreien Betrags von 1500 M. Lohn für das Jahr nur einen Maßstab dafür enthält, nach welchem sich der pfandfrei zu lassende Betrag für die Zeiteinheit berechnet, so steht doch der ständigen Praxis des LG. Essen, welches unter Annahme von 300 Arbeitstagen bei Bergleuten die Pfändung des 5 M. täglich übersteigenden Betrags zuläßt, entgegen, daß schon bei Ausfall eines Arbeitstags nicht mehr eine Jahreseinnahme von 1500 M. freibleibt. Es muß vielmehr als geringste Zeiteinheit die Lohnperiode, d. i. der Monat gelten. **d)** Ebenso dasselbe Gericht, ZBlVormWes. **5** 169, auch bezüglich der Pfändung zugunsten eines unehelichen Kindes (§ 4 a). **e)** Dagegen dort Reining Dem böswilligen Vater wird durch diese Gesetzesauslegung ermöglicht, die Pfändung durch Einschränkung seiner Arbeit zu vereiteln. Dagegen kann bei der vom OLG. mißbilligten Meinung der Schuldner bei unverschuldeter Arbeitslosigkeit den Weg des § 766 beschreiten. S. auch JDR. **8** I 2 Ziff. 4a, b **9** I 2 Ziff. 4a, **10** I 3d, e, **11** I 4r. **f)** Sandfried, BadRpr. **13** 132. Die Streitfrage, ob bei Pfändung des 1500 M. übersteigenden Lohnes Kranken-, Invaliden- und Angestelltenversicherungsbeiträge, soweit sie der Angestellte zu zahlen hat, von dem tatsächlich noch diesem zu belassenen Betrage von monatlich 125 M. in Abzug zu bringen (so OLG. **22** 383 [Breslau]), oder ob diese 125 M. voll auszuzahlen sind und der pfändende Gläubiger nur noch das vom Gehalte beanspruchen kann, was zuzüglich der vom Arbeitgeber verauslagten Versicherungsbeiträge noch übrig bleibt (so OLG. **23** 218 [Celle]), wird in letzterem Sinne beantwortet, bei der Zweifelhaftigkeit dem Arbeitgeber aber Hinterlegung empfohlen. S. auch JDR. **10** I 3 b, c.

6. **§ 4 a. a)** BadRpr. **14** 14 (Karlsruhe). Aus dem Worte „Beitreibung" im § 4 a LohnBG. ist nicht zu folgern, daß sich, abweichend vom § 850 Abs. 4, das Pfändungsprivileg des unehelichen Kindes auch auf die Prozeßkosten bezieht. — S. oben zu § 4 Nr. 3 und JDR. **1** X 2, **3** VII a, **9** IX 6, c. **b)** v. Hindenburg, RuW. **2** 188, weist auf die Unzuträglichkeiten hin, die häufig entstehen, wenn der uneheliche Vater, gegen den auf Grund des § 4 a gepfändet wird, absichtlich nicht mehr verdient, als er für sich und seine Familie braucht. Um einen Anreiz zum Mehrverdienste zu schaffen, schlägt er vor — nach Verständigung mit dem Gläubiger —, den Pfändungsbeschluß etwa dahin zu fassen: gepfändet wird der wöchentlich 17 M. übersteigende Lohn, jedoch bleibt der wöchentlich 21 M. übersteigende Betrag wiederum pfandfrei. **c)** MecklZ. **32** 87 (Rostock) billigt, daß bei Bemessung des notdürftigen Unterhalts nicht in eine Prüfung der einzelnen Ausgabeposten eingetreten, sondern der nach der Lebenserfahrung festgestellte durchschnittliche Wirtschaftsbedarf einer dem Stande des Schuldners angehörigen Familie zugrunde gelegt ist. Außergewöhnliche Aufwendungen (z. B. wegen dauernder Krankheit der Frau) sind daneben zu berücksichtigen. — Lohnperiode als geringste Zeiteinheit, für die der pfändbare Teil des Lohnes bestimmt werden darf, s. zu § 4 Nr. 4 B.

II. Ziff. 2. a) OLG. **27** 136 (Naumburg). Auszugsleistungen sind an sich weder nach Nr. 2 noch nach Nr. 3 des § 850 unpfändbar, denn sie stellen die Gegenleistung gegen die Überlassung des Gutes dar. **b)** SächsOLG. **34** 337 (Dresden). Der Anspruch der Mutter des unehelichen Kindes auf die Wochenbettkosten (§ 1715 BGB.) ist kein Alimentenanspruch im Sinne des § 850 Abs. 1 Nr. 2.

III. Ziff. 3. **a)** R. **13** Nr. 2157 (Braunschweig). Bei der Frage der Bedürftigkeit einer Ehefrau ist die Unterhaltspflicht des Mannes in Betracht zu ziehen. **b)** Dagegen R. **13** Nr. 2461 (Düsseldorf). Die Unterhaltspflicht eines Sohnes des Schuldners hat außer Betracht zu bleiben, wenn der Schuldner im Falle seiner Bedürftigkeit einen Anspruch auf die Einkünfte aus der Stiftung hat; denn die Unterhaltspflicht wird erst dann von Bedeutung, wenn das Einkommen des Schuldners einschließlich der Einkünfte aus der Stiftung nicht ausreicht. — Fortlaufende Einkünfte liegen auch dann vor, wenn alljährlich die Bedürftigkeit von neuem geprüft wird.

IV. Ziff. 8. Korzendorfer, BayRpflZ. **13** 192. Solange das Beamtengehalt 1500 M. nicht übersteigt, ist es — abgesehen von den Ausnahmefällen des Abs. 4 — nicht pfändbar, auch nicht im Hinblick auf die Möglichkeit künftiger Steigerung (vgl. § 833). — Wegen Pfändbarkeit in Preußen s. auch zu § 851 Nr. 9.

§ 851. 1. **a)** **RG.** SeuffA. **68** 87 = GruchotsBeitr. **56** 923 s. JDR. **11** Nr. 2. Pfändbarkeit des Anspruchs auf Schuldbefreiung zugunsten des Schuldgläubigers. **b)** SchlHolstAnz. **13** 329 (Kiel). Der Anspruch des Pächters aus dem Pachtvertrag ist nicht übertragbar, deshalb der Pfändung nicht unterworfen.

2. OLG. **26** 411, ElsLothJZ. **13** 382, R. **13** Nr. 556 (Colmar). Auch der Anspruch aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft kann wegen seiner akzessorischen Natur nur zusammen mit der Hauptforderung gepfändet werden. Gegen seine selbständige Pfändung hat der Vollstreckungsschuldner eine Erinnerung aus § 766 (**RG. 40** 365), ein Dritter, der die gepfändete Forderung für sich in Anspruch nimmt, auch Widerspruchsklage aus § 771 (**RG. 31** 382).

3. Mahlert, JW. **13** 1023, erörtert die verschiedenen Ansichten über die Pfändbarkeit der Baugeldforderung und gelangt zu folgendem Ergebnisse: Der Baugelddarlehnsvertrag ist kein Darlehnsvorvertrag, sondern ein konsensualer Darlehnsvertrag, d. h. ein gegenseitiger Vertrag, gerichtet auf Leistung und Gegenleistung. Aus dieser Natur des Baugeldvertrags ergibt sich die grundsätzliche Zulässigkeit der Pfändung des Anspruchs auf Baugeld; der Baugeldgeber ist indessen nicht zur Zahlung gehalten, sobald diese nicht im Einklange mit den Vertragsbedingungen steht und der Baugeldgeber deshalb eine Schmälerung seiner Rechte gewärtigen muß. S. auch JDR. **1** 2, **4** 1, **5** 1, 2, **6** 3, **8** 1, **9** 1, **10** 3, **11** 3.

4. OLG. **27** 137 (Hamburg). Der Anspruch einer GmbH. auf Einzahlung der noch ausstehenden Stammeinlagen ist, ohne daß es eines Gesellschaftsbeschlusses bedarf, pfändbar (ebenso Liebmann, Neukamp; aM. Staub-Hachenburg, Crüger). Durch den von der RTKomm. eingefügten § 46 Nr. 2 sollte die Einberufung der Stammeinlagen nur der Bestimmung des Geschäftsführers entzogen, nicht aber entgegen der Tendenz des Gesetzes den Gläubigern der Zugriff auf die Stammeinlage erschwert werden. Durch das Verbot der einseitigen Aufrechnung gegenüber der Forderung der Gesellschaft auf Einzahlung der Stammeinlage (§ 19 Abs. 2 GmbHG.) wird auch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts gegenüber einer solchen Forderung ausgeschlossen. S auch JDR. **10** 4 a, **11** 4 a.

5. **a)** **RG.** JW. **13** 497, DJZ. **13** 641, R. **13** Nr. 992. Der Anspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer aus der Haftpflichtversicherung ist ein Befreiungsanspruch. Er konnte sich — wie jetzt nach § 156 VVG. — auch nach früherem Rechte in einen Zahlungsanspruch umwandeln. Seine Pfändung durch

den Verletzten ist daher zulässig. b) Blumhardt, LeipzZ. **13** 907. Wenn bei Haftpflichtversicherung der Versicherer auf Grund des Verlangens des Versicherungsnehmers verpflichtet ist, unmittelbar an den Geschädigten zu zahlen (§ 156 VVG.), steht diesem kein Recht auf Zahlung der Entschädigung gegen den Versicherer zu. Die Pfändung eines solchen vermeintlichen Rechtes des Geschädigten ist also für den Versicherer wirkungslos. — Auch wenn ein Gläubiger des Geschädigten dessen Ersatzanspruch gegen den Versicherungsnehmer gepfändet hat, berührt dies den Versicherer nicht. Dieser ist nach wie vor aus § 156 aaO. berechtigt, an den Geschädigten zu leisten, ja er darf ohne Ermächtigung des Versicherungsnehmers überhaupt nicht an den Pfändungspfandgläubiger zahlen, da sonst der wirtschaftliche Zweck der Versicherung, den Geschädigten zum Ersatze seines Schadens zu verhelfen, vereitelt werden würde, und der Versicherer auf Grund des Vertrags nur entweder an den Versicherungsnehmer oder an den Geschädigten, niemals aber an einen Dritten leisten darf. Die Pfändung berührt auch das Recht des Versicherungsnehmers, vom Versicherer Zahlung an den Geschädigten zu verlangen, nicht. Der Haftpflichtige läuft, wenn auf Grund dieses Verlangens der Versicherer an den Geschädigten zahlt, keine Gefahr, nochmals an den Pfändungsgläubiger zahlen zu müssen. Denn durch die Zahlung ist die Forderung des Geschädigten endgültig getilgt. — Endlich bleibt, auch wenn ein Gläubiger des Versicherungsnehmers den Anspruch gegen den Versicherer pfändet, sowohl das Recht des Versicherers, an den Geschädigten zu zahlen, wie das Recht des Versicherungsnehmers, vom Versicherer Zahlung an den Geschädigten zu verlangen, unberührt. Durch Ausübung dieses Rechtes kann die Vollstreckung vereitelt werden. c) Schmidtmüller, LeipzZ. **13** 930. Der Anspruch aus der Haftpflichtversicherung ist als Befreiungsanspruch grundsätzlich unübertragbar und unpfändbar (**RG. 70** 257).

6. BayRpflZ. **13** 426 (München) Der Hagelentschädigungsanspruch ist nach Art. 10 BayHagelversG. vom 13. Februar 1884 i. d. Fassung vom 23. April 1910 (GVBl. 180) nicht übertragbar, deshalb auch nicht pfändbar.

7. DJZ. **13** 798 (Cöln). Zuwendungen aus dem Kaiserlichen Dispositionsfonds unterliegen nicht der ZwV. im Wege der Forderungspfändung, weil auch bei fortlaufender Gewährung jede einzelne Zuwendung ein Akt freier Liberalität ist und kein klagbarer Anspruch auf die Zuwendungen besteht. — Zustimmend Laband aaO. 799.

8. R. **13** 809 (KG.). Das durch Zuteilung einer Nummer gekennzeichnete Recht zur Ausübung des Droschkenfuhrgewerbes ist als dem öffentlichen Rechte angehörig nicht pfändbar.

9. a) Drabert, R. **13** 598, folgert aus der vom **RG.** JW. **11** 782 auf Grund des Anh. § 163 zu § 108 I 24 PrAGO. entnommenen Nichtabtretbarkeit des Gehaltsanspruchs preußischer Beamter nach § 851 ZPO. dessen Unpfändbarkeit. b) Dagegen führt Themal, JW. **13** 1141 aus, daß § 851 die Unpfändbarkeit nicht abtretbarer Ansprüche nur festsetze, soweit nichts besonderes vorgeschrieben sei, daß demnach auch für preußische Beamte allein § 850 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 Platz greife. c) Hirsch, DJZ. **13** 461 und R. **13** 668. Wenn auch nach § 163 Anh. zu § 108 I 24 PrAGO. das Gehalt preußischer Beamter nicht übertragbar ist, so enthielt doch § 160 Anh. daneben eine besondere Bestimmung für die Pfändbarkeit. Diese Bestimmung ist durch § 850 ZPO. ersetzt. Da somit etwas besonderes bestimmt ist, steht § 851 der Pfändbarkeit nicht entgegen. — So auch Stein [10], Anm. 3 zu § 851 ZPO.

10. Müller, DJZ. **13** 1438. Der Anspruch der Ehefrau gegen den Mann auf Leistung eines Prozeßkostenvorschusses ist trotz seiner höchstpersönlichen Natur nach § 851 Abs. 2 pfändbar, da er auf Geldzahlung geht. Nur für eine Forderung des Mannes ist mit Rücksicht auf den Zweck des Anspruchs die Pfändbarkeit zu verneinen.

§ 853. 1. **RG.** JW. **13** 885, LeipzZ. **13** 615, R. **13** Nr. 2915. Solange der Drittschuldner weder hinterlegt hat, noch von einem der mehreren Pfändungs- und Überweisungsgläubiger zur Hinterlegung aufgefordert worden ist, kann jedenfalls der bestberechtigte Gläubiger ganz ebenso auf Zahlung an ihn selbst klagen, wie wenn eine weitere Pfändung nicht bestände (vgl. § 1290 BGB.). Nur kann sich der Drittschuldner auf seine Hinterlegungsbefugnis berufen und dann nur nach seiner Wahl zur Zahlung oder zur Hinterlegung verurteilt werden. Grundsätzlich kann auch der nachberechtigte Pfändungsgläubiger in gleicher Weise klagen. Ihm gegenüber kann sich jedoch der Drittschuldner auf das Vorhandensein besserberechtigter Pfandgläubiger berufen, weil er nur an den bestberechtigten mit befreiender Wirkung zahlen kann.

2. OLG. **26** 407 (München). Hat der Drittschuldner wegen Zusammentreffens mehrerer Pfändungen und mehrerer Abtretungen nach § 372 BGB. und nach § 853 ZPO. hinterlegt, so ist zur Ausscheidung der nicht zum Zuge kommenoen Pfändungspfandgläubiger und zur Vereinfachung der Klagen ein Verteilungsverfahren nach § 872 ZPO. zulässig. Den Zessionaren darf aber kein Rechtsnachteil für den Fall der Nichterhebung der Widerspruchsklage (§ 771) angedroht werden.

3. Graff, R. **13** 369, erörtert die Streitfrage — s. JDR. **10** Nr. 2 —, wie zu verfahren ist, wenn die mehreren Pfändungsbeschlüsse nicht von Amtsgerichten, sondern (in Arrestsachen) von Kollegialgerichten erlassen sind, und gelangt zu dem Ergebnisse, daß das nach § 828 zuständige Vollstreckungsgericht für die Empfangnahme der Anzeige zuständig sei, da dessen Zuständigkeit allgemein gelte, soweit nicht Sondervorschriften (wie § 853) etwas anderes bestimmen.

§ 857. Literatur: Fromherz, Vollstreckungsarten bei Leihmöbeln, JW. **13** 574—579. — Kuhnt, Die Vollstreckung in die Rechte des Abzahlungskäufers und des Möbelleihers. Berlin 1913. — v. Ziegler, Die Pfändung der Eigentümergrundschuld, insbes. im ZwVerstVerfahren; die Pfändung des nichtvalutierten Teiles einer Grundschuld, Mitt. f. AGAnw. **13** 51—53, 66—68.

I. Schlegelberger, SeuffBl. **13** 104. Das Nacherbrecht ist ein Erbrecht, besitzt aber nicht sachenrechtliche Natur. Zur Begründung eines Pfändungspfandrechts an ihm ist die Pfändung des Nacherbrechts als solchen, nicht die der sich aus §§ 2113 ff. BGB. ergebenden Einzelansprüche erforderlich (wenn auch unter Umständen aus der Pfändung eines Einzelanspruchs die des ganzen Rechtes als gewollt zu entnehmen ist). Das Nacherbrecht richtet sich nicht gegen den Vorerben. Ist nur ein Nacherbe eingesetzt, so ist ein Drittschuldner nicht vorhanden. Bei mehreren Nacherben sind Drittschuldner die anderen Nacherben. Die Eintragung der Pfändung bei Nachlaßgrundstücken ist zulässig und geboten, um die zugunsten des Pfändungsgläubigers begründete Verfügungsbeschränkung auch des Vorerben Dritten gegenüber erkennbar zu machen (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB.). S. auch JDR. **11** I 7.

II. Pfändung eigener Sachen, von Leihmöbeln und des Anspruchs aus dem Möbelleihvertrage. a) **RG.** SeuffA. **68** 424 = **RG. 79** 241 s. JDR. **11** II a: Zulässigkeit der Pfändung eigener Sachen. b) *Fromherz. Im Anschluß an die neuere Literatur wird die schrittweise Entwicklung der versuchten und vorgeschlagenen Vollstreckungswege erörtert: Die Sachpfändung trotz Eigentums des Dritten, die Pfändung der „Anwartschaft" auf das Eigentum als solcher in Verbindung mit der Versteigerung dieser „Anwartschaft" als solcher und der Herausgabeanordnung des Vollstreckungsgerichts. Schließlich wird gezeigt, daß nur die Pfändung der Ansprüche des Schuldners aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnisse (Kaufvertrag mit Eigentumsvorbehalt) verbunden mit der Herausgabeanordnung des Vollstreckungsgerichts und mit dem Ziele der Vollstreckung in die Sache zu praktisch allseits befriedigenden Ergebnissen führt. Die

Anordnung des Vollstreckungsgerichts hätte etwa dahin zu lauten, „daß der Schuldner die Pfändung der Sache durch den von dem Gläubiger unter Aushändigung des Betrags mit der Zahlung des Kaufpreisrestes an den Verkäufer unwiderruflich beauftragten Gerichtsvollzieher zu dulden habe". Wie der betreibende Gläubiger derart das Zuvorkommen eines Gläubigers, der die Sache ohne den Anspruch pfänden ließ, des Vermieters oder eines Hypothekengläubigers, der die Sache als Zubehör in Anspruch nehmen will, zu vermeiden in der Lage ist, wird im einzelnen gezeigt. Die Anwendbarkeit der Kompetenzvorschriften in §§ 811, 812 wird bejaht; an der Haftung des erworbenen Sachpfandes auch für die Aufwendung der Restzahlung, wozu sich auch neuerdings Kaufmann bekannt hat, wird festgehalten. **c)** Förder, JW. **13** 702, meint, daß bei dem Schweigen der PrGeschAnw. der Gerichtsvollzieher sich regelmäßig weigern werde, den vom Gläubiger zur Befriedigung des Abzahlungsverkäufers aufgewendeten Betrag als Kosten der ZwV. zu behandeln. ➠ Fromherz. Dann muß der Gerichtsvollzieher gemäß § 766 ZPO. durch das Vollstreckungsgericht belehrt werden. ⟵ **d)** *Kuhnt, Vollstreckung in die Rechte des Abzahlungskäufers und des Möbelleihers 11 ff. Der Restkaufpreis und die Restkaufsumme, die der Gläubiger des Abzahlungskäufers oder des Möbelleihers an den Abzahlungsverkäufer oder Möbelverleiher zum Zwecke der Zwangsvollstreckung zahlt, gehört nicht zu den Kosten der Vollstreckung. AM. Flechtheim, BuschsZ. **28** 282, RheinA. **104** 28; Fromherz, BuschsZ. **38** 58. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Abzahlungskäufer oder Möbelleiher lediglich einen Anspruch auf Übereignung (nicht bedingtes Eigentum) hat, und der Anspruch (nicht die Sache) verwertet wird (65). **e)** Auf die praktisch wenig befriedigenden Ergebnisse Kuhnts weist Walsmann, GrünhutsZ. **73** 565 hin. **f)** Blach, JW. **13** 80, weist auf die Hindernisse hin, die bei Pfändung des Anspruchs des Leihers auf Eigentumsverschaffung und Bezahlung des Restkaufpreises seitens des Pfändungsgläubigers durch das Widerspruchsrecht der Hypothekengläubiger (§ 865) und das Vorrecht des Vermieters (§ 805) entstehen können. Er empfiehlt, zunächst den Anspruch gegen den Lieferanten zu pfänden und sich überweisen zu lassen, sodann die Sache selbst zu pfänden und auf die Pfandkammer bringen zu lassen — wozu § 808 Abs. 2 den Weg öffnet — und erst dann den Restkaufpreis zu bezahlen. Halte man **RG. 60** 70 für bedenklich, so sei die Pfändung nach Zahlung des Restkaufpreises zu wiederholen. Dagegen: Kuhnt zu § 808 Nr. 3. S. auch JDR. **3** III 5, **4** II 3, **5** II 3, **6** II 3, **7** II, **8** II, **9** I, **10** II.

III. Pfändung der Eigentümerhypothek, der nichtvalutierten Grundschuld und des Anspruchs auf den Versteigerungserlös. **a)** SächsOLG. **34** 340, SeuffA. **68** 341 (Dresden). Da die Pfändung einer aus dem Nichtentstehen der Forderung entstandenen Eigentümerbuchgrundschuld nach §§ 857 Abs. 6, 830 Abs. 1 durch den Pfändungsbeschluß und die Eintragung erfolgt, so entsteht das Pfandrecht erst mit der Eintragung. Bei Pfändung durch mehrere Gläubiger hat derjenige den Vorrang, der zuerst die Eintragung erlangt, auch wenn der von ihm erwirkte Pfändungsbeschluß später zugestellt ist als der der anderen Gläubiger. Aus § 830 Abs. 2 ist nichts Abweichendes zu entnehmen. Durch Pfändung des Berichtigungsanspruchs des Grundstückseigentümers gegen den noch buchmäßig berechtigten Hypothekengläubiger und Eintragung eines Widerspruchs wird die Eintragung der Pfändung der Eigentümerbuchgrundschuld nicht ersetzt und ein Rang gegenüber späteren wirksamen Pfändungen nicht gewahrt. **b)** FrankfRundsch. **47** 125 (KG.) hält an der ständigen Praxis fest, daß es zur Eintragung der Pfändung einer Eigentümergrundschuld eines der Form des § 29 genügenden Nachweises ihrer Entstehung bedarf (KGJ. **22** A 171, **24** A 186, **28** A 133, **41** 244). Dieser Nachweis wird durch eine Quittung, welche die Person des Zahlenden nicht erkennen läßt, nicht geführt (KGJ. **26** A 149).

c) Paeffgen, ZBlFG. **14** 298. Steht die Nichtvalutierung einer Grundschuld vor dem Zuschlage fest, und hat der Eigentümer noch keine erfolgreichen Schritte getan, um sich eine Eigentümergrundschuld zu verschaffen (§§ 1169, 1168 Abs. 2, § 812 BGB.), so kann nur der Anspruch des Eigentümers auf Verschaffung einer solchen gepfändet werden. Steht die Nichtvalutierung erst nach dem Zuschlage fest, so ist nicht das Recht des Eigentümers am Erlöse, sondern der auf Herausgabe dieses Rechtes gegen den Grundschuldgläubiger gerichtete Anspruch zu pfänden. **d)** v. Ziegler, Mitt. f. AGAnw. **13** 51, hält gegenüber dem RG. an seiner dort **12** 30, 39 vertretenen Ansicht fest, daß auch die Anwartschaft auf eine künftige — aus einer Höchstbetragshypothek entstehenden — Eigentümergrundschuld nach § 857 Abs. 1 und 2 durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses und Eintragung in das Grundbuch gepfändet werden könne. Die vor dem Zuschlage durchgeführte Pfändung dieser Anwartschaft oder vorläufigen Eigentümergrundschuld setzt sich, wenn die Eigentümergrundschuld nicht ins geringste Gebot fällt, nach dem Zuschlag an dem Erlösanspruche fort (67). **e)** Derselbe, Mitt. f. AGAnw. **13** 66. Die Pfändungsbenachrichtigung und der Pfändungsbeschluß, die in Ansehung einer durch den Zuschlag erloschenen Eigentümergrundschuld ergangen sind, haben keinerlei Wirkung bezüglich des Versteigerungserlöses, wenn nicht die Pfändung durch Eintragung bzw. Briefübergabe vor dem Zuschlage vollendet ist. **f)** Strecker, R. **13** 154. Die Vereinbarung, durch welche sich der Eigentümer einem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, eine vorstehende Hypothek zu löschen, wenn und soweit sie zur Eigentümergrundschuld wird, und von der Eigentümergrundschuld ihm gegenüber keinen Gebrauch zu machen, erzeugt, wenn sie nicht durch Löschungsvormerkung (§ 1179 BGB.) gesichert ist, lediglich einen persönlichen Anspruch gegen den Eigentümer und wirkt nicht gegen den Gläubiger, der die Eigentümergrundschuld gepfändet hat. Ebenso **RG.** (VII. Zivils.) GruchotsBeitr. **54** 159; aM. **RG.** (V. Zivils.) R. **06** 684, SeuffA. **66** 277 (Darmstadt) und **g)** OLG. **26** 199 (Darmstadt). Hat sich der grundschuldberechtigte Eigentümer dem neuen Erwerber des Grundstücks gegenüber verpflichtet, die Eintragung zu beseitigen, also keine Rechte daraus herzuleiten, so kann dies auch demjenigen, der später die Eigentümergrundschuld pfändet, entgegengehalten werden. — S. auch JDR. **1** 6, **3** II 3, IV, **4** II 2, III, **5** II 2, III, **6** II 2, IV, **7** III 2, V, **8** IV, **9** III, **10** IV, **11** III.

§ 859. 1. **a)** SächsOLG. **34** 199 (Dresden). Forderungen aus der Vermietung eines Gesellschaftsgrundstücks sind auch dann gegen die einzelnen Gesellschafter nicht pfändbar, wenn die Mietverträge von den Gesellschaftern abgeschlossen worden sind, nachdem der Gläubiger auf Grund der von ihm erwirkten Pfändung des Anteils des Schuldners an dem Gesellschaftsvermögen die Gesellschaft gekündigt hat (§ 725 Abs. 1 BGB.). Denn nach § 730 Abs. 2 BGB. gilt die aufgelöste Gesellschaft für die Verwaltung als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert; hierunter fällt bei einem Hausgrundstücke die Vermietung. **b)** SeuffA. **68** 12 (KG.). Die Mieten eines gemeinschaftlichen Grundstücks dürfen nicht für eine Forderung gegen einen der Miteigentümer gepfändet werden. Jeder Miteigentümer — mit Ausnahme des Schuldners, dem nur der Weg des § 766 offen steht — ist allein zur Widerspruchsklage befugt (§ 771 ZPO., §§ 432, 1011 BGB.). Ebenso OLG. **17** 1, SeuffBl. **09** 34 (KG.); aM. OLG. **5** 26, **12** 66 (KG.), RGKomm. Anm. 1 zu § 741, Anm. 1 zu § 743 BGB.

2. **a)** FrankfRundsch. **47** 20 (Frankfurt). Für die Wirksamkeit der Pfändung eines Erbteils ist gleichgültig, ob als Gegenstand der Pfändung in dem Beschlusse das „Erbrecht", der „Erbteil", „Erbanteil" oder das „Recht auf Ausantwortung", „Auseinandersetzung" bezeichnet ist. Denn der Pfändungsgläubiger will, auch wenn er nur den Auseinandersetzungsanspruch bezeichnet, nicht ein Anteilsrecht aus dem Anteile loslösen, sondern den Anteil selbst zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen

(**RG.** **49** 408, **60** 126). **b)** *G e r n e r, BadNotZ. **13** 45—53 erörtert die Stellung des Pfändungsgläubigers eines Erbteils bei den notariellen und nachlaßgerichtlichen Nachlaßverhandlungen. Wenn der Überweisungsgläubiger des Erbteils, abgesehen vom Versäumnisverfahren der §§ 86 ff. FGG., ohne Mitwirkung des Schuldnermiterben sollte teilen können, so könnte es zum Schutze des Pfandschuldners nur genau nach §§ 2042, 752 ff. BGB., also nur durch Pfandverkauf und Grundstückszwangsversteigerung geschehen. Wegen Zuziehung des Pfändungsgläubigers s. oben zu § 1276 BGB.

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 865. 1. **a)** HanGZ. **13** Beibl. 207 (Hamburg) tritt der herrsch. M. (**RG.** **59** 88, JW. **05** 89) dahin bei, daß § 865 Abs. 2 ganz allgemein die ZwV. in das bewegliche Vermögen eines Grundstückseigentümers verbietet, sobald die Beschlagnahme desselben im Wege der ZwV. in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist. **b)** OLG. **26** 408, R. **13** Nr. 1352 (Hamburg). Ein nach § 865 Abs. 2 unwirksame Mietzinspfändung ist auch bezüglich der nach Beendigung der Beschlagnahme fällig werdenden Mietzinsen unwirksam. **c)** BreslauAK. **12** 4 (Breslau). Der Hypothekengläubiger wird durch die Konkurseröffnung nicht gehindert, im Wege der Mobiliarpfändung ZwV. in die Mieten des belasteten Grundstücks mit Wirksamkeit gegen den Konkursverwalter zu betreiben. (§§ 4 Abs. 2, 47 KO.).

2. L u c a s, DJZ. **13** 1315, führt gegen **RG.** **55** 207 und GruchotsBeitr. **56** 798 aus, daß dem Hypothekengläubiger gegen die Pfändung von Zubehör des Grundstücks nur die Erinnerung aus § 766, nicht die Widerspruchsklage aus § 771 zustehe.

§ 866. L i t e r a t u r: Frh. von F r o e l t s c h, Die Zwangshypothek bei mangelhaftem Vollstreckungstitel, bei fehlerhafter Vollstreckung und bei Aufhebung und Einstellung des Vollstreckungsverfahrens, RheinZ. **5** Beih. 3.

1. KGJ. **43** 243 (KG.). Eine Zwangssicherungshypothek, die unter Verletzung der §§ 750, 798 eingetragen wird, ist nichtig. Im Falle des § 750 kann die Nichtigkeit im Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner durch Nachholung der Zustellung geheilt werden, weil der Zweck, dem Schuldner Kenntnis vom Schuldtitel und den anderen Urkunden zu verschaffen, auch nachträglich erreicht werden kann (**RG.** **25** 368, KGJ. **34** A 323; aM. G a u p p - S t e i n, S e u f f e r t, S t r u c k m a n n - K o c h zu § 750). Im Falle des § 798 ist eine Heilung nicht möglich, weil der Schaden, der dem Schuldner durch die vorzeitige Vollstreckung verursacht wird oder werden kann, durch den nachträglichen Fristablauf nicht beseitigt wird (OLG. **9** 124 [Königsberg]).

2. ElsLothNotZ. **13** 295 (Colmar). Der Zahlbefehl im Verwaltungszwangsverfahren nach der Els.-Lothr. Verwaltungs-ZwV.-Ordnung vom 26. Mai 1905 (Cent. Bez. Amtsbl. 241) ist ein zur ZwV. in das bewegliche und unbewegliche Vermögen geeigneter Titel. Der Richter hat vor Eintragung einer Zwangshypothek nicht zu prüfen, ob er überhaupt erlassen werden durfte; er hat aber die Eintragung abzulehnen, wenn ihm bekannt ist, daß der Schuldner rechtzeitig Einwendungen erhoben hat, durch welche die Vollstreckbarkeit gehemmt wird.

3. **a)** BayObLG. **13** 753, BayRpflZ. **13** 113, SeuffBl. **13** 188, SeuffA. **68** 293, R. **13** Nr. 993 (BayObLG.). § 866 Abs. 3, wonach eine Zwangshypothek nur für eine Forderung über 300 M. eingetragen werden kann, gilt auch für Arresthypotheken; sonst könnte zur Sicherung künftiger ZwV. mehr erwirkt werden als durch Vollstreckung des Urteils selbst. Vgl. **RG.** **60** 279. (AM. G a u p p - S t e i n [8/9] II Anm. 16 zu § 932). **b)** OLG. **27** 177 (KG.). Hat das Grundbuchamt die zulässigerweise (**RG.** **61** 418) zugleich mit der Eintragung der Hauptforderung beantragte Eintragung einer 300 M. nicht übersteigenden Kostenforderung abgelehnt und nur die Hauptforderung eingetragen, so kann eine Ergänzung durch Eintragung der

Kostenforderung nicht verlangt werden s. KGJ. **42** 256). Zulässig ist nur ein Antrag auf Löschung der Hauptforderung (mit Einwilligung des Eigentümers § 27 GBO.) und Neueintragung beider Forderungen.

§ 867. Literatur: Seidlmayer, Sicherungshypothek nach §§ 866 ff. ZPO. und Grundstückseinheit nach dem ehemaligen rechtsrheinischen bayer. Hyp.Rechte; Übergang ins neue Recht, SeuffBl. **13** 359—365, 410—416.

1. RJA. **12** 269, KGJ. **44** 285, ZBlFG. **14** 432, OLG. **26** 409, R. **13** Nr. 2777 (KG.). Zugunsten einer Forderung, für die schon eine Vertragshypothek besteht, kann eine Zwangshypothek nicht eingetragen werden. Ist die Vertragshypothek eine Verkehrshypothek, so würde, da die Zwangshypothek stets Sicherungshypothek ist (§ 866 Abs. 1), die Gesamthypothek aus einer Verbindung von Verkehrs- und Sicherungshypothek bestehen, was der Einheitlichkeit der Gesamthypothek widersprechen würde (vgl. **RG. 70** 245). Aber auch wenn die Vertragshypothek Sicherungshypothek ist, erscheint im Hinblick auf die durch § 868 für Zwangssicherungshypotheken geschaffene Besonderheit ein Nebeneinander beider unzulässig. Die frühere abweichende Ansicht (KGJ. **25** A 294, **27** A 198) wird aufgegeben. — Ebenso: Güthe [2] Vorbem. 38 zu § 13, Wolff, Sachenrecht 512, Oberneck, Achilles-Strecker, Gaupp-Stein, Petersen; aM BayObLG. **3** 482 für den inhaltlich mit § 867 Abs. 2 übereinstimmenden Art. 56 BayGes. vom 9. Juni 1899; RGRKomm. § 1132 Anm. 3, v. Staudinger, Anm. I 5.

2. Seidlmayer erörtert im Hinblick auf die Vorschrift des § 867 Abs. 2 über die Verteilung von Gesamtzwangshypotheken die Frage, wann nach rechtsrhein. Hypothekenrechte die mehreren auf einem Folium eingetragenen Grundstücke eine Grundstückseinheit bilden, wie sich der Übergang solcher Grundstückseinheiten in das neue Recht gestaltet und wie es mit den „Zugehörungen" (§ 22 Nr. 3 HypG.) zu halten ist.

§ 868. Literatur: Kretzschmar, Übergang der Zwangs- und Arresthypothek auf den Eigentümer nach §§ 868, 932 ZPO., ZBlFG. **13** 713—722.

1. Kretzschmar bespricht das Urteil des **RG. 78** 398 (JDR. **11** a) und gelangt zu folgenden Ergebnissen: Die Zwangs- oder Arresthypothek gebührt bei Eigentumswechsel nach der Eintragung im Falle des § 868 dem Schuldner und nicht dem neuen Eigentümer, wenn die Forderung, für die die Hypothek eingetragen ist, nicht zur Entstehung gelangt ist. Ebenso verhält es sich, wenn die Forderung zwar entstanden, aber noch vor dem Übergange des Grundstücks auf den neuen Eigentümer erloschen ist. Grundsätzlich muß aber auch dasselbe gelten, wenn die Forderung zu diesem Zeitpunkte noch bestanden hat. Eine Ausnahme wäre für Fälle, wo der Erwerber des Grundstücks die persönliche Schuld übernommen hat, dann zu machen, wenn anzunehmen ist, daß die Schuldübernahme durch die Umwandlung der Hypothek zur Grundschuld unberührt bleibt. Diese Ausnahme entfällt und die Hypothek gebührt trotz der Übernahme der persönlichen Schuld durch den Erwerber nicht diesem, sondern dem Schuldner in den Fällen, wo der Übergang der Hypothek darauf beruht, daß der Schuldner die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheit geleistet oder den im Arrestbefehle festgestellten Geldbetrag hinterlegt hat, oder wenn die ZwV. aus dem der Eintragung der Hypothek zugrunde liegenden Schuldtitel auf die Vollstreckungsgegenklage des Schuldners für unzulässig erklärt ist.

2. SächsOLG. **34** 60, OLG. **26** 158 = LeipzZ. **12** 713 (Dresden) s. JDR. **11** b: § 868 nicht anwendbar auf eine entgegen § 14 Abs. 1 KO. eingetragene Arrest- oder Zwangshypothek.

Dritter Titel. Verteilungsverfahren.

§ 872. 1. FrankfRundsch. **47** 20 (Frankfurt). Ein Verteilungsverfahren kommt nicht in Betracht bei Streit zwischen einem Pfändungspfandgläubiger und einem

Zessionar (oder d e s s e n Pfändungsgläubiger) um das bessere Recht an der Hinterlegungssumme.

2. OLG. **26** 412 (KG.). Streiten, nachdem die Einleitung des Verteilungsverfahrens vom Gericht — zu Unrecht — abgelehnt ist, zwei Pfändungsgläubiger um ihr besseres Recht, so ist die rechtliche Stellung der Parteien ebenso zu beurteilen, wie wenn der Beklagte innerhalb des Verteilungsverfahrens dem Plane widersprochen hätte. Der Beklagte muß deshalb sein besseres Recht, dessen er sich durch die Verweigerung der Einwilligung in die Auszahlung an den Kläger berühmt hat, behaupten und beweisen (**RG. 72** 145, JW. **10** 108).

§ 876. HessRspr. **14** 19 (Darmstadt) tritt der herrsch. M. bei, daß gegen den Teilungsplan sofortige Beschwerde nur wegen Verletzung von V e r f a h r e n s vorschriften zulässig ist. Hierunter sind nur Verletzungen von Vorschriften des Verteilungsverfahrens s e l b s t zu verstehen. — Ebenso HessRspr. **14** 23 (Darmstadt).

§ 878. K r e ß , ZBlFG. **14** 540. Erachtet im Verfahren über die Widerspruchsklage das Berufungsgericht im Gegensatze zum ersten Richter den Anspruch des Beklagten dem Grunde nach für gerechtfertigt, so hat es, wenn die Höhe dieses Anspruchs noch streitig ist, in Anwendung des § 538 Abs. 3 die Sache zur Verhandlung über den Betrag an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen. Denn in Wirklichkeit ist im Falle des § 878 der Beklagte derjenige, der den Anspruch erhebt.

Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

§ 883. AVf. d. PrJustMin. über Vertretung des preuß. Justizfiskus bei der Pfändung gegen ihn gerichteter Herausgabeansprüche vom 31. Mai 1912 (JMBl. 181) — vom 1. April 1914 an ersetzt durch AVf. vom 6. März 1914 (s. zu §§ 829 ff.).

§ 885. RheinARV. **31** 161 (LG. Cöln). Zu dem Antrag aus § 885 Abs. 4 auf Verkauf der in Verfolg des Räumungsurteils fortgeschafften Sachen ist der Gläubiger nicht befugt, da sein Anspruch mit der Räumung durchgeführt ist.

§ 887. 1. **a)** R. **13** Nr. 1643 (Stuttgart). Unter Geldforderung (§ 803) ist nur ein Anspruch auf Zahlung an den Gläubiger zu verstehen. Ein Anspruch auf Z a h l u n g a n e i n e n D r i t t e n ist ein Anspruch auf eine vom Schuldner vorzunehmende Handlung, weil der pfändende Gerichtsvollzieher nur zur Ablieferung an den Gläubiger, nicht aber zur Aushändigung an einen Dritten berechtigt ist. ZwV. wegen eines solchen Anspruchs erfolgt deshalb nach § 887. **b)** ElsLothZ. **13** 453, OLG. **26** 416 (Colmar). Die Vollstreckung eines Urteils, welches den Schuldner verurteilt, dem Gläubiger einen A u s z u g a u s s e i n e n G e s c h ä f t s b ü c h e r n zu erteilen, erfolgt nach § 887, nicht nach § 888, der für Rechnungsbezug und Auskunftserteilung gilt. (**RG.** JW. **02** 272, F r e u d e n t h a l , Anm. 4 zu § 888, S e u f f e r t , Anm. 2, S t r u c k m a n n - K o c h , Anm. 1 zu § 887.) **c)** OLG. **26** 413 (KG.). Die Auflage an den Beklagten, für eine Erwärmung der dem Antragsteller vermieteten Räume bis auf 15° R zu sorgen, ist, wenn es sich um Beseitigung von Mängeln der Anlage innerhalb der Mieträume handelt, nach § 887 zu vollstrecken. **d)** SeuffA. **68** 123 (Kiel) = SchlHolstAnz. **12** 175 f. JDR. **11** Nr. 2 c. Vollstreckung eines Urteils auf Vorlegung von Urkunden nach §§ 887 bzw. 888. Einsichtnahme durch einen Bevollmächtigten zulässig.

2. OLG. **26** 414 (Darmstadt) = HessRspr. **12** 177 f. JDR. **10** Nr. 2 a. Erfordernis bestimmter Bezeichnung der verlangten Maßnahme bei Vollstreckung von Urteilen gegen unzulässige Immissionen.

§ 888. 1. RheinARV. **31** 147 (LG. Cöln). Ein Urteil, das eine Gewerkschaft verurteilt, den Gläubiger als Gewerken in das Gewerkenbuch einzutragen, kann nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gewerkschaft nicht mehr vollstreckt werden. Zwar steht § 14 KO. nicht entgegen, da dieser auf ZwV. aus

§ 888 überhaupt nicht anwendbar ist. Auch bei der Gewerkschaft ist aber der Konkurs nach anerkanntem Rechte Auflösungsgrund, steht also der Schaffung neuer Mitgliedsrechte entgegen.

2. Cosmann, DJZ. 13 160 führt gegen Gauß — s. JDR. 11 Nr. 1 b — aus, daß § 888 auch dann keine Anwendung finden kann, wenn der Schuldner zur Vornahme der Handlung Geldmittel aufwenden muß.

3. OLG. 26 297 (KG.). Ist erkennbar, daß das Verzeichnis über den Bestand einer Erbschaft, das der Beklagte naturgemäß aufzustellen hat, in bestimmter Beziehung (z. B. wegen Fehlens der Schulden) unvollständig ist, so kann der Beklagte gemäß § 888 zur Ergänzung angehalten werden. Der Kläger ist nicht darauf beschränkt, den Offenbarungseid gemäß § 260 BGB. zu verlangen.

4. a) SeuffA. 68 61 (Dresden). Der für den Fall der Zuwiderhandlung angedrohten Strafe kommt — auch bei einstw. Verfügung und ohne daß dies hervorgehoben zu werden braucht — nur die Bedeutung einer Höchststrafe zu. Herabsetzung nach Lage des Falles daher zulässig. b) SächsOLG. 34 101 (Dresden). Ist im Falle des § 888 fälschlich dem Schuldner ohne vorgängige Strafandrohung eine Geldstrafe „auferlegt", so ist trotzdem die festgesetzte Strafe als bloße Zwangsstrafe anzusehen, welche den Willen des Beklagten beugen soll. Sie kann deshalb nicht mehr vollstreckt werden, wenn der Schuldner seiner Verpflichtung nachgekommen ist.

§ 890. (Über die Unterlassungsklage vgl. zunächst oben S. 46 ff.) 1. a) Delius, JW. 13 6 führt gegen **RG. 77** 217 — s. JDR. 10 Nr. 2 c — aus, daß durch die Androhung einer kriminellen Strafe der zivilrechtliche Unterlassungsanspruch, gleichgültig, ob Antrags- oder Offizialdelikt vorliegt, nicht ausgeschlossen werde. b) Ihm tritt Schmitt, JW. 13 669, besonders für die Fälle des UnlWettbewGes. bei. c) Ebenso Rosenthal, LeipzZ. 13 899. Das Strafgesetz will sühnen, das zivile Unterlassungsgebot schützen. d) Einschränkend jetzt **RG. 82** 59, MSchutzuWettbew. 12 416, JW. 13 594. Grundsätzlich ist eine zivilrechtliche Unterlassungsklage nicht gegeben, soweit ein nach Meinung des Gesetzgebers jedenfalls ausreichender Rechtsschutz durch Androhung öffentlicher Strafe gegeben ist, mag die Bestrafung von Amts wegen (**RG. 77** 217) oder nur durch Privatklage herbeigeführt werden können. Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als für die zivilrechtliche Klage ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis besteht, sei es, daß der Strafverfolgung Hindernisse entgegenstehen, wie bei einem Aufenthalte des Täters im Auslande, sei es, daß die Privatklage gegen die zu erwartende hartnäckige Wiederholung der Angriffe einen ausreichenden Schutz nicht gewähren würde. e) SchlHolstAnz. 13 253 (Kiel) erklärt eine zivilrechtliche Unterlassungsklage trotz öffentlicher Strafandrohung jedenfalls dann noch für zulässig, wenn ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis dargetan ist. Dieses wird bei wiederholter kreditschädigender Beleidigung bejaht.

2. a) ElsLothZ. 13 369 (Colmar). Bei Verurteilung zur Unterlassung ist Ungehorsam des Schuldners Voraussetzung nur für die Festsetzung, nicht schon für die Androhung der Strafe. b) BadRpr. 13 135 (Karlsruhe). Auch bei Übernahme der Unterlassungspflicht durch gerichtlichen Vergleich ist Strafandrohung aus § 890 Abs. 2 schon vor der Zuwiderhandlung zulässig.

3. a) OLG. 27 179 (Karlsruhe). Die Zuwiderhandlung muß nachgewiesen, nicht nur glaubhaft gemacht werden (**RG.** JW. **99** 180). b) Jacobsohn, JW. 13 759. Mit Rücksicht auf die bei Festsetzung der Strafe aus § 890 geltenden strafrechtlichen Grundsätze ist es unzulässig, dem Schuldner über die Begehung der Zuwiderhandlung den Eid zuzuschieben. c) OLG. 27 179 (Karlsruhe). Da die Strafe aus § 890 den Charakter einer Sühne für die Zuwiderhandlung gegen das gerichtliche Gebot der Unterlassung oder Duldung hat, so wird sie nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Gebot später seine Wirksamkeit verloren hat (**RG. 36** 413, **38** 422).

4. OLG. **27** 174 (KG.). Gegen den Beschluß, durch den das AG. angewiesen wird, gemäß §§ 890, 891 zu verfahren, findet Beschwerde nicht statt.

§ 894. 1. a) *Siegel, AZivPr. **111** 51. § 894 findet Anwendung auf Vollstreckung der Verpflichtung zur Abgabe einer schriftlichen Willenserklärung s. o. zu §§ 116 ff. BGB. b) WürttZ. **25** 29, BayNotZ. **14** 192 (Stuttgart). Die Bestimmung des § 894, daß die Willenserklärung, zu deren Abgabe der Schuldner verurteilt ist, mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt, findet auch Anwendung, wenn der Schuldner zur Aushändigung einer solchen Willenserklärung (z. B. Löschungsbewilligung) verurteilt ist. ZwV. aus § 888 kommt daneben nicht in Frage. c) ElsLothZ. **13** 43 (Colmar). Die Verurteilung des Beklagten, die Eintragung einer Hypothek zu dulden, ist — weil nach Lage des Falles die Duldung einer im Wege der ZwV. zu bewirkenden Eintragung als nicht gemeint anzusehen ist — als Verurteilung dahin aufzufassen, daß der Beklagte seinen Willen, die Hypothek zu begründen, erklären soll. Es greift also § 894 Platz.

2. du Chesne, BadRpr. **13** 94 tritt unter Aufgabe seiner früheren abweichenden Meinung (Festschrift der Jur. Ges. in Leipzig zum Univers.-Jub. 83) Güthe [2] 519 darin bei, daß schon in dem Eintritte der Rechtskraft eine Vollstreckungswirkung liegt und auch die auf Grund einer rechtskräftigen Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung vorgenommene Eintragung im Grundbuche ZwVollstreckung ist. Stirbt der Schuldner nach Eintritt der Rechtskraft, aber vor Stellung des Eintragungsantrags, so kann die Eintragung auf dem Nachlaßgrundstücke beantragt werden, ohne daß zuvor die vollstreckbare Ausfertigung gegen den Rechtsnachfolger erwirkt werden müßte (§ 779).

3. KGJ. **44** 221 (KG.). Das rechtskräftige Urteil auf Auflassung an einen Dritten wirkt nicht unmittelbar für den Dritten. Die zur Auflassung erforderliche Einigung vollzieht sich in diesem Falle durch Vorlegung des rechtskräftigen Urteils vor dem Grundbuchamte seitens des Gläubigers und gleichzeitige Abgabe der Einigungserklärung seitens des Dritten.

Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft.

§§ 899 ff. Literatur: Lubowski, Offenbarungseidverfahren nach der ZPO. Berlin 1913.

1. Crasemann, HansGZ. **13** Beibl. 41 erörtert die Anwendung von Vorschriften, die das Prozeßverfahren betreffen, auf das Offenbarungseidverfahren.

2. JW. **13** 392 werden die Verhandlungen des Reichstages vom 26. November 1912 über die Reform des Offenbarungseidverfahrens mitgeteilt.

3. Kuhnt, SeuffBl. **13** 155. Die Kosten des Offenbarungseidverfahrens, einschließlich des Widerspruchsverfahrens treffen nach § 788 den Schuldner — §§ 91 ff. sind nicht anwendbar. Wird der Widerspruch des Schuldners — z. B. wegen früherer Eidesleistung — für begründet erklärt, so ist für die Kostenpflicht entscheidend, ob mit Rücksicht auf das Verhalten des Schuldners das Offenbarungseidverfahren zu einer sachgemäßen Durchführung der Vollstreckung erforderlich erscheinen mußte oder nicht. AM. Seuffert, § 788 Anm. 1 b, Crasemann, DJZ. **11** 253, Neumann, JW. **11** 910.

§ 899. Crasemann, HansGZ. **13** Beibl. 42 hält gegen Neumann, JW. **12** 118 (s. JDR. **11** Nr. 2 a) an seiner früheren Ansicht DJZ. **11** 1549 fest, daß auch die Abnahme des Eides einem anderen Gerichte nicht übertragen werden kann. Im Gegensatze zu § 899 ist im § 889 für den Offenbarungseid des bürgerlichen Rechtes ausdrücklich auf §§ 478—484 verwiesen, die mit Rücksicht auf § 355 die Delegation für die Beweisaufnahme zulassen.

§ 900. 1. a) Voß, HansGZ. **13** Beibl. 269 vertritt in Übereinstimmung mit mehreren Entscheidungen des LG. Hamburg die Ansicht, daß Anträge auf Ter-

minsansetzung — insbesondere Verlegung —, die erkennbar bezwecken, auf den Schuldner mit Bezug auf seine Abzahlungsverpflichtung einen Druck auszuüben, als unzulässig abzulehnen sind. Der 4. Zivils. des OLG. Hamburg hat dies grundsätzlich gemißbilligt, der 6. Zivils. für den Fall übermäßiger Inanspruchnahme der gerichtlichen Tätigkeit dagegen gebilligt. **b)** Crasemann, R. **13** 273. Der Antrag auf Vertagung des Termins zur Eidesleistung ist abzulehnen, wenn es dem Gläubiger zweifellos nur darauf ankommt, den Schuldner zu weiteren Ratenzahlungen zu veranlassen. Gegen die Ablehnung des Vertagungsantrags findet sofortige Beschwerde (§ 793) statt.

2. R. **13** Nr. 2456 (Düsseldorf). Ergibt das Pfändungsprotokoll zweifelsfrei, daß die Pfändung zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat, so steht der Verpflichtung zur Eidesleistung nicht entgegen, daß das Verfahren des Gerichtsvollziehers nicht in jeder Beziehung vorschriftsmäßig war, daß z. B. dem abwesenden Schuldner eine Protokollabschrift nicht übermittelt ist.

3. Crasemann, HansGZ. **13** Beibl. 41. Bei der Ladung zum Offenbarungseidtermine braucht weder eine Einlassungs- noch eine Ladungsfrist innegehalten zu werden.

§ 901. 1. SchlHolstAnz. **13** 126 (Kiel). Haftanordnung ist unzulässig, wenn dem Gerichte bekannt ist, daß der Schuldner infolge unabwendbaren Zufalls am Erscheinen im Eidesleistungstermine verhindert war.

2. **a)** RheinARV. **31** 1, RheinA. **111** I 27, teilweise R. **13** Nr. 557 (Düsseldorf). Gegen den Haftbefehl ist nicht Erinnerung aus § 766, sondern nur sofortige Beschwerde (§ 793) gegeben. (RheinA. **109** 188 [Düsseldorf]). Der Haftbeschluß ist, auch wenn weder Gläubiger noch Schuldner erscheinen, zu verkünden; dem Gläubiger ist eine Ausfertigung des Haftbefehls zu erteilen. Dieser hat ihn dem Schuldner zuzustellen. Erst von der Zustellung an läuft die Beschwerdefrist (§ 577 Abs. 2). **b)** Ebenso R. **13** Nr. 1987 (Düsseldorf).

3. R. **13** Nr. 2464 (Düsseldorf). Auf Beschwerde des Schuldners ist der Haftbefehl unter Belastung des Schuldners mit den Kosten für erledigt zu erklären, wenn der Gläubiger nach Erlaß des Haftbefehls befriedigt worden ist.

§ 902. OLG. **27** 191. (KG.). Auch nach der erzwungenen Eidesleistung kann der Schuldner noch Beschwerde erheben zwecks Feststellung, daß zu Unrecht seine Offenbarungspflicht angenommen und die Haft gegen ihn angeordnet sei. Erfolgt diese Feststellung, so ist er im Schuldnerverzeichnisse (§ 915) zu streichen (Gaupp-Stein II zu § 915). S. a. zu § 915.

§ 903. 1. **a)** Schudt, HessRspr. **13** 315. § 903 ist von Amts wegen zu beachten. **b)** FrankfRundsch. **47** 235 (Frankfurt) nimmt mit der herrsch. M. gegen Gaupp-Stein [8/9] § 903 Anm. 1 und die neuere Rechtsprechung des KG. (OLG. **13** 221, **20** 373, **22** 399) an, daß § 903 als eine im öffentlichen Interesse zur Vermeidung unnützer Eide erlassene Vorschrift von Amts wegen zu berücksichtigen sei. **c)** Ebenso MecklZ. **31** 187, SeuffA. **68** 379, OLG. **27** 189 (Rostock). Der Einwand aus § 903 kann auch noch mit Beschwerde gegen den Haftbefehl geltend gemacht werden. So auch **d)** RheinA. **111** I 27, R. **13** Nr. 1988 (Düsseldorf) und **e)** Sächs. OLG. **34** 435 (Dresden). Ein Zwischenverfahren vor dem Amtsgerichte (wie noch SächsOLG. **34** 438 — JDR. **11** 1 d — für erforderlich erklärt) erscheint nicht nötig. Das Beschwerdegericht hat nur dem Gläubiger die Beschwerde mitzuteilen und ihm Gelegenheit zu geben, den Erwerb neuen Vermögens seitens des Schuldners glaubhaft zu machen. S. auch JDR. **1** 1, 2, **3** II 2, **4** 2, **5** 3, **6** 3, **7** 4, 8, **9** 3, **10** 2, **11** 1.

2 FrankfRundsch. **47** 202 (Frankfurt). Der vor einem unzuständigen AG. geleistete Offenbarungseid befreit den Schuldner nicht von der nochmaligen Eidesleistung.

3. a) MecklZ. **31** 187, SeuffA. **68** 379, OLG. **27** 189 (Rostock). Daß der Schuldner aus einer Erwerbstätigkeit Einnahmen hat, ergibt noch nicht den Erwerb von Vermögen im Sinne des § 903, insofern den Einnahmen Ausgaben gegenüberstehen, wozu auch die Kosten des Unterhalts des Schuldners und seiner Familie gehören. Erst wenn sich ein diese Aufwendungen übersteigender Geschäftsgewinn ergibt, kann von Erwerb von Vermögen die Rede sein. **b)** Sorgenfrey, ZBlVormW. **5** 9. Neuer Vermögenserwerb im Sinne des § 903 ist auch ein neuer Anspruch aus einem Arbeitsvertrage. **c)** R. **13** 303 (Nürnberg). Unter Vermögen, dessen Neuerwerb den Schuldner zur erneuten Offenbarung verpflichtet, sind nicht nur Ersparnisse oder Kapitalien zu verstehen, sondern Einkünfte und vermögensrechtliche Ansprüche jeder Art, die dem Zugriffe des Gläubigers zu dienen geeignet sind, u. a. auch etwaige aus dem ehelichen Güterrecht entspringende Vermögensrechte. Zustimmend: Bauer aaO.

4. a) Kuhnt, JW. **13** 455, will in Ausfüllung einer Lück eim Gesetz unter entsprechender Anwendung des § 760 jedem Gläubiger ein Recht auf Abschrift des vom Schuldner beschworenen Vermögensverzeichnisses zuweisen. — **b)** Demgegenüber weist Neumann, JW. **13** 559 darauf hin, daß bereits durch AllgVf. vom 13. Juni 1908 (JMBl. 242) für Preußen angeordnet sei, daß der Gerichtsschreiber in bedenkenfreien Fällen anderen Gläubigern solche Abschrift zu erteilen, bei Bedenken aber das Gesuch dem Vorstande des Gerichts vorzulegen habe. — **c)** Neubürger, JW. **13** 759, tritt einer Entscheidung des LG. Fürth dahin bei, daß jeder Gläubiger des Manifestanten schon aus § 299 Abs. 1 — als Partei — Abschrift verlangen könne.

§ 909. FrankfRundsch. **47** 49 (Frankfurt). Der Gerichtsvollzieher, der den Schuldner zwecks Erzwingung der Eidesleistung verhaftet, handelt sowohl als Beamter wie auf Grund eines Dienstvertrags mit dem Gläubiger. Danach bestimmt sich seine Haftung. Er handelt fahrlässig, wenn er ohne vorgängige Rückfrage beim Gläubiger einen Schuldner verhaftet, obwohl er weiß oder wissen muß, daß jener kurz zuvor auf Veranlassung eines anderen Gläubigers den Eid geleistet hat. — S. jedoch zu § 753 Nr. 1a.

§ 911. Seeger, KGBl. **13** 44 empfiehlt, um dem armen Gläubiger eine ungehinderte Ausnutzung der ihm zustehenden Befreiung von der Zahlung eines Haftkostenvorschusses (§§ 115 Nr. 1, 119 ZPO., § 79 Nr. 8 GKG.) zu sichern, in den Haftbefehl einen Hinweis auf die Befreiung aufnehmen zu lassen.

§ 915. 1. a) Hein, R. **13** 801. Hat der Schuldner auf Anordnung nach § 900 Abs. 3 den Eid geleistet und wird nachträglich sein Weigerungsgrund als zutreffend anerkannt, so kann doch die Tatsache der Eidesleistung nicht beseitigt werden. Die Eidesleistung ist deshalb nicht in der Schuldnerliste zu löschen. Die Entscheidung über einen Löschungsantrag erfolgt im Aufsichtswege. **b)** KGBl. **13** 62 (LG. I Berlin) erachtet die Herbeiführung der Löschung einer Eintragung in das Schuldenverzeichnis im ordentlichen Beschwerdewege für zulässig. KG. aaO. läßt dahingestellt, ob Sachbeschwerde oder nur Aufsichtsbeschwerde zulässig ist, verwirft die weitere Beschwerde aber als unzulässig, weil die Eintragung kein Akt der ZwV. mehr sei, sondern eine im Interesse der Allgemeinheit getroffene Maßregel öffentlichen Rechtes. **c)** Streichung wegen nachträglicher Feststellung der Unrechtmäßigkeit der Eidesleistung s. auch zu § 902.

2. a) Reichel, BuschsZ. **43** 408 wendet sich — in Übereinstimmung mit einer Verf. des SächsJustizMin. vom 27. Mai 1911 — gegen die Praxis, welche mit Rücksicht auf das Wort „einer" Eintragung Anträge auf Gruppenabschriften aus der Schuldnerliste grundsätzlich ablehnt. **b)** § 35 Nr. 9 des PrGeschO. f. d. Gerichtsschr. der AG. v. 18. Febr. 1914 (JMBl. 199) sieht die Erteilung von Abschriften oder Auszügen aus den Schuldnerverzeichnissen auf richterliche Anordnung vor. Dazu gibt die AllgVerf. v. 9. Mai 1914 (JMBl. 512) nähere Anweisungen.

Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügungen.

§§ 916 ff. *Schultzenstein, BuschsZ. **43** 326. Im Arrestverfahren und in dem einstweilige Verfügungen betreffenden Verfahren kommt nicht die Untersuchungsmaxime, sondern die Verhandlungsmaxime zur Anwendung, vgl. oben Nr. 1 zu § 803.

§ 916. 1. R. **13** Nr. 3275 (Colmar). Der künftige Anspruch auf Ersatz von Prozeßkosten eines noch anhängigen Prozesses kann zwar durch eine Arrestanordnung wegen der Hauptsache mitgesichert werden, er kann aber nicht für sich allein die Grundlage eines selbständigen Arrestes sein, zumal er vor Erlaß einer seine Geltendmachung bedingenden Entscheidung nach § 103 auch als ein nur bedingter nicht besteht.

2. a) Alsberg, DJZ. **13** 442 leugnet gegen eine Entscheidung des KG. die Zulässigkeit des Arrestes zur Sicherung der Kosten des Strafverfahrens vor rechtskräftiger Verurteilung, weil vor diesem Zeitpunkt auch ein nur bedingter Anspruch des Staates nicht bestehe (AM. **RG. 20** 260 und i. Straff. **13** 138, KGBl. **09** 72 [KG.]), für den Kostenerstattungsanspruch überdies der Rechtsweg ausgeschlossen sei. b) Dagegen BadRpr. **13** 225 (LG. Karlsruhe), das — jedenfalls nach §§ 1, 4 BadGes. vom 12. April 1899 betr. ZwV. wegen öffentlich-rechtlicher Geldforderungen — den Arrest auch schon vor rechtskräftiger Verurteilung wegen der bedingten Kostenforderung für zulässig erachtet. c) HansGZ. **13** Beibl. 129 (Hamburg). Wegen der Kosten eines Strafverfahrens ist der Rechtsweg nicht zulässig. Zu seiner Sicherung ist deshalb — nach Reichsrecht wenigstens — auch ein Arrest nach den Vorschriften der ZPO. nicht zulässig. d) Ebenso SchlHolstAnz. **13** 333 (Kiel) bezügl. der Kosten eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens. (Vgl. jedoch KGJ. **3** 149, Erl. d. JustM., Müller, JustizVerw. **2** 14, 64).

3. Stern, DJZ. **13** 350. Trotz des Wortlauts des § 916 ist im Zusammenhange mit dem Arreste gegen die Frau der Arrest gegen den Mann auf Duldung der ZwV. (§ 739) zulässig, sofern er nach materiellem Rechte für den zu sichernden Anspruch duldungspflichtig ist.

§ 920. Abs. 3. OLG. **27** 180 Anm. 1 (München). Die Beschwerde gegen den das Gesuch um Erlaß des Arrestes zurückweisenden Beschluß unterliegt dem Anwaltszwange.

§ 921. HansGZ. **13** Beibl. 204, OLG. **27** 186 Anm. 1 (Hamburg). Hat der Antragsteller vor Erlaß der einstw. Verfügung seinen Antrag für erledigt erklärt, so kann eine Kostenentscheidung nicht mehr ergehen.

§ 922. a) Seeger, KGBl. **13** 71 vertritt gegen die herrsch. M. mit Gaupp-Stein [8/9] zu § 922 Anm. II 3 im Anschluß an einen Beschluß des KG. (9. Zivils. — abgedruckt KGBl. **13** 77) den Standpunkt, daß auch bei der ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß erlassenen einstw. Verfügung von Amts wegen über die Kosten entschieden werden müsse. Unterlegen (§ 91) ist die Partei, die zu irgendwelchen Leistungen verurteilt wird. b) Dagegen macht ein Ungenannter KGBl. **13** 103 geltend, daß nicht selten, zumal bei Anwendung der §§ 941, 942 Abs. 2 einstw. Verfügungen gegen Unbeteiligte oder ohne genügenden Anlaß beantragt würden, und daß der Gegner, wenn ihn die einstw. Verfügung nicht störe und ihm Kosten nicht auferlegt seien, die Angelegenheit auf sich beruhen lasse, andernfalls aber zum Widerspruche gezwungen sei. S. auch JDR. **1** 1 a, **8** 1, **9**, **10** 2, **11** 2.

§ 924. 1. OLG. **27** 184 (Hamburg). Widerspruch kann nach Erledigung der Hauptsache auch nur wegen der Kosten erhoben werden. Dies gilt auch bei vergleichsweiser Erledigung.

2. Vollstreckungsgegenklage und Einstellung der ZwV. bei einstw. Verfügung s. zu § 767 Nr. 3.

§ 925. OLG. **27** 187, ElsLothJZ. **13** 406 (Colmar). Verlangt der Beklagte im Widerspruchsverfahren die Aufhebung der einstw. Verfügung als von Anfang an unberechtigt, so erledigt sich das Verfahren nicht dadurch, daß der Antragsteller erklärt, auf die Rechte aus der einstw. Verfügung, insbesondere die Vollziehung zu verzichten. Denn der Beklagte hat mit Rücksicht auf § 945 ein erhebliches rechtliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung, daß die Verfügung von vornherein unberechtigt war.

§ 926. SächsOLG. **34** 338, OLG. **27** 186 (Dresden) verneint die Streitfrage, ob die Aufhebung eines Arrestes nach § 926 Abs. 2 für sich allein die Überwälzung der durch die Arrest*anordnung* und den *Widerspruch* entstandenen Kosten auf den Gläubiger herbeiführe in Übereinstimmung mit *Sawitz*, KGBl. **10** 7, da — ebenso wie im Falle des § 927 — die Aufhebung des Arrestes nur ex nunc wirkt. S. auch JDR. **11** Nr. 2.

§ 927. 1. OLG. **27** 187, ElsLothJZ. **13** 406 (Colmar). Darin, daß die einstw. Verfügung nicht innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 vollstreckt ist, so daß ihr Vollzug nicht mehr zulässig ist, liegt ein „veränderter Umstand", der die Aufhebung aus § 927 rechtfertigt. Erklärt der Antragsteller, daß er die Verfügung nicht aufrecht erhalten wolle, so liegt darin eine Zurücknahme, die ihn — entsprechend § 271 — zur Tragung aller Kosten auch dann verpflichtet, wenn die Verfügung zur Zeit ihres Erlasses gerechtfertigt war.

2. **a)** *Sieburg*, JW. **13** 355. Eine auf Grund des § 627 in Ehesachen erlassene einstw. Verfügung ist nach Rechtskraft des Urteils im Hauptprozesse — auch bezüglich noch rückständiger Unterhaltsbeträge — nach §§ 925 Abs. 2, 927 aufzuheben. Die Frau ist wegen der Rückstände auf den ordentlichen Rechtsweg angewiesen. Demgegenüber weist **b)** *Levin*, aaO. 358 darauf hin, daß dies zu einer unnötigen Vermehrung von Prozessen führen würde. Die Herabminderung einer durch einstw. Verfügung der Frau zugesprochenen zu hohen Rente kann vom Ehemann auch nach der Urteilsfällung im Hauptprozesse noch mittels Widerspruchs gemäß § 925 erreicht werden. Als veränderter Umstand im Sinne des § 927 kommt auch das Beweisergebnis des Hauptprozesses über früher schon bekannte aber nicht glaubhaft zu machende Tatsachen in Betracht.

3. Anwendbarkeit der §§ 767, 769 auf einstw. Verfügung s. zu § 767 Nr. 3.

§ 929. 1. OLG. **27** 186 (Hamburg). § 929 Abs. 2 gilt allgemein auch für einstw. Verfügung. S. auch JDR. **9** 1, **11** 2.

2. R. **13** Nr. 3046 (BayObLG.). *Mangels Verkündung oder förmlicher Zustellung* des Arrestbefehls an den Gläubiger kommt die Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 jedenfalls dadurch in Lauf, daß der Gläubiger die Zustellung des Arrestbefehls und des Pfändungsbeschlusses sowohl an den Schuldner als an den Drittschuldner bewirkt.

3. **a)** BayRpflZ. **13** 425, R. **13** Nr. 3045 (BayObLG.). Bei arrestweiser Pfändung einer Buchhypothek ist die Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 nur gewahrt, wenn innerhalb dieser Frist außer dem Erlasse des Pfändungsbeschlusses auch die Eintragung der Pfändung im Grundbuche (§ 830) erfolgt ist. Ob etwa schon der *Antrag* auf Eintragung der Pfändung zur Wahrung der Frist genügt (vgl. § 932 Abs. 3), bleibt unentschieden. **b)** **RG. 81** 288, JW. **13** 438. Ist auf Grund einer einstw. Verfügung eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek (§§ 648, 885 BGB.) eingetragen, so kann der Eigentümer Löschung verlangen (§ 1004 BGB.), wenn die Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 oder die Zustellungsfrist des § 929 Abs. 3 Satz 2 ZPO. nicht gewahrt worden ist. Denn die Eintragung erweist sich dann, mangels Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse als nichtig. Ob der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch materiell begründet ist, ist unerheblich. Neben der Klage auf Beseitigung des nichtigen Vollziehungs-

akts steht dem Antragsgegner Widerspruch oder Antrag aus § 927 zwecks Aufhebung der einstw. Verfügung selbst zu (**RG. 51** 134, **67** 163). **c)** Einfluß der Frist des § 929 Abs. 2 auf das auf Grund eines Arrestes eingeleitete Offenbarungseidsverfahren s. zu § 807 Nr. 1 d—f.

4. BreslauAK. **13** 34 (Breslau). Auf die Innehaltung der Zustellungsfrist des § 929 Abs. 2 kann v e r z i c h t e t werden. Ein solcher Verzicht ist darin zu erblicken, daß der Gegner auf die mündliche Verhandlung über die gestellten Vollstreckungsanträge sich eingelassen hat, ohne der Mangel der Zustellung zu rügen (§ 295).

5. (Abs. 3) BayRpflZ. **13** 155 (Nürnberg). Ist dem Schuldner durch einstw. Verfügung die Verpflichtung auferlegt, Geld als Sicherheit zu hinterlegen, so muß die Zustellung dieser Anordnung an den Schuldner erfolgen, ehe der Gläubiger gemäß § 887 vorgehen darf.

§ 930. 1. **RG. 80** 185, JW. **13** 45. Werden bei dem Schuldner ausländische Banknoten arrestweise gepfändet, die ihm nicht gehören, diese dann vom Gerichtsvollzieher — unzulässigerweise ohne Anordnung des Vollstreckungsgerichts — gegen inländisches Geld umgewechselt und das Geld hinterlegt, so erwirbt nicht der Schuldner, sondern der Dritteigentümer der Banknoten den Anspruch gegen den Fiskus auf Auszahlung der hinterlegten Summe; denn der Gerichtsvollzieher konnte und durfte als Beamter beim Umwechseln nur die Absicht haben, zum Eigentümer des Erlöses den zu machen, den es anging, also den Eigentümer der Banknoten. Dieser kann Widerspruchsklage aus § 771 erheben.

2. **RG.** SeuffA. **68** 125 = GruchotsBeitr. **56** 1066, s. JDR. **11** 4 a. Anspruch des Arrestgläubigers auf Hinterlegung des gepfändeten Forderungsbetrags.

3. BadRpr. **13** 60 (Karlsruhe). Aus §§ 775 Nr. 1, 776 folgt, daß mit der Aufhebung eines Arrestes die auf Grund desselben verfügten Vollstreckungsmaßregeln nicht ohne Weiteres hinfällig werden.

§ 932. 1. OLG. **26** 11 (München). Die Arresthypothek ist eine nach § 868 auflösend bedingte Höchstbetragshypothek nach § 1190 BGB. Als solche stellt sie sich nach dem Inhalte des Grundbuchs dar, so daß der gutgläubige Erwerber keine weitergehenden Rechte zum Nachteile des Grundstückseigentümers erwerben kann.

2. Anwendbarkeit des § 866 Abs. 3 auf Arresthypotheken s. dort Nr. 3a.

§ 934. BayRpflZ. **13** 114, SeuffBl. **13** 272, OLG. **27** 188 (München). Durch einen Beschluß aus § 934 wird nicht der Arrestbefehl, sondern nur seine Vollziehung aufgehoben. Hierdurch wird die Verpflichtung des Schuldners zur Tragung der Vollstreckungskosten (§ 788) ebensowenig berührt, wie durch die Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung (§§ 707, 719).

§ 935. 1. **a)** SchlHolstAnz. **13** 184 (Kiel). Eine Anzeige des Eigentümers über den beabsichtigten Verkauf seines lebenden und toten Inventars berechtigt den Hypothekengläubiger zur Sicherung seines Unterlassungsanspruchs aus §§ 1134, 1135 BGB. eine einstw. Verfügung zu beantragen. **b)** S i e g e l , BayRpflZ. **13** 291. Durch § 409 BGB. werden im Viehgewährschaftsstreit anderweitige einstw. Verfügungen z. B. auf Tötung des Tieres und Verwertung des Fleisches, auf anderweitige Unterbringung, auf Beobachtung nicht ausgeschlossen. **c)** Einstw. Verf. gegen Verwertung des Pfandes zur Unzeit s. § 814 Nr. 1.

2. OLG. **27** 182 (Dresden) erklärt die Anordnung des Verkaufs einer wegen Mangelhaftigkeit zur Verfügung gestellten Ware durch einstw. Verfügung — außerhalb des Rahmens des § 379 HGB. — für unzulässig.

3. Keine Sicherung des Aussonderungsrechts aus § 43 KO. durch einstw. Verf. s. zu § 771 Nr. 3d.

§ 936. Vollstreckungsgegenklage und Einstellung der ZwV. bei einstw. Verf. s. zu § 767 Nr. 3.

§ 937. 1. (Abs. 1) OLG. **27** 185 (Hamburg). Die Anhängigkeit als solche begründet die Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache zum Erlasse der einstw. Verf. ohne Rücksicht darauf, ob das Gericht tatsächlich für die Hauptsache zuständig ist (**RG. 40** 377).

2. (Abs. 2.) **a)** MschutzuWettbew. **12** 258 (Cassel). Dringlichkeit bildet bei unlauterem Wettbewerbe die Regel; deshalb hier regelmäßig einstw. Verf. ohne vorgängige mündliche Verhandlung zulässig. **b)** Schefold, WürttRpflZ. **13** 307 führt gegen mehrere unveröffentlichte Entscheidungen des OLG. Stuttgart aus, daß die Frage der Dringlichkeit unabhängig von der Begründetheit des Antrags zu entscheiden sei, daß deshalb auch die Ablehnung im Falle des § 937 Abs. 2 vom Prozeßgerichte durch Beschluß und im Falle des § 944 vom Vorsitzenden durch Verfügung ausgesprochen werden kann. **c)** Zustimmend: Natter aaO. 309. **d)** ElsLothZ. **13** 216 (Colmar). Mündliche Verhandlung über den Antrag auf Erlaß einer einstw. Verf. ist auch dann nicht erforderlich, wenn Abweisung erfolgt. **e)** Ebenso Oppler, BuschsZ. **43** 431.

§ 938. 1. R. **13** Nr. 395 (Colmar). Durch einstw. Verf. kann nur dem Gegner, nicht einem Dritten eine Handlung geboten oder verboten werden; insbesondere kann durch sie nicht einem Gericht eine Vorschrift wegen des Verfahrens mit einem Antrag gemacht werden.

2. **a)** OLG. **26** 142 (Naumburg) bejaht die Zulässigkeit der Anordnung einer Zwangsverwaltung gemäß §§ 146 ff. ZwVG. im Wege der einstw. Verf. und bezeichnet diese Anordnung als das einzige Mittel, den Hypothekengläubiger gegenüber Zugriffen Dritter persönlicher Gläubiger auf die Mietzinsen zu sichern (§ 1124 BGB.). **b)** Marcus, JW. **13** 1028. Die Zwangsverwaltung im Sinne des § 866 ZPO. und des ZwVerstG. dient der ZwV. wegen Geldforderungen. Dieser Umstand macht sie für die Vollziehung einer wegen eines Individualanspruchs erlassenen einstw. Verf. in demselben Maße wie die Pfändung und Zwangseintragung untauglich. Während § 2 Abs. 3 PrZwVollstrG. vom 13. Juli 1883 die Anordnung der Zwangsverwaltung auch zur Vollziehung eines Arrestes zuließ, läßt § 932 ZPO. für die Arrestvollziehung in das unbewegliche Vermögen nur noch die Eintragung einer Sicherungshypothek zu, weil die Zwangsverwaltung über den Sicherungszweck hinausgehe und für den Schuldner regelmäßig mit Härten verbunden sei (Begr. zu § 932). Dies spricht auch gegen ihre Zulassung zur Vollziehung von einstw. Verfügungen (mit Ausnahme natürlich der auf Geldzahlung gerichteten). Die eine Sequestration anordnende einstw. Verf. hat etwa dahin zu lauten, daß dem Schuldner aufgegeben wird, das Grundstück einem — vom Prozeßgerichte zu ernennenden — Sequester herauszugeben und bei Vermeidung von Strafe die Verwaltung durch den Sequester zu dulden. §§ 885, 890. Nicht unzulässig ist, zu bestimmen, daß die Verwaltung nach den Bestimmungen des ZwverstG. geführt werden soll. S. auch JDR. **1** 1, **3** II 1, **4** II, **7** 1, **8** 1, **9** 1a, **10** 3, **11** 5a.

3. LeipzZ. **13** 408 (Dresden). Eine auf Geldzahlung gerichtete einstw. Verf. kann nur mit der aus § 10 AnfG. ersichtlichen Beschränkung die Grundlage für eine Gläubigeranfechtung bilden.

§ 940. 1. **a)** R. **13** Nr. 97 (Augsburg). Ist für das wirtschaftliche Ergebnis der Pfandverwertung der Ausgang eines bezügl. der Pfandsache anhängigen Rechtsstreits erheblich (z. B. Streit über die Einzahlungspflicht auf den gepfändeten Geschäftsanteil einer GmbH.), so kann durch einstw. Verf. angeordnet werden, daß die Versteigerung der Sache bis nach Erledigung des Rechtsstreits zu unterbleiben hat. **b)** Müller, DJZ. **13** 1438. Da die einstw. Verf. zur Erzwingung eines Kostenvorschusses seitens des Ehemanns nur aus § 940, nicht aus § 627 begründet werden kann, so ist Hauptsache im Sinne des § 932 der Anspruch auf Leistung des Vorschusses. Pfändbarkeit s. zu § 851 Nr. 10. **c)** KGBl. **13** 120 (KG.).

Nach dem österreichischen ABGB. §§ 91, 672 bildet die Pflicht des Mannes zur Zahlung der Prozeßkosten für die Frau einen Teil seiner Unterhaltspflicht. Ein Österreicher kann deshalb ebenfalls im Wege der einstw. Verf. zur Zahlung eines Kostenvorschusses für seine Ehefrau angehalten werden. **d)** BadRpr. **13** 119 (Karlsruhe) tritt der herrsch M. (**RG.** JW. **96** 151, 205, RGRKomm. § 1387 Anm. 6 b, SeuffA. **62** Nr. 26) dahin bei, daß der Frau, der das Armenrecht bewilligt ist, mangels Notstandes kein Recht zusteht, den Mann durch einstw. Verf. zur Leistung eines Kostenvorschusses anzuhalten. Anders nur dann, wenn die Frau besonderen Anlaß hätte, den Rechtsstreit nicht durch den vom Gerichte bestellten, sondern durch einen von ihr besonders zu wählenden Vertrauensmann zu führen. S. auch JDR. **3** I 4, **4** 2 f., **5** 4, **6** II 3, **7** I 4, **8** 2, **9** 1 k—n, **10** 1 c—f, **11** 3.

2. **a)** OLG. **27** 180 (Stuttgart) *verneint* einen Unterlassungsanspruch gegen eine erst drohende Verletzung von Rechts*gütern* (wie Ehre, Kredit, im Gegensatze zu den durch § 823 BGB. geschützten absoluten Rechten) und versagt deshalb eine einstw. Verf. auf Unterlassung einer solchen Verletzung. **b)** OLG. **27** 183 (München). Durch einstw. Verf. darf einem vertragsbrüchigen Schauspieler nicht das anderweitige Auftreten untersagt werden. **c)** Keine einstw. Verf. auf Auszahlung des nach § 720 hinterlegten Erlöses s. dort. **d)** ElsLothZ. **13** 499 (Colmar). Im Grundbuchanlegungsverfahren, insbesondere in dem Beschwerdeverfahren (Art. 186 EGBGB., § 3 KV., § 19 FGG. und § 1 AGfElsLothr.) ist kein Raum für eine einstw. Verf. auf Eintragung eines Widerspruchs.

3. SchlHolstAnz. **13** 29 (Kiel) nimmt gegen OLG. **23** 394 (Düsseldorf) an, daß bei dem Antrag auf Erlaß einer einstw. Verf. gegen kreditschädigende Behauptungen aus § 14 UnlWG. die Antragsteller nicht glaubhaft zu machen brauchen, daß die vom Gegner behaupteten Tatsachen unwahr seien, meint vielmehr, daß wie im ordentlichen Prozesse die Wahrheit vom Antragsgegner darzutun sei. (Ebenso *Finger*, Anm. 48 zu § 14 aaO.).

§ 942. 1. SeuffA. **68** 45 (Rostock). Der Antragsteller kann die Ladung zur Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstw. Verf. nach Ablauf der ihm gemäß § 942 Abs. 1 gesetzten Frist und auch nach Stellung des Antrags auf Aufhebung der einstw. Verf. bis zur Erlassung der auf diesen Antrag ergehenden Entscheidung noch nachholen. Ebenso *Skonietzki-Gelpcke*, Anm. 5, 7 zu § 231, *Seuffert*, Anm. 6 zu § 942, R. **06** 448 (Naumburg).

2. SchlHolstAnz. **13** 29 (Kiel). Im Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstw. Verf. hat das Gericht der Hauptsache nicht nachzuprüfen, ob das Erfordernis der Dringlichkeit bei Erlaß der einstw. Verf. durch das AG. bestand.

§ 945. 1. **Mendelssohn-Bartholdy*, SeuffBl. **13** 77. Die Entscheidung im Arrestprozesse hat für den Schadensersatzstreit keine bindende Wirkung; weder eine Existenzwirkung — denn sie ließe sich nur aus einer bestimmten Gesetzesvorschrift herleiten, die hier fehlt — noch eine Rechtskraftwirkung. Gegen die Annahme der letzteren spricht die beschränkte Kognition des Arrestprozesses, die auch dem Aufhebungs- oder Bestätigungsverfahren und seinem Endurteil anhaftet, und die Vorschrift des § 322 ZPO.

2. **RG.** R. **13** Nr. 3173. Bei Rechtspflicht zur Unterlassung der durch die einstw. Verf. verbotenen Handlung kein Schadensersatzanspruch im Falle der Aufhebung der einstw. Verf. (**RG. 65** 68). Vorausgesetzt ist, daß sich die einstw. Verf. auf die Auflage, sich der Zuwiderhandlung gegen die bestehende Rechtspflicht zu enthalten, beschränkt. S. JDR. **11** 5, 8 a.

Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren.

§§ 946 ff. **Schultzenstein*, BuschZ. **43** 323. Hinsichtlich der Prozeßmaxime für die Aufgebotssachen gilt dasselbe wie für die Ehesachen (vgl. I zu § 617).

§ 1003. Jacobi, Zum Aufgebote von Lotterielosen, GoldschmidtsZ. **72** 44—51, tritt in einigen Punkten Rönneberg, GoldschmidtsZ. **70** 219 — JDR. **10** — entgegen und führt u. a. aus, daß der Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens nicht mehr zulässig sei, wenn bereits feststehe, daß der Anspruch aus dem Lose (z. B durch Ablauf einer Verfallfrist, die nicht Vorlegungsfrist ist, oder durch Ablauf der Vorlegungsfrist, wenn die Zahlungssperre wegbedungen ist) verfallen sei.

Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren.

§§ 1025 ff. Literatur: Nußbaum, Neuere Entwicklung und Ausbau des Schiedsgerichtsverfahrens, BuschsZ. **42** 254 ff.

1. a) HansGZ. **13** Hptbl. 101 (Hamburg). Die Klausel „Hamburger Arbitrage" ist nach der durch die Bek. der Handelskammer vom 12. April 1911 (Amtsbl. 202) festgesetzten Platzusance im Sinne eines Schiedsvertrags zu verstehen. Juristen sind durch diese Klausel nicht als Schiedsrichter ausgeschlossen. b) OLG. **27** 194 (Hamburg). Die Aufzählung bestimmter Streitpunkte in dem Vertrage schließt die Annahme eines Schiedsvertrags nicht aus.

2. a) **RG.** RheinA. **110** II 377. Ist nur die Bestimmung des Preises und der Bedingungen, unter denen die Übernahme eines Anwesens durch einen Vertragsteil erfolgen soll, einem „Schiedsgericht" übertragen, so liegt kein Schiedsvertrag, sondern ein Vertrag über ein Schiedsgutachten (§ 317 BGB.) vor. b) KGJ. **43** 9 (KG.). Die nach § 64 Abs. 2 VVG. ernannten Sachverständigen sind nicht Schiedsrichter, sondern Schiedsmänner, die nur in einer den Prozeßrichter bindenden Weise die Höhe des Schadens schätzen.

3. a) **RG.** R. **13** Nr. 1921. Aus dem Besitze der Börsenkarte kann die Unterwerfung unter das Börsenschiedsgericht für alle von dem Besitzer abgeschlossenen börsenmäßigen Geschäfte geschlossen werden, auch wenn die Geschäfte für eine andere Firma als diejenige abgeschlossen sind, welche dem Vertreter die Karte ausstellen ließ. b) **RG.** SeuffA. **68** 126 = WarnE. **12** 508, s. JDR. **11** 4 c: Widerspruchsloses Verhandeln über Streitpunkte, die außerhalb des Schiedsvertrags liegen, als stillschweigende Unterwerfung unter das Schiedsgericht. Ebenso c) **RG.** R. **13** Nr. 1197.

4. HansGZ. **13** Beibl. 172, OLG. **27** 193 (Hamburg). Die Vertragsklausel, nach der sich die Parteien unter Ausschluß des Rechtswegs „dem Urteile der Gewerbekammer" unterwerfen, wird dahin ausgelegt, daß nicht diese aus 24 Vertretern bestehende Behörde zum Schiedsgerichte bestellt, sondern ihr nur die Ernennung von Schiedsrichtern übertragen werden sollte. Die Gültigkeit einer solchen Vereinbarung ist nicht zu bezweifeln (**RG. 53** 388).

5. SächsRpflA. **13** 148 (Dresden). Wenn auch in den meisten Fällen der Schiedsvertrag im Falle der Nichtigkeit des Hauptvertrags dessen Schicksal als unselbständiger Vertragsbestandteil teilt (**RG. 56** 20, **58** 154), so schließt dies nicht aus, daß der Schiedsvertrag dann selbständige — vom Bestande des Hauptvertrags unabhängige — Bedeutung hat, wenn nach dem Willen der Vertragsparteien auch die Entscheidung über die Rechtsgültigkeit des Hauptvertrags selbst einem Schiedsspruche unterstellt werden soll (SeuffA. **49** 168 [Hamburg]).

6. R. **13** Nr. 1920 (Hamburg). Schiedsrichter haften mangels abweichender Abrede nur für vorsätzliche, nicht für fahrlässige Verletzung ihrer Schiedsrichterpflichten.

7. GewuKfmG. **18** 463 ff. erörtern Bewer, Wedemeyer, Wölbling und Walsmann die zivilprozessuale Bedeutung der Schiedssprüche der Einigungsämter und tariflichen Schiedsgerichte.

8. *Schultzenstein, BuschsZ. **43** 330. Soweit das schiedsrichterliche Verfahren vor den Schiedsrichtern selbst stattfindet, hängt es von der Vereinbarung der

Parteien und dem Ermessen der Schiedsrichter ab, welche Prozeßmaxime zur Anwendung zu bringen ist. Soweit eine Mitwirkung der Gerichte stattfindet, unterliegt diese als Teil des Zivilprozesses der Regel der Verhandlungsmaxime.

9. *Fehr, GoldschmidtsZ. 73 168. Die Normen der ZPO. über das schiedsrichterliche Verfahren finden auf das Verfahren vor den Einigungsämtern in Sachen des unlauteren Wettbewerbes keine Anwendung. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Einigungsämter zugleich als Schiedsämter von den Parteien anerkannt sind.

§ 1025. 1. R. **13** Nr. 1199 (BayObLG.). Der Überweisung des Streites über die Verweigerung des Ehekonsenses mangels Ebenbürtigkeit der Ehe eines Standesherrn an ein hausgesetzliches Schiedsgericht steht reichsrechtlich nichts entgegen. Die entsprechende Anwendung des § 1025 (§ 1048) führt dazu, daß die Anordnung des Schiedswegs durch eine letztwillige oder eine andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügung nur soweit gültig ist, als der Verfügende zu der die Anordnung des Schiedswegs enthaltenden Verfügung befugt ist.

2. *Eckstein, BuschsZ. **44** 74 ff. Überschreitung des Schiedsauftrags schafft ein Nichturteil und bedarf keiner Anfechtung. Einwand der Rechtskraft unzulässig.

§ 1028. **RG.** JW. **13** 141, LeipzZ. **13** 149, EisenbE. **29** 336, WarnE. **13** 94, R. **13** Nr. 396. Wenn auch ein Schiedsrichter, nachdem er die Übernahme des Amtes zugesagt hat, nicht willkürlich zurücktreten kann, so erfordert doch seine Stellung, daß er frei und unabhängig wie der Staatsrichter der Streitsache gegenübersteht. Mit Rücksicht hierauf bildet die Zurücknahme der Ernennung seitens eines Vorgesetzten genügenden Grund, die Fortsetzung des Amtes abzulehnen.

§ 1029. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1356. Die Voraussetzung für die Ernennung eines Schiedsrichters, daß bereits ein Streit besteht, ist schon erfüllt, wenn eine Partei im voraus einen Protest gegen bestimmte Maßnahmen des Gegners erklärt hat.

2. BayRpflZ. **13** 310 (Nürnberg). Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens wegen Ernennung eines Schiedsrichters (§ 1029 Abs. 2) sind der in ihm unterlegenen Partei ohne Rücksicht auf die Regelung der Kostenlast im Schiedsvertrag aufzuerlegen (§ 91 ZPO.).

§ 1032. **RG.** R. **13** Nr. 1195 a. Die Entscheidung über die Ablehnung eines Schiedsrichters steht, wenn im Schiedsvertrage nichts anderes bestimmt ist, dem Staatsgerichte zu. Das Schiedsgericht kann ohne Rücksicht auf die Ablehnung sein Verfahren fortsetzen und den Spruch erlassen.

§ 1034. 1. **RG.** JW. **13** 996, R. **13** Nr. 3047—3050. Ist in einem Schiedsvertrage die Entscheidung in erster Linie zwei von den Parteien zu ernennenden Schiedsrichtern und nur für den Fall, daß diese sich nicht einigen können, einem von ihnen zu ernennenden Obmanne zugewiesen, so stellt das Verfahren vor dem Obmanne nur eine Fortsetzung des vor den beiden Schiedsrichtern begonnenen einheitlichen Verfahrens dar. Es bedarf deshalb keiner erneuten Anhörung der Parteien vor dem Obmanne.

2. OLG. **27** 200 (Hamburg). Es ist nicht nötig, daß jeder Schiedsrichter persönlich und unmittelbar die Parteien hört.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 616. Das Schiedsgericht ist an die Parteianträge nicht gebunden. Es kann jede Entscheidung treffen, die sich in dem durch den Schiedsvertrag bestimmten Rahmen hält.

§§ 1035, 1036. 1. *Nußbaum, BuschsZ **42** 290 ff. Das gegenwärtig im Falle einer vom Schiedsgericht angeordneten Beweiserhebung notwendig werdende Verfahren wird eingehend erörtert und Abänderung verlangt. Die Auffassung des KG., daß das Schiedsgericht in jedem Falle erst den formellen Versuch anstellen müsse, einen Zeugen zur Abgabe einer Erklärung zu veranlassen, bevor er von dem ordentlichen Gerichte vernommen werden darf, ist unzutreffend.

2. OLG. 27 196 (München). Zu einem Ersuchen um Rechtshilfe an nach § 1045 nicht zuständige Gerichte ist das Schiedsgericht nicht befugt.

§ 1037. 1. R. 13 Nr. 3276 (Hamburg). Die Mitwirkung eines abgelehnten Schiedsrichters macht den Schiedsspruch so lange nicht unwirksam, als nicht die Ablehnung im Beschlußwege — wenn auch nachträglich — vom Gerichte für begründet erklärt ist (§ 1045).

2. BayRpflZ. 13 258 (Nürnberg). Über die Verpflichtung zur Erstattung von Kosten, die einer Partei durch ein unzulässiges Schiedsgerichtsverfahren entstanden sind, ist nach bürgerlichem Rechte von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden.

§ 1038. OLG. 27 196 (KG.). Schriftliche Beratung und Abstimmung sind zulässig. §§ 196 ff. GVG. sind nicht anwendbar.

§ 1039. 1. a) **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1093, R. **13** Nr. 558, teilweise LeipzZ. **13** 297, OLG. **27** 198 Anm. 1, billigt die auf **RG. 37** 413 gestützte Vorentscheidung, nach welcher aus der Tatsache der Unterzeichnung des Schiedsspruchs durch einen Schiedsrichter die Vermutung für die Ermächtigung der anderen zur Zustellung und Niederlegung des Spruches herzuleiten ist, in einem Falle, wo nicht nur der Schiedsspruch selbst, sondern auch die zugestellte Ausfertigung unterblieben war. Der Vermerk in der bei Gericht niedergelegten Zustellungsurkunde, daß eine beglaubigte Abschrift zugestellt sei, schadet nichts, wenn sich aus der der Partei ausgelieferten Urkunde ergibt, daß vorschriftsmäßig die Zustellung einer Ausfertigung erfolgt ist. b) OLG. 27 198, ElsLothJZ. **13** 567 (Colmar). Die Niederlegung des Schiedsspruchs kann auch durch eine von den Schiedsrichtern beauftragte dritte Person erfolgen. Dies kann auch der Vertreter einer der Parteien sein (Gaupp-Stein, Seuffert zu § 1039, OLG. **9** 90). S. auch JDR. **11** 2.

2. a) **RG.** JW. **13** 655, WarnE. **13** 409, R. **13** Nr. 1502 hält daran fest, daß im Rahmen des § 319 auch ein Schiedsspruch nachträglich berichtigt werden kann. Die Nachprüfung, ob dieser Rahmen innegehalten ist, liegt dem ordentlichen Gericht ob, da gegebenenfalls ein unzulässiges Verfahren (§ 1041 Nr. 1) vorliegen würde. b) Ebenso OLG. **27** 198, ElsLothJZ. **13** 567, R. **13** Nr. 732 (Colmar).

§ 1041. I. a) **RG.** OLG. **27** 195 Anm. 1, R. **13** Nr. 1040. Der Satz, daß die Aufhebung des Schiedsspruchs den ordentlichen Rechtsweg eröffnet, ist nicht anwendbar, wenn die Parteien vor den Schiedsrichtern einen Vergleich schließen, der wegen Formmangels nichtig ist oder wieder aufgehoben wird. Denn durch einen nichtigen Vergleich wird der Schiedsvertrag nicht erledigt. b) R. **13** Nr. 1922 (Nürnberg). Zieht der Kläger seine Klage vor dem Schiedsgericht auf den Einwand der Unzuständigkeit zurück, so muß er dem Beklagten die Kosten einschließlich Anwaltskosten wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz (§ 16 GVG.) erstatten, wenn er trotz Hinweises fahrlässigerweise die Unzuständigkeit verkannt hat. c) **RG.** LeipzZ. **13** 388. Neben den Rechtsbehelfen der §§ 1041, 1042 Abs. 2 ist eine auf Feststellung der Unzulässigkeit des abgeschlossenen schiedsgerichtlichen Verfahrens gerichtete Klage (§ 256) nur insoweit zulässig, als dafür ein besonderes Bedürfnis besteht.

II. Nr. 1. a) **RG.** WarnE. **13** 215, R. **13** Nr. 559 hält daran fest, daß § 1041 Nr. 1 nicht nur den Fall betrifft, daß ein schiedsrichterliches Verfahren überhaupt nicht stattfinden durfte, sondern auch anwendbar ist, wenn das schiedsgerichtliche Verfahren an wesentlichen seine Grundlage angehenden Mängeln leidet, so, wenn das Schiedsgericht über Punkte entschieden hat, die seiner Beurteilung nicht unterbreitet waren (**RG. 35** 422, **46** 419, **47** 424, GruchotsBeitr. **49** 1077). b) OLG. **27** 200 (Naumburg). Die Beteiligung eines Schiedsrichters an dem zu entscheidenden Rechtsstreite, die nach § 41 im ordentlichen Verfahren den Richter ausschließen würde, rechtfertigt im Schiedsverfahren nur die Ablehnung (§ 1032), macht aber das Verfahren selbst nicht unzulässig. Dies gilt auch, wenn die Partei erst nach Abschluß des schiedsgerichtlichen Verfahrens den Ausschließungsgrund erfährt. c) **RG.**

JW. **13** 655, R. **13** Nr. 1503. Hat der Beklagte gegenüber der Klage im ordentlichen Rechtswege die prozeßhindernde Einrede des Schiedsvertrags (§ 274 Abs. 2 Nr. 3) erhoben und daraufhin der Kläger die Klage zurückgenommen, so hat er hierdurch sein Einverständnis damit bekundet, daß der geltend gemachte Anspruch nunmehr einem Schiedsgericht unterbreitet werde. Er kann dann später nach dem Schiedsspruche gegenüber der Klage auf Vollstreckbarkeitserklärung nicht mehr die Unzulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens geltend machen. **d) RG.** R. **13** Nr. 2916. Für die Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichts muß eine Ergänzung des Streitstoffs, die erst bei der Verhandlung über die Aufhebungsklage erfolgt, unberücksichtigt bleiben. **e)** BankA. **12** 321 (KG.). An einen rechtsverbindlichen Schiedsvertrag des Gemeinschuldners ist auch der Konkursverwalter gebunden.

III. Nr. 5. **a)** OLG. **27** 196 (KG.). Als Begründung des Schiedsspruchs genügt eine sachliche Rechtfertigung der Gesamtentscheidung aus Gründen der Billigkeit. **b)** OLG. **27** 198 (Colmar). Ausdrückliche Bezugnahme auf Gutachten genügt zur Begründung. **c) RG.** R. **13** Nr. 1198. Der Schiedsspruch ist auch dann nicht mit Gründen versehen, wenn deren Inhalt so widerspruchsvoll ist, daß die Aus führungen sich gegenseitig aufheben, oder wenn sie sonst widersinnig oder völlig nichtssagend sind.

§ 1042. 1. **RG.** WarnE. **13** 215. Bei teilweiser Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens — s. zu § 1041 Nr. 1 — kann Vollstreckungsurteil wegen des von der Unzulässigkeit nicht betroffenen Teiles des Schiedsspruchs erlassen werden.

2. SeuffA. **68** 484 (Stettin). Auch Vollstreckungsurteile zu Schiedssprüchen unterliegen den allgemeinen Vorschriften über die vorläufige Vollstreckbarkeit. (Ebenso Gaupp-Stein [8/9] Anm. V, Petersen-Anger [4], Anm. 3 zu § 1042.)

3. OLG. **27** 194 (Hamburg). Der Spruch des Vollstreckungsurteils ist dahin zu fassen, daß die ZwV. aus dem Schiedsspruche für zulässig erklärt wird, nicht dahin, daß dieser für vollstreckbar erklärt werde.

4. **a)** OLG. **27** 201 (Hamburg). Ein ausländischer Schiedsspruch kann mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 1039 nicht die Grundlage für ein Vollstreckungsurteil bilden. Es kann wahlweise auf Erfüllung des nach ausländischem Rechte ordnungsmäßig ergangenen Schiedsspruchs (**RG. 30** 371) oder aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse von neuem geklagt werden. **b)** SchlHolstAnz. **13** 295 (Kiel) gibt im gleichen Falle die Klage auf Erfüllung des ausländischen Schiedsspruchs.

§ 1045. **a) RG.** R. **13** Nr. 560. Die im Beschlußverfahren nach § 1045 ergangenen Entscheidungen schaffen innerhalb ihres Rahmens endgültig Recht und sind für einen späteren Rechtsstreit aus §§ 1041 ff. maßgebend. **b) RG.** R. **13** Nr. 1355. Der im Beschlußverfahren rechtskräftig zurückgewiesene Einwand der Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens ist auch für das spätere Urteilsverfahren endgültig erledigt.

Gesetz
über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

Vorbemerkung: Das RG. hat an seiner **RG. 78** 61 vertretenen Ansicht über die Behandlung der nichtvalutierten Grundschuld festgehalten. — Die vielfachen Klagen über die Benachteiligung des Erstehers und der Hypothekengläubiger durch Vorausverfügungen über Mietzinsen haben die Reichsregierung zur Ausarbeitung einer Gesetzesvorlage veranlaßt, die auch eine Änderung des § 57 ZVG. vorsieht. — Bezüglich der Frage, in welchen Fällen eine Ausgleichung zwischen Nachteil und Vorteil bei Zuschlag

des Grundstückes an einen ausgefallenen Hypothekengläubiger zulässig ist, ist eine allgemein anwendbare Formel bisher nicht gefunden. Vgl. zu § 91 Nr. 2.

Erster Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. *Schultzenstein. Wegen der zur Anwendung kommenden Prozeßmaxime vgl. zu § 803 ZPO. Ziff. 1.

§ 9. 1. Starck, JW. **13** 559. Das ZVG. versteht unter „Schuldner" den Eigentümer (§ 17), der die Leistungspflicht hat, beim gesetzlichen Güterstand also nur die als Eigentümer eingetragene Ehefrau, nicht den Ehemann.

2. BayRpflZ. **13** 309 (Bamberg). Ist der Schuldner in Konkurs, so ist er gleichwohl Beteiligter des Zwangsverwaltungsverfahrens, jedoch mit der Einschränkung, daß er nicht in die Ausübung der infolge des Konkurses auf den Konkursverwalter übergegangenen Verwaltung und Verfügung eingreifen darf. (Ebenso Wolff, LeipzZ. **11** 99, Reinhard, ZVG. § 172 Bem. 3.)

3. SächsOLG. **34** 437, ZBlFG. **13** 707. Ein Gläubiger, der vor Anordnung der ZwVerw. die Mieten des Grundstücks im Rahmen des § 1124 Abs. 2 BGB. gepfändet hat, ist, wenn er seinen Anspruch unter Vorlegung des Pfändungsbeschlusses anmeldet, Beteiligter im Sinne des § 9 Nr. 2.

4. Wegen des Pfandgläubigers, der eine durch Hypothek gesicherte Forderung gepfändet und sich hat überweisen lassen, s. zu § 830 ZPO. Ziff. 6.

§ 10. 1. Nr. 1. **RG.** ZBlFG. **14** 300 verneint nach Lage des Falles ein Verschulden des Rechtsanwalts, der im Versteigerungstermine dem persönlich erschienenen Gläubiger als Beistand zur Seite gestanden hatte, wegen unterlassener Nachprüfung der vom Gläubiger angemeldeten Zwangsverwaltungsaufwendungen.

2. Nr. 3. a) **RG.** SchlHolstAnz. **13** 298, R. **13** Nr. 2509. Straßenanliegerbeiträge und Kanalbaukosten sind auf nicht privatrechtlichem Titel beruhende Abgaben und Leistungen, die auf dem Grundstücke nach Gesetz oder Verfassung haften (Art. 1 Nr. 2 PrAGZVG.). Sie fallen deshalb, obwohl sie sich in einmaliger Leistung erschöpfen, unter § 10 Nr. 3 (**RG. 56** 398). b) Lövinson, JW. **13** 115. Die nach § 9 PrKommAbgG. den Eigentümern von Grundstücken auferlegten Beiträge (z. B. zur Kanalisation) haben — im Gegensatze zu den gemäß § 15 FluchtlinienG. eingeforderten Anliegerbeiträgen — keine dingliche Wirkung und gewähren kein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG. c) **RG.** SchlHolstAnz. **13** 298, R. **13** Nr. 2508. Beiträgen, die länger als zwei Jahre rückständig sind, steht das auf öffentlich-rechtlichem Titel beruhende Vorrecht des § 10 Nr. 3 nicht zu. Da es durch privatrechtliche Vereinbarung nicht erzeugt werden kann, so kann es auch solchen länger als zwei Jahre rückständigen Beiträgen nicht beigelegt werden, die nur deshalb noch nicht eingefordert sind, weil nach der Veranlagung durch besondere Vereinbarung der Zeitpunkt der Zahlung hinausgeschoben ist.

3. Nr. 4. a) OLG. **26** 136 (Hamburg). Nach § 23 hat die Beschlagnahme die Wirkung eines Veräußerungsverbots nur zugunsten des Gläubigers. Das gerichtliche Veräußerungsverbot (§§ 135, 136 BGB.) macht eine dagegen verstoßende Verfügung nur insoweit unwirksam, als sie dem Interesse der geschützten Person tatsächlich zuwiderläuft. Mit dieser nur relativen Unwirksamkeit einer nach der Beschlagnahme getroffenen Verfügung würde es im Widerspruche stehen, wenn im § 10 Nr. 4 eine absolute Unwirksamkeit gegenüber allen interessierten Gläubigern der Rangklassen 1—4 ausgesprochen sein sollte. Die Unwirksamkeit einer nach der Beschlagnahme getroffenen Verfügung kann daher nur dann und insoweit in Frage kommen, als ein bestimmter betreibender Gläubiger durch diese Verfügung in seinem

Interesse verletzt wird. b) Meiser, GruchotsBeitr. 57 608. In Klasse 4 gehört auch eine dem betreibenden Gläubiger vorgehende Auflassungsvormerkung. Die Zuschlagsverfügung ist einem solchen Auflassungsgläubiger gegenüber unwirksam (§ 883 Abs. 2 BGB.). Dagegen greift, soweit die Auflassungsvormerkung dem betreibenden Gläubiger nachsteht, § 883 Abs. 2 wegen gleichzeitigen Erlöschens der Vormerkung nicht ein.

§ 12. Rangänderung zwischen Zinsen und Kapital s. zu § 44 Ziff. 1.

§ 13. Hase, SächsRpflA. **13** 505. Aus § 56 ZVG. in Verb. mit § 103 BGB. folgt, daß bei Grundstückslasten, die nach dem geringsten Gebot (oder laut Vereinbarung gemäß § 59) bestehen bleiben, der Endpunkt der laufenden Beträge wiederkehrender Leistungen der Zuschlag ist: bis zum Zuschlage sind sie vom Schuldner zu zahlen, vom Zuschlag an fallen sie dem Ersteher zur Last. Bezüglich der durch den Zuschlag erlöschenden Rechte dagegen gilt der Satz, daß das Recht des Gläubigers, unbeschadet seines Erlöschens am Grundstück, am Versteigerungserlöse fortbesteht (**RG. 55** 264). Hieraus folgt, daß für die durch den Zuschlag erlöschenden Rechte die wiederkehrenden Leistungen bis zum Verteilungstermine zu berechnen und in den Teilungsplan einzusetzen sind. Dies gilt auch, wenn nach § 91 Abs. 2 das Bestehenbleiben des Rechtes vereinbart wird.

Zweiter Titel. Zwangsversteigerung.

I. Anordnung der Versteigerung.

Literatur: Meiser, Die Vormerkung des Auflassungsanspruchs in der Zwangsversteigerung, GruchotsBeitr. **57** 584—617, 769—808. — Rodewald, Das Nießbrauchsrecht an Grundstücken in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Berlin 1913.

§ 15. Schmitt, BayRpflZ. **13** 89. Die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts wird dadurch nicht berührt, daß das beschlagnahmte Grundstück während des ZwVerstVerfahrens einem anderen Gerichtsbezirke zugeteilt wird; denn es handelt sich um einen einheitlichen Vollstreckungsvorgang. Was für das Vollstreckungsgericht gilt, muß auch für die Zuständigkeit des Notars gelten, dem die Ausführung der Versteigerung von dem Vollstreckungsgericht übertragen worden ist (§ 13 EG. ZVG., Art. 25 BayAGGBO.). Zustimmend eine Notiz BayNotZ. **14** 107.

§ 16. 1. Boehm, DJZ. **13** 1135. Stellt eine Ehefrau den Antrag auf ZwVerst., so ist — abgesehen von den Ausnahmefällen der §§ 1365 1401, 1405, 1407 Nr. 2 BGB. — die Einwilligung des Mannes nur dann erforderlich, wenn die Frau als dinglich Berechtigte den Antrag stellt. Denn nur dann kann die Einleitung der ZwVerst. — infolge Ausfalls des Rechtes — eine Verfügung über eingebrachtes Gut zur Folge haben. AM. Jaeckel-Güthe (3), Anm. 4 zu § 16, der die Einwilligung nur in den bezeichneten Ausnahmefällen für entbehrlich hält. — S. auch zu § 181.

2. a) Gerner, BadNotZ. **13** 30. Zur ZwVollstr. in ein zum eingebrachten Gute gehöriges Grundstück einer Ehefrau ist auch ein Duldungstitel gegen den Mann erforderlich. Wird nicht spätestens bis zur Entscheidung über den Zuschlag Gütertrennung oder Vorbehaltsgut oder ein vor der Anordnung erwirkter ➵ richtiger: zugestellter (§ 750 ZPO.). Red. ⇜ Titel gegen den Mann nachgewiesen, so ist der Zuschlag zu versagen (§ 83 Nr. 6). b) SchlHolstAnz. **13** 51 (Kiel). Bei der ZwVerst. eines Grundstücks, welches zum eingebrachten Gute der Frau gehört, bedarf es der Zuziehung des Mannes nicht, wenn die Schuldnerin auf dem Grundstück ein selbständiges Erwerbsgeschäft betreibt.

3 ElsLothJZ. **13** 376 (Colmar). Ist bei der ZwV. aus einer Hypothek der persönliche Schuldner vom Grundstückseigentümer verschieden, so ist beim Antrag

auf ZwVerst. wie in dem VerstBeschl. der Grundstückseigentümer (als der dinglich Verpflichtete) als „Schuldner" zu bezeichnen.

§ 20. OLG. **26** 150 (Naumburg). Der Hypothekar kann wegen Entfernung von Zubehörstücken v o r der Beschlagnahme nicht nur vom Eigentümer, sondern auch vom Dritten Schadensersatz verlangen, wenn sein Hypothekenrecht vorsätzlich oder fahrlässig geschädigt ist (**RG. 73** 333). Ein Schaden ist jedoch nicht entstanden, wenn im Einzelfall anzunehmen ist, daß der Ersteher auch bei höherem Werte kein höheres Gebot abgegeben hätte.

§ 23. 1. OLG. **26** 136 (Hamburg). Nach § 23 ist eine nach der Beschlagnahme im Rahmen des § 1119 BGB. erfolgende Zinserhöhung nur insoweit unwirksam, als sie dem Interesse eines betreibenden Gläubigers zuwiderläuft. Andere dinglich Berechtigte können sich auf § 23 nicht berufen. S. auch diese Entsch. zu § 10 Ziff. 3 a.

2. M e i s e r , GruchotsBeitr. **57** 584 ff., erörtert nach allgemeinen Ausführungen über die rechtliche Natur der Auflassungsvormerkung (s. zu §§ 10 Ziff. 3 b, 28, 37 Ziff 2 a, 48), deren Wirkung im Zwangsversteigerungsverfahren, je nachdem Beschlagnahme und Eintragung des Versteigerungsvermerkes zusammen der Entstehung der Auflassungsvormerkung entweder vor- oder nachgehen (611—617. 769—772) oder die Auflassungsvormerkung zwischen dem Wirksamwerden der Beschlagnahme und der Eintragung des Beschlagnahmevermerkes zur Entstehung gelangt (773—779).

§ 27. 1. FrankfRundsch. **47** 85 (LG. Frankfurt a. M.). Der Beitritt wird erst rechtswirksam mit Zustellung des den Beitritt zulassenden Gerichtsbeschlusses an den Schuldner.

2. Einstellungsbewilligung durch einen der Gläubiger s. zu § 30 Ziff. 1 a.

§ 28. M e i s e r , GruchotsBeitr. **57** 609. Die Auflassungsvormerkung ist, auch wenn sie dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgeht, kein die Veräußerung hinderndes Recht. H. M.; **RG.** JW. **10** 489; aM. K r e t z s c h m a r , R. **03** 592, L i p p m a n n , JheringsJ. **54** 139. S. auch zu § 37 Ziff. 2 a und zu § 772 ZPO.

II. Aufhebung und einstweilige Einstellung des Verfahrens.

§ 29. OLG. **27** 211 (Breslau). N i m m t von mehreren betreibenden Hypothekengläubigern der erststehende zwischen Schluß der Versteigerung und Zuschlag den Versteigerungsantrag z u r ü c k , so hat dies die Wirkung, daß das bisher festgestellte geringste Gebot (§ 44) unrichtig wird; denn die Hypothek des den Antrag zurücknehmenden Gläubigers ist nunmehr in das geringste Gebot aufzunehmen. Es ist deshalb der Zuschlag zu versagen (§ 83 Nr. 1), es sei denn, daß der zurücknehmende Gläubiger nach Lage des Falles nicht beeinträchtigt wird (z. B. weil er volle Befriedigung durch Zahlung erhält) oder das Verfahren (den Zuschlag nach den bisherigen Versteigerungsbedingungen) genehmigt. — Einstellungsbewilligung s. zu § 30.

§ 30. 1. a) M a r c u s , ZBlFG. **14** 217 folgert aus den im § 27 zum Ausdrucke gelangten Grundsätzen der Einheitlichkeit des Verfahrens und des gleichen Rechtes für alle Gläubiger, daß die E i n s t e l l u n g s bewilligung seitens e i n e s Gläubigers auf das Verfahren — insbesondere auf die Bildung des geringsten Gebots (§ 44) — keinen Einfluß habe. b) G o l d m a n n , R. **13** 513. Ein Gläubiger, der die einstw. Einstellung des Verfahrens bewilligt hat, kann im Versteigerungstermine nicht anders behandelt werden als ein Gläubiger, gegen den wider seinen Willen durch Gerichtsbeschluß (§ 769 ZPO.) die einstw. Einstellung angeordnet wurde. Ein solcher Gläubiger kann zwar keine neuen Vollstreckungshandlungen mehr vornehmen, seine bereits erworbenen Rechte müssen aber ungeschmälert erhalten bleiben. Deshalb ist, wenn von mehreren betreibenden Gläubigern der vorgehende die einstw. Einstellung bewilligt, sein Anspruch gleichwohl für das geringste

Gebot maßgebend. Der Gläubiger, der die einstw. Einstellung bewilligt, setzt voraus, daß die Einstellung auch tatsächlich erfolge. Er will nicht seine Rechtsstellung für den Fall schmälern, daß mangels Zustimmung der anderen Gläubiger die Versteigerung trotzdem stattfindet. Will er nicht als betreibender Gläubiger gelten, so muß er den Antrag zurücknehmen. Ebenso Wolff (3) § 30 Anm. 8 und R. **10** 654; aM. Reinhard § 30 Anm. II 5, Steiner (2) § 44 Anm. 2. — Wegen Zurücknahme s. zu § 29.

2. Terminsverlegung s. zu § 37 Ziff. 3.

III. Bestimmung des Versteigerungstermins.

§ 37. 1. Nr. 4. Gundlach, JW. **13** 411, erörtert die Rechte des Hypothekengläubigers an der Versicherungssumme, welche durch Eintritt des Versicherungsfalls zahlbar geworden ist, im Falle der ZwVerst. Bei der Gebäudeversicherung erstreckt sich zwar die Beschlagnahme auf die fällig gewordene Versicherungssumme (§ 20). Die Forderung gegen den Versicherer geht aber mit dem Zuschlag auf den Ersteher über (§ 90 Abs. 2), und der ausfallende Hypothekengläubiger geht leer aus. Dies kann er, sofern er in der Lage ist, sich einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen, dadurch vermeiden, daß er vor Einleitung des ZwVersteigerungsverfahrens die Forderung gegen den Versicherer pfändet und sich zur Einziehung überweisen läßt. Auf Grund des § 1128 BGB. kann er dann die Rechte aller chirographarischen Pfändungspfandgläubiger an der Versicherungssumme beseitigen. In der ZwVerst. meldet er das Pfandrecht gemäß § 37 Nr. 4 an und verhindert dadurch, daß es durch den Zuschlag erlischt. Für andere als Gebäudeversicherungen sind §§ 1129, 1124 zu berücksichtigen.

2. Nr. 5. a) Meiser, GruchotsBeitr. **57** 602, 603, 606. Auch der Dritteigentümer, zu dessen Gunsten ein Widerspruch im Grundbuche eingetragen ist (§§ 894, 899 BGB.), muß rechtzeitig auf Grund seines der Versteigerung entgegenstehenden Rechtes Widerspruch erheben (§ 771 ZPO.), widrigenfalls für das Recht der Versteigerungserlös an die Stelle des versteigerten Gegenstandes tritt. — Dagegen steht dem aus einer Auflassungsvormerkung Berechtigten kein Widerspruchsrecht zu. (S. auch zu § 772 ZPO. und § 28.) b) ZBlFG. **04** 18, SeuffBl. **13** 295 (Dresden). Hat der Dritteigentümer eines Zubehörstücks versäumt, die einstweilige Einstellung der ZwV. vor der Erteilung des Zuschlags herbeizuführen (§ 37 Nr. 5), so geht das Zubehörstück durch den Zuschlag auf den Ersteher mit über, und eine Einstellung der ZwVerst. in Ansehung dieses Zubehörstücks ist nicht mehr zulässig.

3. Gutmann, DNotV. **13** 733. Auf Antrag des Gläubigers kann der Versteigerungstermin verlegt werden. Die Verlegung stellt sich als Einstellung (§ 30 Abs. 2), verbunden mit Fortsetzung des Verfahrens (§ 31) dar. Es ist nicht unzulässig, im Interesse der Einfachheit und Kostenersparung auch empfehlenswert, in der neuen Terminsbestimmung auf den Inhalt der früheren Terminsbestimmung Bezug zu nehmen.

§ 41. ElsLothJZ. **13** 86 (Colmar). Die Mitteilung nach § 41 Abs. 2 kann nicht mit der Zustellung der Terminsbestimmung nach Abs. 1 verbunden werden, wie schon die für letztere im § 43 Abs. 2 vorgeschriebene Frist ergibt. Sie erfolgt formlos. Mehrkosten, welche durch Zustellung entstehen, kann der Notar (als Versteigerungsbeamter) nicht erstattet verlangen.

§ 43 1. ElsLothJZ. **13** 194 (Colmar). Die für die Bekanntmachung der Terminsbestimmung vorgesehene sechswöchige Frist muß auch bei Verlegung des VerstTermins innegehalten werden. Nichtbeachtung führt zur Versagung des Zuschlags (§ 83 Nr. 7) und ist in der Beschwerdeinstanz von Amts wegen zu berücksichtigen (§ 100 Abs. 3).

2. OLG. 27 213, MecklZ. 31 317 (Rostock). Wird vor der Terminsanberaumung der Tod eines Beteiligten dem Gerichte bekannt, so ist, wenn die Person oder der Wohnort des Erben unbekannt ist, um dem § 41 genügen zu können, nach § 6 ein Zustellungsvertreter zu bestellen. Diesem ist die Terminsbestimmung zuzustellen. Nichtbestellung eines Zustellungsvertreters enthält keine Verletzung des § 43 Abs. 2. Die Kenntnis des Gerichtsschreibers steht der des Gerichts nicht gleich.

IV. Geringstes Gebot. Versteigerungsbedingungen.

§ 44. Literatur: Gundlach, Das Rangverhältnis der kraft Gesetzes übergegangenen und der durch Rechtsgeschäft abgetretenen Hypothekenzinsen zum Kapital, JW. **13** 718—719. — Stillschweig, Das geringste Gebot bei der ZwVerst. wegen Hypothekenzinsen, JW. **13** 417—419.

1. **a)** Stillschweig aaO. Da die §§ 10 bis 12 zugleich die Grundlage für die Regelung des geringsten Gebots bilden, so geht die Zinsforderungshypothek, d. h. die Hypothek, soweit sie sich auf Zinsen der Forderung erstreckt, der Kapitalshypothek im Sinne des § 44 vor. Es stehen deshalb, wenn das Verfahren vom Hypothekengläubiger nur wegen der Zinsen betrieben wird, sowohl diese als das Kapital außerhalb des geringsten Gebots. Dies gilt auch, wenn der Zessionar der Zinsforderung das Verfahren betreibt (vgl. Fischer-Schäfer, § 12 Anm. und § 52 Anm. 2, Jaeckel-Güthe, § 52 Anm. 4). Ist bei der Abtretung rückständiger Zinsen ein Rangvorbehalt für das Kapital vereinbart, so findet ebenso wie bei gesetzlichem Übergange des Zinsanspruchs in den Fällen der §§ 1150, 1176 BGB. eine dingliche Rangänderung statt; die Zinsforderungshypothek steht der Kapitalshypothek im Range nach; wird die ZwVerst. wegen der Zinsforderung betrieben, so ist das Kapital in das geringste Gebot einzustellen. — Unter rückständigen Zinsen sind dabei nur solche zu verstehen, die bereits zur Zeit der Abtretung fällig sind. — Verlangt der Kapitalgläubiger die Berücksichtigung seines Rechtes bei Feststellung des geringsten Gebots, so muß er es in Ansehung des Vorranges rechtzeitig anmelden und glaubhaft machen (§ 45), und zwar so rechtzeitig, daß die Fristen des § 44 Abs. 2 und § 41 Abs. 2 gewahrt werden können. **b)** Zu dem gleichen Ergebnisse bezüglich des Ranges der Zinsforderungshypothek bei gesetzlicher oder vereinbarter Rangänderung gelangt Gundlach aaO. Durch § 12 ZVG. wird die Reihenfolge, nach welcher die einzelnen Ansprüche aus demselben Rechte zur Befriedigung gelangen sollen, nur für den Fall bestimmt, daß sich nicht etwa nach materiellem Rechte ein anderes ergibt.

2. *Sternberg, JheringsJ. **62** 458. In der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks ist eine Hypothek für eine künftige oder eine bedingte Forderung, wenn sie dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgeht, nach den §§ 44—45 ZVG. in ihrem vollen Betrage zu berücksichtigen. Unanwendbar sind die §§ 50 Abs. 2 Ziff. 1, 125 ZVG. Geht die Hypothek dem Anspruche des betreibenden Gläubigers nach, so ist zu unterscheiden, ob spätestens im Verteilungstermine die Forderung zur Entstehung gelangt ist oder ob sich bis dahin die Unmöglichkeit der Entstehung der Forderung ergeben hat. Im ersten Falle kommt der auf die Hypothek entfallende Betrag dem Gläubiger, im zweiten Falle derjenigen Person zu, die bei Begründung der Hypothek Eigentümerin des Grundstücks war. An die Stelle des Grundstücks tritt auf Grund des Surrogationsprinzips der Versteigerungserlös in die dingliche Haftung ein. Die Hypothek setzt sich am Versteigerungserlöse fort. Auf das am Versteigerungserlöse bestehende hypothekarische Recht findet § 1163 Anwendung. Der Betrag, der auf eine Hypothek für eine künftige oder eine bedingte Forderung zugeteilt ist, darf nur insoweit an den eingetragenen Gläubiger ausgezahlt werden, als der Besteller der Hypothek anerkennt, daß die Forderung zur Entstehung gelangt oder das Bestehen der Forderung erwiesen ist. Liegt einer dieser beiden

Fälle nicht vor, so ist der Betrag nach § 126 ZVG. für den unbekannten Berechtigten zu hinterlegen (458—482).

3. Hövel, ZBlFG. **13** 689, führt an der Hand von Beispielen aus, daß das geringste Gebot im Falle des § 881 Abs. 4 BGB. (Zwischeneintragungen vor der Eintragung des mit Vorrang bedachten Rechtes), wenn einer der drei nach dieser Gesetzesbestimmung in Frage kommenden Gläubiger die ZwVerst. betreibt, bei steigendem Gebote veränderlich und daß es Aufgabe des Richters sei, die eintretenden Rangänderungen im geringsten Gebote bis zur vollen Befriedigung der drei Interessenten zu ermitteln und, soweit Änderungen in das geringste Gebot fallen, in gemeinverständlicher Weise zum Ausdrucke zu bringen.

4. HessRspr. **14** 169 (Darmstadt). Bei der Bildung des geringsten Gebots ist der Kostenbetrag vorläufig zu berechnen. Das geringste Gebot selbst wird aber endgültig festgesetzt. Sind die Kosten tatsächlich geringer, als angenommen, so ändert sich dadurch das geringste Gebot nicht.

5. Einfluß der Zurücknahme des Antrags und Einstellungsbewilligung durch einen der betreibenden Gläubiger auf das geringste Gebot s. zu §§ 29, 30. — Eigentumswiderspruch s. zu § 48.

§ 48. Meiser, GruchotsBeitr. **57** 603. Die Auflassungsvormerkung, nicht aber ein Widerspruch gegen das Eigentum des Buchberechtigten fällt unter § 48. Der Eigentums widerspruch ist daher nicht als bestehenbleibendes Recht in das geringste Gebot einzustellen (du Chesne, SeuffBl. **07** 525, Fischer-Schäfer [2] Anm. 4 zu § 48; anders die h. M., z. B. Jaeckel-Güthe [4] Anm. 5 Abs. 3 zu § 48, R. **08** Nr. 399).

§ 50. 1. OLG. **13** 295 (Karlsruhe). Der Grundsatz des § 50, wonach der Ersteher den Vorteil ausgleichen soll, der ihm aus dem Nichtbestehen einer bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten Pfandlast erwächst, ist auszudehnen auf den Fall, wo zwar das Pfandrecht dem Gläubiger gegenüber noch zu Recht besteht, im inneren Verhältnisse zwischen Ersteher und Vollstreckungsschuldner aber der Ersteher verpflichtet ist, die Geltendmachung des Rechtes des Gläubigers zu verhindern.

2. Paeffgen, ZBlFG. **14** 293—299, erörtert die einander widersprechenden Entscheidungen des **RG. 60** 251 und **78** 60 über die Behandlung der nichtvalutierten Grundschuld in der ZwVerst. Letzterer tritt er grundsätzlich bei, hält sie aber im Ergebnisse nicht für zutreffend, weil das — zu Unrecht — im Verteilungsverfahren nicht berücksichtigte Recht des Grundschuldgläubigers als eines Dritten für den Streit zwischen Zessionar des Eigentümers und nachstehendem Hypothekengläubiger um das bessere Recht nicht habe in Betracht gezogen werden dürfen. — Pfändung der nichtvalutierten Grundschuld s. zu § 857 ZPO. Ziff. III bei c.

3. Sternberg, JheringsJ. **62** 458. § 50 Abs. 2 Nr. 1 findet keine Anwendung, wenn nicht die Hypothek, sondern nur die Forderung bedingt ist. S. zu § 44 Ziff. 2.

4. ZBlFG. **14** 523 (LG. Leipzig). Die Löschungsvormerkung allein begründet die Zuzahlungspflicht des Erstehers aus § 50 Abs. 2 Nr. 1 und deren Berücksichtigung bei der Aufstellung des Teilungsplans noch nicht. Dies wird erst nötig, wenn die künftige Entstehung der Zuzahlungspflicht wenigstens behauptet wird, d. h. wenn der Vormerkungsgläubiger behauptet, einen Löschungsanspruch zu haben und ihn geltend machen zu wollen erklärt; nur soweit diese Erklärung reicht, kommt der mögliche Wegfall der Hypothek in Frage. S. auch zu § 114 bei a, 115 Ziff. 1b.

5. Meiser, GruchotsBeitr. **57** 783. § 50 Abs. 2 Nr. 1 ist entsprechend auf die Auflassungsvormerkung anwendbar (§ 51). Nur wenn das Rechtsverhältnis der Auflassungsvormerkung als solches (das Vormerkungsrecht) nicht besteht, kann § 50 Abs. 1 zur Anwendung gelangen.

6. *Stillschweig (zu § 1132 BGB. Ziff. 6). Die Vorschrift des § 50 Abs. 2 Nr. 2 gilt auch bei Versteigerung eines ideellen Grundstücksanteils, wenn die Hypothek als Totalhypothek das ganze Grundstück belastet.

§ 51. Meiser, GruchotsBeitr. **57** 785. Bei der Auflassungsvormerkung erhält man den nach § 51 zu bestimmenden Betrag, um welchen sich der Wert des Grundstücks für den Fall der Nichtverwirklichung der Vormerkung erhöht, wenn man von dem Wert des unbelasteten Grundstücks den Wert derjenigen Belastungen abzieht, die den Zuschlag überdauern. Denn durch die Auflassungsvormerkung wäre dem Ersteher der ganze Reinwert des Grundstücks entzogen. Ersteht der laut Vormerkung Auflassungsberechtigte selbst das Grundstück, so kommt eine Ersatzzahlungspflicht nicht in Frage (786/787).

§ 52. RG. WarnE. **13** 75 hält an der **RG. 78** 61 vertretenen Meinung fest, daß der nicht valutierte Teil einer Grundschuld nicht den nachstehenden Berechtigten zufällt, sondern als Grundschuld bestehen bleibt und die Nichtliquidierung für sich allein noch keinen Verzicht enthält. An dieser Beurteilung ändert auch eine Löschungsvormerkung nichts.

§ 53. 1. **RG. 81** 82. Auf mehreren Grundstücken hafteten 9000 M. Gesamthypothek. Bei der ZwVerst. des einen (O.) hatte der Ersteher F. sie zum vollen Betrag im geringsten Gebote zu übernehmen. Genehmigung der Übernahme gemäß § 53 ZVG., § 416 BGB. erfolgte nicht. Zwecks hypothekenfreier Weiterveräußerung des Grundstücks O. zahlte K. die 9000 M. für Rechnung des F. an den Gläubiger, der daraufhin unter Pfandentlassung des Grundstücks O. im übrigen die Gesamthypothek an F. abtrat. Pfandentlassung und Abtretungsurkunde (nebst Brief) wurden bei Gelegenheit der Auflassung dem Grundbuchamt überreicht. Nach Eingang des Ersuchens des Vollstreckungsrichters um Eigentumseintragung wurden die Pfandentlassung und die Hypothekenübertragung auf F. im Grundbuche vermerkt. Dann trat F. die Hypothek an K. ab. Die Gesamthypothek an den übrigen Grundstücken ist nicht erloschen. § 1173 Abs. 1 Satz 1 BGB. greift nicht Platz, weil Zweck der Zahlung des K. nicht Tilgung der Hypothekenforderung, sondern deren Erwerb nach Enthaftung des Grundstücks O. war. Satz 2 aaO. kann nicht angewendet werden, weil die Hypothekenforderung erst nach Enthaftung von O. an F. abgetreten worden ist und F. die Hypothekenforderung auch erst erworben hat, nachdem er zuvor das Grundstück weiterveräußert hatte.

2. SeuffA. **68** 121 (KG.). An sich würde der Ersteher bei einer in das geringste Gebot fallenden Hypothek der im § 53 gedachten Art auf Kosten des Subhastaten erst dann bereichert sein, wenn der Subhastat die Forderung bezahlt hat (Wolff Anm. 4 zu § 53). Haben aber die Miteigentümer B. und C. bei der Versteigerung des Bruchteils des A. diesen erstanden, und steht im geringsten Gebot eine Hypothek, für die B. und C. ohnehin im Innenverhältnisse zu $^2/_3$ haften, so haben sie in Höhe dieses Betrags den Bruchteil des A. unentgeltlich erhalten und sind in dieser Höhe auf Kosten des A. ohne Rechtsgrund bereichert.

§ 55. SeuffA. **68** 479, NaumburgAK. **13** 13 (Naumburg). Die Wirkung der Beschlagnahme, der Versteigerung und des Zuschlags erstreckt sich unter Umständen auch auf Sachen, die zwar nicht Zubehör im Rechtssinne sind, weil sie von einem Dritten, z. B. dem Mieter zur vorübergehenden Benutzung auf das Grundstück gebracht sind (§ 97 BGB.), die sich aber tatsächlich als mit dem Grundstücke verbunden und seinen Zwecken dienstbar darstellen (sog. tatsächliches Zubehör). Der Dritteigentümer muß sich dadurch schützen, daß er rechtzeitig die Aufhebung oder einstw. Einstellung der ZwVerst. in die ihm gehörigen Sachen herbeiführt (§§ 771, 769 ZPO.), oder indem er darauf hinwirkt, daß die Gegenstände durch besondere Bedingung ⋙ § 59 Red. ⋘ von der Mitversteigerung ausgeschlossen werden.

§ 57. 1. a) Lafrenz, JW. **13** 1128, bekämpft **RG. 64** 418 und die herrsch. M. (Fischer-Schäfer Anm. 5 b α, Steiner Anm. 3, v. d. Pfordten, Anm. 6, Wolff Anm. 2 zu § 57, Altmann, ZBlFG. 8 322), wonach die ZwVerw Beschlagnahme für die Wirkung von Vorausverfügungen über Mieten gegenüber dem Ersteher einflußlos ist. Aus der Entstehungsgeschichte und weitgehenden Anwendung des § 13 Abs. 3 Satz 2 sucht er darzutun, daß in Fällen, in denen die Versteigerung sich an eine Verwaltung anschließt, auch für den Ersteher die Wirksamkeit von Vorausverfügungen über Mieten nach dem Zeitpunkte der Verwaltungsbeschlagnahme zu berechnen sei. **b)** *Rodewald, ZBlFG. **13** 617, führt ebenfalls gegen **RG. 64** 415 aus, daß Vorausverfügungen über Mietzinsen dann nicht mit dem Zuschlage von neuem beginnen, wenn zur Zeit des Zuschlags eine Beschlagnahme des Grundstücks zugunsten eines Hypothekengläubigers vorlag. **c)** Lauffs, ZBlFG. **13** 798. Mit Rücksicht darauf, daß zwar die Pfändung (§ 1124 BGB.), nicht aber die ZwVerw. (vgl. Jäckel-Güthe [3] Anm. 7 zu § 161) in Ansehung der Mietzinsen über den Zuschlag hinaus wirkt, wird in vielen Fällen der Hypothekengläubiger, der auf Grund dinglichen Titels auch die Mieten durch Pfändung mit Beschlag belegt (**RG.** ZBlFG. **12** 675), nachdem zuvor ein persönlicher Gläubiger gepfändet hat, mit dieser Pfändung mehr erreichen als mit dem Antrag auf ZwVerw. — S. auch zu § 573 BGB. und u. zu § 148.

2. OLG. **27** 214, SeuffBl. **13** 246, R. **13** Nr. 956 (Hamburg). Da die auf die Zeit vom Zuschlag ab entfallenden Mietzinsen dem Ersteher gebühren, kann eine Verfügung des früheren Eigentümers über diese Einkünfte nicht auf Grund des Hypothekenrechts in Frage gestellt werden. Es begründet keinen Unterschied, ob die Forderungsübertragung vor (**RG. 64** 415) oder nach Anordnung einer Zwangsverwaltung stattgefunden hat.

3. **a)** Weber, JW. **13** 1131. Der eigenen Verfügung des Vermieters steht die im Wege der ZwVollstr. von seinen Gläubigern getroffene Verfügung gleich (**RG. 58** 181). Der Ersteher muß deshalb die Pfändung des Mietzinses im Umfange des § 573 BGB. gegen sich gelten lassen und muß sich, wie es dem Vermieter in dem Pfändungsbeschlusse geboten ist, insoweit jeder Verfügung über die gepfändete Forderung enthalten. Er darf darum über den gepfändeten Mietzins nicht durch Gewährung anderer Zahlungsbedingungen, Erlaß usw. verfügen. Die Aufhebung des Vertrags enthält aber eine Verfügung über die Mietzinsforderung nur, soweit davon bereits entstandene Forderungen berührt werden. Die Verhinderung der Entstehung von künftigen Forderungen durch Aufhebung des Vertrages ist keine Verfügung. Der Ersteher kann deshalb trotz der Pfändung den bisherigen Mietvertrag aufheben und einen neuen schließen, — selbstverständlich unter der Voraussetzung, daß es sich um einen ernsthaften Vertrag mit anderem Inhalte, nicht etwa nur um die lediglich formelle Ersetzung der alten Vertragsurkunde durch eine neue handelt. Ebenso BayRpflZ. **3** 22 (München); aM. SächsRpflA. **09** 473 (Dresden), OLG. **20** 194 (München), Fischer-Schäfer zu § 57, Wolff, BayRpflZ. **07** 19. **b)** BadRpr. **13** 25 (Karlsruhe). Der Ersteher kann die im Rahmen des § 573 BGB., § 57 ZVG. ihm gegenüber wirksame Mietzinspfändung nicht durch Abschluß eines neuen Mietvertrags wirkungslos machen. Ein solcher Vertrag wäre als gegen die guten Sitten verstoßend, nichtig. (Ebenso Jäckel-Güthe, Fischer-Schäfer.) **c)** Dagegen erachtet BreslauAK. **13** 41 (LG. Breslau) es nicht für gegen die guten Sitten verstoßend, wenn der Ersteher, um den Mietsertrag frei zu machen, das Mietverhältnis nach § 57 Satz 2 mit gesetzlicher Frist kündigt und alsdann mit dem Mieter einen neuen Mietvertrag schließt. — Ebenso **d)** Weber, JW. **13** 1131; dagegen bleibt dem Vermieter und dem Gläubiger zur Wahrung ihrer Interessen die Möglichkeit offen, als Beteiligte gemäß § 59 das Grundstück auch mit der Bedingung ausbieten zu lassen, daß der Mietvertrag für

zwei Quartale nicht gekündigt werden darf. Nur wenn so der Ersteher sein Gebot für das Grundstück mit und ohne diese Bedingung verschieden hoch bemessen kann, wird eine durch nichts gerechtfertigte Bereicherung des Pfandgläubigers auf Kosten des Erstehers vermieden.

4. BreslauAK. **13** 48 (Breslau). Die Anfechtung einer Mietzinspfändung durch den Konkursverwalter des Subhastaten ergreift auch die Mieten für das zur Zeit des Zuschlags laufende und folgende Vierteljahr. Wenn auch die nach der Erteilung des Zuschlags fällig werdenden Mietzinsen an sich — nämlich soweit die Pfändung nicht entgegensteht — dem Ersteher zugefallen wären, so doch für die bezeichneten Vierteljahre nur insoweit, als der Konkursverwalter nicht vor dem Zuschlag über sie verfügt hatte (§ 57 ZVG., § 573 Satz 1 BGB.). An dieser Verfügung war der Konkursverwalter durch die Pfändung verhindert.

5. **RG.** DJZ. **13** 1499 verneint nach Lage des Falles die Verpflichtung des Mieters, dem Vermieter von der Kündigung durch den Ersteher (§ 57 Satz 2) Anzeige zu machen, insbesondere die Anwendung des § 254 Abs. 2 BGB.

§ 59. SeuffA. **68** 427 (Jena). § 59 räumt den Beteiligten und dem Gerichte keine schrankenlose Freiheit bei Festsetzung der Versteigerungsbedingungen ein. Es darf keine Abweichung von Vorschriften bestimmt werden, welche das Verfahren zwingend beherrschen (Jäckel-Güthe Anm. 1, Reinhard Anm. II 2 zu § 59, **RG. 60** 52). Danach ist es unzulässig zu bestimmen, daß ein Teil des Mindestbargebots einem rein persönlichen Gläubiger (z. B. dem Pächter für Aufwendungen in das Grundstück) zufallen soll.

§ 63. 1. Stillschweig, JW. **14** 11. Daraus, daß — wie näher dargelegt — Bruchteile eines Grundstücks in der ZwVerst. wie selbständige Grundstücke behandelt werden müssen, folgt, daß ein im Bruchteilseigentume stehendes Grundstück nach § 63 versteigert werden muß, d. h. es müssen prinzipiell die Anteile einzeln ausgeboten werden. Da das praktische Bedürfnis regelmäßig ein solches Einzelausgebot oder ein doppeltes Ausgebot nicht erfordert, so wird der Versteigerungsrichter, wozu er meist in der Lage ist, gut tun, die Voraussetzungen herbeizuführen, unter denen nach § 63 das Gesamtausgebot zulässig ist. Findet dennoch ein Einzelausgebot statt, so ist § 76 zu berücksichtigen. Aus der Anwendbarkeit des § 63 folgt auch die der §§ 64, 83 Nr. 3. Die weitere Gestaltung des Verfahrens wird dargelegt. — S. zu §§ 112, 122.

2. FrankfRundsch. **47** 85 (LG. Frankfurt a. M.). Sind mehrere Grundstücke im Gesamtausgebot und einzelne von ihnen im Einzelausgebot ausgeboten, so ist der Zuschlag auf Grund der Einzelausgebote, auch wenn diese geringer sind als das Gesamtausgebot, zu erteilen, sofern durch die Einzelgebote der Anspruch des betreibenden Gläubigers gedeckt ist (§ 76).

V. Versteigerung.

§ 66. **RG.** ZBlFG. **13** 629. Die Vereinbarung eines Hypothekengläubigers, im ZwVerstverfahren nicht zu bieten, wenn der andere Teil die Verpflichtung übernimmt, im Falle des Meistgebots die ausfallende Hypothek wieder eintragen zu lassen, verstößt an sich nicht gegen die guten Sitten und bindet den Meistbietenden auch dann, wenn er als Bevollmächtigter eines anderen gehandelt hat, ohne dies erkennen zu lassen.

§ 69. Schmitt, BayNotZ. **14** 253. Der Scheck ist schon deshalb kein gesetzliches Mittel der Sicherheitsleistung, weil er keinen Kurswert besitzt. Er kann aber zugelassen werden, wenn der Beteiligte, der die Sicherheitsleistung verlangt, sich damit einverstanden erklärt.

§ 71. SeuffA. **68** 254 (Jena). Abgesehen von den Fällen der §§ 71 Abs. 2 und 81 Abs. 3, in denen die Vertretungsmacht durch öffentlich beglaubigte Urkunde

nachgewiesen werden muß, bestimmt sich der Nachweis der Vollmacht nach ZPO. Danach genügt regelmäßig einfache schriftliche Vollmacht (§ 80 Abs. 1 ZPO.), der ein Telegramm gleichsteht. Der Richter hat die Echtheit der Unterschrift nicht zu prüfen, kann auch Beglaubigung nicht verlangen. Ein solches Verlangen kann nur ein anderer Beteiligter stellen (vgl. § 80 Abs. 2 ZPO.). Wird ein solches Verlangen gestellt, so führt das nicht ohne weiteres zur Zurückweisung des Bevollmächtigten. Das Vollstreckungsgericht muß ihm vielmehr erst eine Frist zur Nachbringung der Beglaubigung stellen. Es kann die Anträge und Erklärungen des Bevollmächtigten einstweilen berücksichtigen und den Zuschlag aussetzen. Außerdem kann es den Bevollmächtigten nach § 89 ZPO. einstweilen zulassen.

§ 72. OLG. **27** 209 (Breslau). Aus dem Schweigen des Gesetzes ist zu entnehmen, daß die Zurücknahme eines Gebotes unzulässig ist. Jaeckel-Güthe, Anm. 14 zu §§ 71, 72, erachtet die Zurücknahme mit Zustimmung aller, auch der nicht anwesenden Beteiligten für zulässig. Auch dies ist nicht zu billigen.

§ 76. ElsLothZ. **13** 113 (Colmar). Nicht der Notar als Versteigerungsbeamter, sondern das Vollstreckungsgericht hat zu entscheiden, ob im Falle des § 76 in Ansehung der übrigen Grundstücke das Versteigerungsverfahren einzustellen ist. Das in solchem Falle vom Notar ausgehende Ersuchen um Löschung des Versteigerungsvermerkes hinsichtlich dieser Grundstücke ist vom Grundbuchamt abzulehnen. — S. auch zu § 63 Nr. 2.

VI. Entscheidung über den Zuschlag.

§§ 79 ff. Vollmachtsnachweis s. zu § 71.

§ 81. BayNotZ. **14** 186 (BayObLG.). Die Ausnahmevorschrift des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 BayGebGes. greift nicht Platz, wenn das Meistgebot des Gläubigers den zur völligen Deckung seiner Hypothek erforderlichen Betrag übersteigt.

§ 83. Nr. 1 s. zu § 29; Nr. 6 s. zu § 16 Nr. 2 a.

§ 84. ThürBl. **60** 180 (Jena). Eine „Beeinträchtigung" im Sinne des § 84 besteht nur dann, wenn der Mangel ursächlich für die durch den Zuschlag herbeigeführte Rechtsveränderung war, wenn also gerade mit dem gerügten Mangel eine Beeinträchtigung des Beteiligten verbunden war. Formwidrige Zustellung der Terminsbestimmung (§§ 43 Abs. 2, 83 Nr. 1) an den Zustellungsvertreter ist deshalb unschädlich, wenn feststeht, daß er die Terminbestimmung rechtzeitig erhalten hat.

§ 90. 1. **RG.** R. **13** 608 hält daran fest, daß in Preußen für die Zeit vor wie nach Einführung des BGB. bei der ZwVerst. eines unter Bezeichnung nach dem Grundbuche zur Versteigerung gestellten und zugeschlagenen Grundstücks der Grundstücksumfang aus dem Grundbuche zu ermitteln und insbesondere in dem Falle, wenn das Grundbuch vor Einleitung des ZwVerstVerfahrens auf das Grundsteuerbuch zurückgeführt war, nach Maßgabe der Gemarkungskarte zu bestimmen ist (**RG.** **15** 249, **18** 275; GruchotsBeitr. **41** 1033, **44** 1006, **54** 398).

2. PrVerwBl. **34** 77, OLG. **27** 218 (OVG.). Auch wenn der Zuschlag dem bisherigen Eigentümer erteilt wird, liegt ein ursprünglicher, kein abgeleiteter Eigentumserwerb vor; es ist deshalb Umsatzsteuer zu erheben, falls durch die Steuerordnung ausnahmslos jeder Eigentumserwerb getroffen wird.

3. BayNotZ. **14** 423 (BayObLG.). Die Befreiungsvorschrift des Art. 6 des Besitzveränderungsabgabengesetzes findet sinngemäße Anwendung, wenn der bisherige Eigentümer selbst das Grundstück ersteht.

4. OLG. **26** 140 (KG.). Wird nur ein Teil eines mit demselben Inventar einheitlich bewirtschafteten Grundbesitzes versteigert, so ist zweifelhaft, ob der Ersteher überhaupt kein Eigentum an dem Inventar (als tatsächlichem Zubehör des ganzen Grundbesitzes) erwirbt oder ob er Miteigentümer neben dem Schuldner nach dem Verhältnisse der versteigerten und der dem Schuldner verbliebenen Grundbesitzteile

wird, oder ob der Schuldner alle Rechte am Zubehör verliert, wenn er sie nicht nach § 37 Nr. 5 geltend macht. KG. bewilligt deshalb dem Schuldner für einen Herausgabeanspruch das Armenrecht.

§ 91. Literatur: Pringsheim, Wesen und Form der Vereinbarung des § 91 Abs. 2 ZVG., ZBlFG. **13** 585—609.

1. a) Sternberg, JheringsJ. **62** 463, führt gegen **RG. 76** 374 aus, daß auch das Recht des Hypothekengläubigers auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös sich als Hypothek kennzeichne. Denn es sei, wie aus §§ 1120—1130 BGB. erhelle, unrichtig, daß eine Hypothek nur an einem Grundstücke bestehen könne, es sei ferner unrichtig, daß, wenn man das Recht des Hypothekengläubigers am Versteigerungserlöse als Hypothek auffasse, auch das Recht auf Werterſatz für eine durch den Zuschlag erloschene Grunddienstbarkeit (§ 92 Abs. 1) als Grunddienstbarkeit aufgefaßt werden müsse. Denn es sei zwischen Wertrechten (wie Hypotheken usw.) und Substanzrechten (wie Grunddienstbarkeiten) zu unterscheiden. (Ebenso Jaeckel-Güthe, Anm. 1 zu § 92; Güthe, DJZ. **08** 930.) Ausgeschlossen von der Anwendung sind jedoch diejenigen Vorschriften, welche damit zusammenhängen, daß die Hypothek vor der Surrogation ein Recht am Grundstücke war (468). S. auch zu § 44 Nr. 2 und § 109. b) Pfändung und Überweisung einer durch Hypothek gesicherten Forderung s. Hagemann zu § 830 ZPO. Nr. 6.

2. a) **RG.** JW. **13** 24 will für die Frage, ob zwischen Nachteil und Vorteil bei Ausfall der Hypothek in Verbindung mit dem Erwerbe des Grundstücks in der ZwVerst. ein Ausgleich — compensatio lucri cum damno — stattzufinden hat, einen Unterschied machen, ob der Hypothekengläubiger — z. B. als Geschäftsmann, der gewerbsmäßig derartige Transaktionen macht, — von vornherein eine vorteilhafte Erwerbung des Grundstücks bei einer ZwVerst. ins Auge gefaßt, wohl gar daraufhin spekuliert hat, oder ob er als Privatmann — etwa als Beamter oder kleiner R: t t — sein Geld in einer sicheren Hypothek anlegen wollte. Wird solcher Hypothekengläubiger, sehr gegen seine Willensrichtung, genötigt, das Grundstück zur Vermeidung größeren Schadens zu erstehen, so beruht der Erwerb auf einem selbständigen Entschlusse, stellt für sich ein spekulatives Geschäft dar, das durch das schädigende Handeln des ersatzpflichtigen persönlichen Schuldners zwar veranlaßt, aber nicht auf diese Handlung als auf die Ursache im Rechtssinne zurückzuführen ist. b) **RG.** SeuffA. **68** 49, ZBlFG. **13** 626. Zulässig ist die Vorteilsausgleichung, wenn der Kläger dadurch, daß der Beklagte abredewidrig die Hypothek des Klägers nicht herausgeboten hat, in die Lage versetzt worden ist, das Grundstück unter Wert zu erstehen. c) Ebenso **RG.** Gruchots Beitr. **57** 150, wo bezüglich der Kosten des Erwerbes (Gerichtsgebühr, Stempel, Steuern) die Ausgleichungspflicht auch schon deshalb bejaht wird, weil sie durch dieselbe Tatsache entstanden sind, welche den Erwerb des Klägers bewirkt hat, nämlich die Ersteigerung des Grundstücks. d) PosMSchr. **13** 5 (Marienwerder). Vorteilsausgleichung findet nur bei außervertraglichen Schadensersatzforderungen statt, nicht bei Vertragshaftung für Hypothekenausfall. Dagegen e) **RG.** GruchotsBeitr. **57** 930. Vorteilsausgleichung kommt nur in Frage, wenn vom Verpflichteten Schadensersatz — auch wegen Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen — beansprucht, nicht dagegen, wenn Erfüllung verlangt wird.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 930. Für die vertragsmäßige Haftung des Verkäufers einer Hypothek für deren Güte ist das Ergebnis der ZwVerst. nicht unter allen Umständen und namentlich dann nicht schlechthin maßgebend, wenn der Käufer das Grundstück unter dem Werte erstanden hat.

4. OLG. **26** 141 (KG.). Wurden Bestandteile (Türen und Fenster) vor der Beschlagnahme zwar von dem Grundstück entfernt, aber erst nach der Beschlagnahme veräußert, so wurden sie hierdurch von der Hypothekenhaftung nicht frei (§ 1121 BGB.). Sie unterlagen also der Beschlagnahme und wurden von dem Zuschlage

mitbetroffen (§ 90 Abs. 2). Durch diesen wurden sie aber von den ausfallenden Hypotheken frei.

5. a) Pringsheim. Die Vereinbarung über das Bestehenbleiben eines durch den Zuschlag erlöschenden Rechtes ist an sich ohne Wahrung einer Form wirksam. Auch ohne Rücksicht auf die Bestimmung des § 91 Abs. 2 kann der Berechtigte mit dem Ersteher vereinbaren, es solle an Stelle des Befriedigungsrechts das Bestehenbleiben der Hypothek treten, und dieser Vertrag hat auch die Wirkung der Befriedigung aus dem Grundstücke. Es wird weder eine neue Forderung, noch eine neue Hypothek bestellt. Vielmehr wird das Fortbestehen der alten Hypothek für die alte Forderung, die der Ersteher übernimmt, vereinbart. (Für die Einschiebung einer neuen Forderung wäre Eintragung ins Grundbuch, für die Bestellung einer neuen Hypothek eine neue Eintragung erforderlich. Beides entfällt für die Vereinbarung, die eine Schuldübernahme mit Erfüllungswirkung darstellt.) 595. Die Wahrung der im § 91 Abs. 2 bezeichneten Form ist eine Voraussetzung für die Berücksichtigung der Vereinbarung im ZwVerst.verfahren. Auf Grund der formlosen noch nicht eingereichten Vereinbarung kann jeder Teil den anderen zwingen, zur Herstellung der zu ihrer Berücksichtigung erforderlichen Form mitzuwirken (598). b) ZBlFG. **14** 521 (LG. Leipzig). Das Bestehenbleiben eines Rechtes nach § 91 Abs. 2 setzt eine Vereinbarung zwischen dem Berechtigten und dem Ersteher voraus. Die einseitige Erklärung seitens des Berechtigten genügt nicht. — Bei einer Briefhypothek muß der Berechtigte durch Vorlegung des Briefes sein Recht ausweisen.

§ 92. Kretzschmar, SächsRpflA. **13** 411, erörtert die Behandlung des Falles, daß für einen Gläubiger im gleichen Range neben seiner Hypothek der Nießbrauch am Grundstücke mit der Bestimmung bestellt ist, daß die Ertragsüberschüsse auf die Forderung zu verrechnen sind und daß der Nießbrauch mit der Forderung erlischt.

VII. Beschwerde.

§ 96. HessRspr. **14** 234 (Darmstadt). Gegen die Versäumung der Frist für die sofortige Beschwerde ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Maßgabe der §§ 233 ff. ZPO. zulässig (§ 869 ZPO.). Ein Irrtum über den Inhalt der Versteigerungsbedingungen stellt aber keinen unabwendbaren Zufall dar.

VIII. Verteilung des Erlöses.

§ 109. 1. **RG.** WarnE. **13** 457. Bei der Verteilung des Versteigerungserlöses sind die Rechte, wie sie z. Z. des Zuschlages bestanden, in Betracht zu ziehen. Wohl erlöschen durch den Zuschlag die Rechte, welche nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben (§ 91 Abs. 1), aber am Versteigerungserlöse dauern die früheren Rechtsbeziehungen fort. Eine durch den Zuschlag erloschene Löschungsvormerkung ist deshalb im Verteilungsverfahren mit ihrer früheren Wirkung zu berücksichtigen.

2. SächsOLG. **34** 217. Der Anspruch des Hypothekengläubigers auf Auszahlung des Versteigerungserlöses ist kein neuer Anspruch, sondern kennzeichnet sich als die Verwirklichung der dem Hypothekenrechte von vornherein innewohnenden Befugnis auf Befriedigung aus dem Grundstücke (**RG. 55** 223, **63** 216, **70** 280, **71** 183, **75** 316). Demzufolge dauern die Rechte und Rechtsbeziehungen, die an der hypothekarischen Forderung und für sie entstanden sind, ohne weiteres für den Anspruch auf Auszahlung des Erlöses fort. Dies gilt auch für ein in Ansehung der Hypothek bestehendes Veräußerungsverbot. Nach Erlöschen der Hypothek durch den Zuschlag besteht dieses an dem Anspruch auf Auszahlung des Erlöses weiter und verhindert, daß ein Dritter (durch Abtretung, Verpfändung, Pfändung) ein Recht an diesem Anspruche mit Wirksamkeit gegen denjenigen erlangt, zu dessen Gunsten das Verbot eingetragen ist. Die Nichtberücksichtigung des Veräußerungsverbotes im

Teilungsplan kann, da es sich um eine bloße Legitimationsfrage, nicht um eine Frage der Rangordnung handelt, nur mittels Beschwerde, nicht mittels Widerspruchs und folgender Klage geltend gemacht werden. S. auch zu § 91 Nr. 1.

§ 112. *Stillschweig, JW. **14** 12. § 112 ist anzuwenden, auch wenn ein im Bruchteilseigentum stehendes Grundstück versteigert wird, und auch dann, wenn das Grundstück z. Z. der Beschlagnahme zwar einem Eigentümer gehört, wenn es aber früher im Miteigentum mehrerer stand und die Anteile verschieden belastet sind. S. zu §§ 63, 122.

§ 113. R. **13** Nr. 428 (Düsseldorf). Die Rüge, daß bei Aufstellung und Ausführung des Teilungsplanes ein nach den Versteigerungsbedingungen durch Barzahlung zu berichtigender Teil des geringsten Gebotes nach dem Zuschlage bereits an den Gläubiger gezahlt, diese Zahlung aber in dem Verteilungsplane nicht berücksichtigt sei, macht einen Mangel des Verfahrens geltend, ist daher mit der Beschwerde gegen den Teilungsplan zu verfolgen. S. auch zu § 874 ZPO.

§ 114. a) OLG. **26** 165 (KG.). Im Versteigerungsverfahren darf der Eigentümer, auf den die Hypothek übergegangen ist, den etwa auf sie entfallenden Erlös nicht für sich erheben, wenn zugunsten eines nachstehenden Berechtigten eine Löschungsvormerkung eingetragen ist und dieser bei Verteilung des Erlöses ausfallen würde; vielmehr ist der Erlösteil zunächst auf die etwaigen Zwischenberechtigten und den Vormerkungsberechtigten nach Maßgabe ihrer Rangverhältnisse zu verteilen (RGR. Komm. zu § 1179 BGB.). Dies gilt aber nur, falls Rechte aus der Vormerkung im Verfahren geltend gemacht werden; sonst bleibt maßgebend, daß die Hypothek, solange sie nicht gelöscht ist, dem Eigentümer als Grundschuld zusteht. Unerörtert bleibt, ob der Anspruch aus der Eigentümergrundschuld als auflösend bedingt zu behandeln ist (vgl. Jäckel-Güthe, § 48 Anm. 4, §§ 50, 51 Anm. 3). S. auch zu § 50 Nr. 4. b) Pfändung und Überweisung einer durch Hypothek gesicherten Forderung s. Hagemann zu § 830 ZPO. Nr. 6. c) Einstellung wiederkehrender Leistungen bei Rechten, die durch den Zuschlag erlöschen, s. zu § 13. d) Auszahlung auf künftige und bedingte Forderungen s. zu § 44 Ziff. 2.

§ 115. 1. a) KGBl. **13** 120 (KG.). Die Erklärung des Grundschuldgläubigers im Verteilungstermine, daß er hinsichtlich eines Teilbetrags Valuta nicht gewährt habe und deshalb für die Grundschuld nur insoweit liquidiere, als er auf sie Zahlungen geleistet habe, stellt eine rechtsgeschäftliche Verfügung mit der Wirkung, daß der nicht liquidierte Teil des Rechtes am Versteigerungserlös auf einen anderen, insbesondere den Subhastaten übergehen solle oder daß der entsprechende Teil des Rechtes völlig aufgehoben werde, nicht dar (**RG. 78** 70). Diesbezügliche Erklärungen nach dem Verteilungstermine sind nicht zu berücksichtigen. b) KGBl. **13** 120 (KG.). Ist vor dem Zuschlag der persönliche Anspruch des Subhastaten auf Übertragung des nichtvalutierten Teiles einer Grundschuld gepfändet und zur Einziehung überwiesen, so setzt sich, wenn die Grundschuld durch den Zuschlag erlischt (§ 91 Abs. 1), das Recht des Pfändungsgläubigers an dem Anspruch des Subhastaten gegen den Grundschuldgläubiger auf Übertragung des Rechtes auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse fort. Eine Löschungsvormerkung (§ 1179 BGB.) steht dem Rechte des Pfändungsgläubigers nicht entgegen, weil die Nichtvalutierung der Grundschuld eine Vereinigung von Gläubigerschaft und Grundstückseigentum in einer Person nicht bewirkt. c) PosMSchr. **13** 20 (Marienwerder). Das ohne Briefübergabe zu begründende Pfändungspfandrecht an dem Anspruch des Eigentümers auf Übertragung des nichtvalutierten Grundschuldteils geht mit der Hauptforderung des Pfändungsgläubigers ohne Briefübergabe auf dessen Rechtsnachfolger über. Diesem ist im Verteilungsverfahren ein entsprechender Teil des Versteigerungserlöses zuzuweisen.

2. **RG.** R. **13** Nr. 3085. Soweit Ansprüche, zu deren Sicherung die Höchst-

betragshypothek dient, nicht bestehen, wird oder bleibt diese Eigentümergrundschuld (**RG. 75** 245). In jedem Falle ist also ein dinglich Berechtigter für sie vorhanden. Ein Nachrücken kommt nicht in Frage. Der Vollstreckungsrichter muß nach § 114 an sich den Höchstbetrag für den eingetragenen Berechtigten in den Teilungsplan aufnehmen. Wird ihm aber eine abweichende Berechtigung, sei es des jetzigen oder früheren Eigentümers des Grundstücks oder eines Rechtsnachfolgers des eingetragenen Gläubigers an der Höchstbetragshypothek angemeldet und glaubhaft gemacht (§§ 114, 37 Nr. 4), so hat er diese anderweitige Berechtigung in den Plan einzuschreiben und es etwaigen in diesem Range Gegenberechtigten zu überlassen, im Wege der sofortigen Beschwerde oder des späteren Widerspruchsverfahrens Planabänderung herbeizuführen. Keinesfalls aber kann ein an der Höchstbetragshypothek n i c h t berechtigter N a c h m a n n wegen etwaiger Verstöße des Vollstreckungsrichters bei solcher Einsetzung Vorberechtigter oder wegen Nichtberechtigung eines in den Rang jener Hypothek Eingesetzten Widerspruch gegen den Teilungsplan erheben (**RG. 68** 60, **78** 63).

3. HansGZ. **13** Beibl. 65 (Hamburg). Da der Grundstückseigentümer-Schuldner ein unmittelbares Interesse daran hat, daß der Versteigerungserlös lediglich zur Befriedigung wirklich bestehender Forderungen Verwendung finde, so kann er der Auskehrung eines Teiles des Versteigerungserlöses an einen buchmäßig berechtigten Hypothekengläubiger mit der Begründung widersprechen, die Hypothek sei nichtig. Unerheblich ist, ob im Falle der Begründetheit des Widerspruchs der Erlösteil dem widersprechenden Schuldner selbst oder einem Dritten zufällt. **RG. 15** 225, **27** 304 sprechen etwas anderes nur für den Fall der Konkurrenz zweier Gläubiger aus.

4. OLG. **27** 215 (Marienwerder). Im Verteilungsverfahren kann ein Widerspruch nicht damit begründet werden, daß der Liquidant sich dem Widersprechenden gegenüber verpflichtet habe, die Hypothek auf eine Reihe von Jahren stehen zu lassen. Denn ebensowenig wie der Widersprechende auf Grund jener Zusage befugt wäre, Übertragung der Hypothek zu verlangen, ist der Anspruch auf Übertragung des infolge der ZwVerst. an die Stelle der Hypothek getretenen Versteigerungserlöses (bzw. der Forderung gegen den Ersteher) gerechtfertigt. Dagegen kann außerhalb des Verteilungsverfahrens der persönliche Anspruch dahin geltend gemacht werden, daß der Versprechende die Befriedigung aus dem Grundstück nicht vor Ablauf jener Reihe von Jahren verlangen darf.

5. OLG. **27** 216 (Dresden). Zahlt der Ersteher außergerichtlich an einen Gläubiger auf den diesem zugewiesenen Erlösanteil, so kann ein nachstehender Gläubiger einen Widerspruch gegen den Teilungsplan nicht darauf gründen, daß durch die Zahlung der ihn von der Befriedigung ausschließende vorgehende Gläubiger mit seinem Anspruche beseitigt sei. Ein Widerspruch ist jedoch gerechtfertigt, soweit in der gezahlten Summe Beträge enthalten sind, die dem Zahlungsempfänger zwar plangemäß, aber in Wirklichkeit (z. B. bei zu hoch berechneten Kostenvorschüssen) nicht zustehen.

6. PosMSchr. **13** 20 (Marienwerder). Allerdings muß der Widerspruch deutlich erkennen lassen, gegen welchen Anspruch er gerichtet ist und in welcher Beziehung er das Liquidat angreift. Dazu ist persönliche Namhaftmachung des Widersprechenden nicht unbedingt erforderlich. Widerspricht ein mehrere Beteiligte vertretender Rechtsanwalt ohne Einschränkung, so gilt der Widerspruch als namens aller Vertretenen erhoben.

7. OLG. **26** 165 (KG.). Auch wenn ein Beteiligter weiß, daß ein anderer zu Unrecht unterlassen hat, gegen den Teilungsplan Widerspruch zu erheben, liegt in der Benutzung des unwidersprochen gebliebenen und ausgeführten Teilungsplans keine Arglist.

8. Sofortige Beschwerde gegen den Teilungsplan nur wegen V e r f a h r e n s mängel s. § 874 ZPO.

§ 118. KGJ. 44 292, RJA. 12 274, ZBlFG. 14 436, R. 13 Nr. 2658. Aus § 118 Abs. 1 Satz 2 erhellt, daß die Eintragung einer Sicherungshypothek für den Ersteher zur Sicherung der auf ihn übertragenen Forderung des Versteigerungsschuldners jedenfalls dann zulässig ist, wenn das dem Ersteher zustehende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist. Die Eintragung einer solchen Sicherungshypothek muß aber auch ohne diese Voraussetzung für zulässig erachtet werden, z. B. wenn der Ersteher gemäß § 91 Abs. 2 das Bestehenbleiben seines Rechtes bestimmt (vgl. Jaeckel-Güthe, [4] Anm. 4 zu § 118). Jedenfalls darf, wenn einmal der Vollstreckungsrichter die Forderung des Versteigerungsschuldners auf den Ersteher übertragen hat und um Eintragung einer Sicherungshypothek für diese Forderung ersucht (§ 130), das Grundbuchamt die Zulässigkeit nicht nachprüfen

§§ 119, 120. 1. Sternberg, JheringsJ. 62 480. Auf die für eine künftige oder bedingte Forderung bestellte Hypothek sind §§ 119, 120 auch nicht entsprechend anwendbar. Es greift vielmehr § 126 Platz. Der auf eine Hypothek für eine solche Forderung zugeteilte Betrag darf nicht ohne weiteres an den eingetragenen Gläubiger ausgezahlt werden. Dies darf vielmehr nur insoweit geschehen, als der Besteller der Hypothek anerkennt, daß die Forderung zur Entstehung gelangt ist oder das Bestehen der Forderung erwiesen ist. Liegt keiner dieser beiden Fälle vor, so ist der Betrag für den unbekannten Berechtigten zu hinterlegen, auch wenn von keiner Seite ein Widerspruch gegen die Auszahlung an den eingetragenen Gläubiger erhoben ist. — Dies gilt auch für die gewöhnliche Sicherungshypothek, da auch bei ihr der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann (§ 1184 BGB.). (AM. Jaeckel-Güthe, Anm. 5 zu § 114, Fischer-Schäfer, [2] Anm. 1 zu §§ 119, 120).

2. Meiser, GruchotsBeitr. 57 792. Steht eine Auflassungsvormerkung außerhalb des geringsten Gebots und erlischt sie deshalb gemäß §§ 52, 91 durch den Zuschlag, so treten an die Stelle des Auflassungsanspruchs nach den Bestimmungen des Schuldrechts andere persönliche Ansprüche, und nur zugunsten dieser ist jetzt noch der Grundstückswert durch die Vormerkung belegt. Da die Vereitelung des Auflassungsanspruchs regelmäßig vom Schuldner zu vertreten sein wird, so kommt vor allem der Schadensersatzanspruch nach §§ 280, 325 BGB. in Betracht. Ersteht der Auflassungsberechtigte selbst das Grundstück, so erlischt sein Anspruch und ist im Verteilungsverfahren nicht zu berücksichtigen. Abgesehen von diesem Falle, hat stets eine Eventualverteilung nach § 119 stattzufinden.

§ 122. Stillschweig, JW. 14 12. § 122 findet auch Anwendnug, wenn eine Totalhypothek ein im Bruchteilseigentum stehendes Grundstück belastet. Das Verfahren wird näher dargelegt. S. auch zu §§ 63, 112.

§ 127. KGBl. 13 101 (LG. I Berlin). Nur in den im § 127 bezeichneten Fällen darf ein Vermerk auf den Hypothekenbrief gesetzt werden, deshalb nicht z. B. im Falle des § 91 Abs. 2.

§ 128. 1. KGBl. 13 114 (LG. II Berlin). Bei Umwandlung einer auf Grund des Ersuchens des Vollstreckungsgerichts gemäß § 128 eingetragenen Sicherungshypothek für die Forderung gegen den Ersteher in eine gewöhnliche Hypothek braucht, auch wenn gleichzeitig die Hypothek abgetreten wird und neue Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen vereinbart werden, die zugrunde liegende Forderung nicht durch eine andere ersetzt zu werden.

2. Zu dem Falle, daß der Miteigentümer eines Anteils einen anderen Anteil ersteht und das Bargebot nicht berichtigt, vgl. *Stillschweig zu § 1114 BGB.

§ 130. 1. BayObLG. 14 262, R. 13 Nr. 1949. Da bei der ZwVerst. der Zuschlag der Erwerbsgrund ist, so ist dessen Datum in dem Eintragungsersuchen anzugeben.

2. BayObLG. **14** 258, OLG. **27** 218, BayRpflZ. **13** 279, BayNotZ. **14** 311, SeuffBl. **13** 529, ZBlFG. **14** 223, R. **13** Nr. 1948 Das Vollstreckungsgericht ist nach § 130 nur befugt, um Eintragung derjenigen Person als Eigentümer zu ersuchen, die in dem Zuschlagsbeschluß als Ersteher bezeichnet worden ist (§ 82). Es kann daher, wenn der Ersteher nach der Erteilung des Zuschlags gestorben ist, das Grundbuchamt auf Grund des § 130 nicht um Eintragung der Rechtsnachfolger ersuchen, sondern muß um Eintragung des Verstorbenen ersuchen. Seine Eintragung erfolgt ohne Prüfung der materiellen Richtigkeit. Das Vollstreckungsgericht kann aber den Antrag der Erben auf Eintragung des Eigentumsüberganges auf sie entgegennehmen und dem Grundbuchamte übermitteln. Bezüglich dieses Eintragungsantrags ist das Grundbuchamt zur selbständigen Prüfung berechtigt.

3. Foerder, JW. **13** 1026. Ist einer ausländischen Aktiengesellschaft ohne Nachweis der nach Art. 7 § 2 Abs. 2 PrAGBGB. erforderlichen Königlichen Genehmigung der Zuschlag erteilt und weigert sich im Hinblick auf die fehlende Genehmigung der Grundbuchrichter, dem nach Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses ergehenden Eintragungsersuchen (§ 130) zu entsprechen, so ist die gleiche Rechtslage geschaffen, wie sie vor § 67 Zuwachssteuergesetzes infolge Weigerung der Grundbuchrichter, mangels Nachweises der Sicherstellung des Reichsstempels dem Eintragungsersuchen folge zu leisten, entstand (s. JDR. **10** Nr. 5, 6). Diese Rechtslage schließt aber eine Wiederversteigerung (§ 133) nicht aus. Infolge Offenkundigkeit der wahren Rechtslage wird der Fortgang der Wiederversteigerung durch die Unstimmigkeit des laut der übersandten Abschrift buchmäßigen Eigentums (§§ 17 Abs. 1, 19 Abs. 2, 28) nicht aufgehalten. Als Schuldner des Wiederversteigerungsverfahrens ist nicht der frühere Eigentümer, sondern der Ersteher zu behandeln. Die nach § 91 durch den Zuschlag erloschenen Rechte gelten, obwohl sie noch im Grundbuche stehen, für die Wiederversteigerung als gelöscht, da ihr Nichtmehrbestehen jederzeit durch den Zuschlagsbeschluß liquid nachgewiesen werden kann (vgl. Jaeckel-Güthe, § 45 Anm. 2, Fischer-Schäfer Anm. 1 a, Reinhard Anm. 2 a).

4. ElsLothJZ. **13** 600 (Colmar). Ob die in dem Ersuchen angegebenen, die Gesetzlichkeit des Löschungsersuchens nach § 130 bedingenden Voraussetzungen wirklich gegeben sind, hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen. Das Ersuchen um Löschung der nach dem Versteigerungsvermerke eingetragenen Rechte braucht die einzelnen Rechte nicht aufzuzählen. — S. auch zu § 118.

5. BayObLG. **14** 258, ZBlFG. **14** 223. Das Vollstreckungsgericht ist zur Einlegung der Beschwerde und weiteren Beschwerde berechtigt, wenn ein auf Grund des § 130 gestelltes Eintragungsersuchen vom Grundbuchamte abgelehnt wird.

6. (Abs. 3). OLG. **27** 218 (Karlsruhe). Daraus, daß auch derjenige Ersteher, welcher bereits Eigentümer des Grundstücks war, durch den Zuschlag neues Eigentum erlangt und auf Grund des Zuschlagsbeschlusses von neuem einzutragen ist (KGJ. **34** A 287), folgt nur, daß die zwischen Eintragung des Versteigerungsvermerkes und Zuschlag, also vor der Erteilung des Zuschlages eingetragenen Rechte in diesem Falle ebenso erlöschen, als wenn das Grundstück einem Dritten zugeschlagen wird (Fischer-Schäfer 3 c zu §§ 130, 131). Nicht unwirksam ist dagegen in diesem Falle eine nach dem Zuschlage, aber vor der Eintragung des Erstehers auf Grund der Bewilligung des Eigentümererstehers oder auf Grund einer ZwV. gegen ihn eingetragenen Last. Denn der Ersteher hat das Eigentum neu schon durch den Zuschlag, unabhängig von der Eintragung erworben. Die Nichtbeachtung der Vorschrift des § 130 Abs. 3 steht der Wirksamkeit der Eintragung und ihrem Vorrange gegenüber späteren unter Beachtung dieser Vorschrift erfolgten Eintragungen nicht entgegen (KGJ. **34** A 282). Nur die Gläubiger der nach § 128 von Amts wegen einzutragenden Sicherungshypotheken können den Vorrang vor den in Widerspruch mit § 130 Abs. 3 eingetragenen Rechten beanspruchen.

§ 133. PrVerwBl. **34** 77, OLG. **27** 209 Anm. 1 (OVG.). Die Wiederversteigerung ist keine Fortsetzung des früheren Verfahrens, sondern ein neues selbständiges Verfahren. Macht eine Steuerordnung die Steuerfreiheit des Erstehers davon abhängig, daß dieser gewisse Zeit vor der Beschlagnahme dinglicher Gläubiger gewesen ist, so kommt nur die im Wiederversteigerungsverfahren wirksam gewordene Beschlagnahme in Betracht.

Dritter Titel. Zwangsverwaltung.

§ 146. Anordnung einer ZwVerw. durch einstweilige Verfügung s. zu § 938 ZPO. Ziff. 2.

§ 148. 1. Fuchs, JW. **13** 286, führt gegen Cohnreich, JW. **12** 1123, aus, daß die Miete von Schrankfächern, die ein Bankier im Betriebe seines Gewerbes auf seinem Grundstück eingerichtet hat, nach § 1123 BGB. der Hypothekenhaftung unterliege, deshalb nach §§ 146, 148, 20 Abs. 2, 21 ZVG. auch in die ZwVerw. einzubeziehen sei.

2. BayRpflZ. **13** 309 (Bamberg). Zu den den Hypothekengläubigern haftenden Nutzungen gehören nicht die Einnahmen aus einem auf dem Grundstücke durch Warenumsatz oder durch persönliche Leistungen des Schuldners betriebenen Gewerbe, z. B. einer Apotheke (Matthiesen, BuschsZ. **31** 315, Schultzenstein, aaO. **33** 459, v. d. Pfordten, Bem. 3a, Steiner, Bem. 2 zu § 152 ZVG.). Nur Gewerbe, die die Ausnutzung des Grundstücks gemäß dessen Bestimmung unmittelbar zum Gegenstande haben, wie der Betrieb der Land- und Forstwirtschaft, die Ausbeute eines Steinbruchs usw. werden von der ImmobiliarZwV. ergriffen.

3. Mittelstein, R. **13** 219, führt aus, daß der von Lindemann, R. **12** 694, — s. JDR. **11** Nr. 6 — vorgeschlagene Weg zur Einschränkung der Gefährdung des Hypothekengläubiger-Erstehers durch Abtretung und Pfändung der Mietzinsen nicht gangbar sei, da § 135 BGB. nur eine relative Unwirksamkeit der gegen das Verbot verstoßenden Verfügung eintreten lasse.

§ 150. BayRpflZ. **13** 309 (Bamberg). Der Konkursverwalter darf wegen widerstreitender Interessen nicht zum ZwVerwalter bestellt werden.

§ 152. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2013. Der ZwVerwalter ist auch befugt, mit dem Schuldner einen Mietvertrag über die Räume in dem verwalteten Grundstück abzuschließen.

2. **RG.** DJZ. **13** 979. Die Verpflichtung des ZwVerwalters, den Stempel für einen von ihm geschlossenen Mietvertrag zu zahlen, wird dadurch nicht berührt, daß die ZwVerw. vor Jahresschluß (Tarifst. 48 Abs. 9 PrStempStG.) endigt.

3. **RG.** SchlHolstAnz. **13** 298, R. **13** Nr. 2511. Dem ZwVerwalter liegt die Entschließung über Beanstandung der Veranlagung zu Anliegerbeiträgen bez. des verwalteten Grundstücks ob. Ihm ist auch die Bekanntmachung der Veranlagung zuzustellen.

4. OLG. **27** 221 (Hamburg). Nur Miet- und Pachtverträge, nicht auch ein Vertrag, durch den vor der Beschlagnahme einem Dritten die Verwaltung des Grundstücks übertragen worden ist, sind gegenüber dem ZwVerwalter wirksam (vgl. jedoch OLG. **15** 32 [KG.], Peiser, BuschsZ. **31** 407, Niendorff, Mietrecht 9 § 2).

5. **RG.** ZBlFG. **14** 167, WarnE. **13** 209, R. **13** Nr. 1828. Der Zwangsverwalter ist nicht befugt, über die Dauer der ZwVerw. hinaus die Unwirksamkeit einer Mietzinspfändung im Interesse des die ZwVerw. betreibenden Hypothekengläubigers geltend zu machen.

§ 153. SächsOLG. **34** 437, ZBlFG. **13** 707. Während dem Konkursgerichte nach § 83 KO. nur ein Aufsichtsrecht über den Konkursverwalter zusteht,

liegt dem Vollstreckungsgerichte nach § 153 die Verpflichtung ob, den ZwVerwalter nach Anhörung des Gläubigers und des Schuldners mit der erforderlichen Anweisung für die Verwaltung zu versehen. Sowohl dem Gläubiger wie dem Schuldner steht deshalb gegen die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts die sofortige Beschwerde (§ 793 ZPO.) zu. Andere Beteiligte haben wie die Befugnis zur Stellung des Antrags auf Erteilung einer Anweisung an den Verwalter so auch ein Beschwerderecht nur insoweit, als durch besondere Umstände ihre Rechte betroffen werden.

§ 154. 1. **RG.** R. **13** Nr. 290. Für eine Klage des Nießbrauchers dahin, daß gewisse Mieterträge nicht zur Masse gehören, ist der ZwVerwalter passiv legitimiert.

2. KGBl. **13** 124 (LG. II Berlin). Für die Klage des Vermieters von auf dem Grundstück befindlichen Zubehörstücken auf Zahlung von rückständigem Mietzins ist der ZwVerwalter nicht passiv legitimiert.

§ 155. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 727, JW. **13** 55, BayRpflZ. **13** 71, WarnE. **13** 30. Überschüsse, die sich bei der Verteilung in der ZwVerw. ergeben, werden nicht mehr (wie nach PrG. § **150** Abs. 2) zur Verteilungsmasse im ZwVerstVerfahren abgeführt, sondern sind dem Schuldner auszuzahlen und können von dessen Gläubigern gepfändet werden. Sie fließen zur Konkursmasse, wenn die ZwVerw. während eines Konkurses stattgefunden hat. Weist der VerstRichter gleichwohl im Verteilungsverfahren jenen Überschuß einem Gläubiger zu, dem er nicht zukommt, so ist dies unwirksam. § 836 Abs. 1 ZPO. greift nicht Platz.

2. *Rodewald, ZBlFG. **14** 209. Über Verteilung der Masse in der Zwangsverwaltung. Auch diejenigen Beträge der ZwVerwMasse, welche zur Zeit der Kaufgelderverteilung in der ZwVerst. noch nicht bar ausgeschüttet werden können — rückständige Einnahmen, hinterlegte Mieten, für Prozeßkosten zurückbehaltene Beträge usw. — müssen nach dem Teilungsplane der Zwangsverwaltung verteilt werden. Die Maßnahmen, die der erstausfallende Gläubiger in der ZwVerst. treffen muß, um sich hierbei vor Schaden zu schützen, werden erörtert. Ein nicht verbrauchter Kostenvorschuß der ZwVerw., den der Gläubiger, der ihn gezahlt hat, in der ZwVerst. geltend gemacht hat, gehört zur Kaufgeldermasse der ZwVerst.

§ 160. BayRpflZ. **13** 404 (LG. München I). Die Beteiligten können vereinbaren, daß bei der Verteilung der Überschüsse entgegen der gesetzlichen Ordnung auch am ZwVerwVerfahren nicht beteiligte Gläubiger berücksichtigt werden. (Ebenso Steiner, Anm. 1 zu § 143; BayRpflZ. **08** 171.)

§ 161. ZBlFG. **13** 770 (LG. Leipzig). Der durch den Zuschlag eintretende Eigentumswechsel hindert die Zuendeführung der Zwangsverwaltung wegen der bis zum Zuschlage getrennten Erzeugnisse und der auf die Zeit bis dahin entfallenden Pacht- und Mietzinsen nicht. Eine vor Abschluß dieser Tätigkeit erfolgende Aufhebung der ZwVerw. ist nur mit dem Vorbehalte zu verstehen, daß der Verwalter die ihm obliegenden Geschäfte noch ordnungsmäßig abzuwickeln hat (**RG.** **59** 88, GruchotsBeitr. **56** 1099).

Dritter Abschnitt.
Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in besonderen Fällen.

§ 180. 1. HessRspr. **14** 169 (Darmstadt). Ziel der Versteigerung zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft ist die Umwandlung des in Natur nicht teilbaren Gegenstandes in eine teilbare Geldsumme. Die Auseinandersetzung unter den Teilhabern in Ansehung dieses Erlöses liegt außerhalb des ZwVerstVerfahrens. Ein Überschuß des Erlöses, welcher nach Deckung der durch Barzahlung zu berichtigenden Ansprüche verbleibt, ist, falls keine Einigung unter den Beteiligten eintritt, für die Erbengemeinschaft zu hinterlegen, oder es ist der entsprechende Teil der unberichtigt ge-

bliebenen Forderung gegen den Ersteher auf die Erben als ein unter ihnen streitiger Anspruch zu übertragen.

2. RheinZ. **5** 141 (Colmar). Da nach Code civil Art. 883 ein Miterbe vor der Teilung nur ein — im Wege der Erbauseinandersetzung durchzuführendes — Anrecht auf eine Nachlaßquote, aber kein Recht an einzelnen Nachlaßgegenständen hat, so kann er vor der Auseinandersetzung ohne Zustimmung der Miterben die Versteigerung eines Nachlaßgrundstücks nicht betreiben.

3. ElsLothNotZ. **13** 374 (AVf. des Oberstaatsanwalts vom 10. September 1913). Eine ZwVerst. zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft setzt stets diese Anordnung durch das Vollstreckungs g e r i c h t voraus. Ohne solche steht insbesondere dem Notar nicht das Recht zu einem Ersuchen gemäß § 130 zu. — Auch im gerichtlichen Teilungsverfahren kann eine ZwVerst. gemäß § 753 BGB. nur auf Grund besonderer gerichtlicher Anordnung erfolgen. — Ist gemäß § 180 die ZwVerst. eines Grundstücks angeordnet, so ist vor einer später etwa vereinbarten freiwilligen Veräußerung die Aufhebung der Anordnung der ZwVerst. durch das VollstrGericht zu veranlassen.

§ 181. B o e h m , DJZ. **13** 1135. Stellt eine Ehefrau als Miteigentümerin (Miterbin) den Antrag auf ZwVerst. zwecks Aufhebung der Gemeinschaft, so bedarf sie der Einwilligung des Mannes, es sei denn, daß sie Miteigentümerin mit diesem ist (§ 1407 Nr. 2 BGB., **RG. 67** 398).

Einführungsgesetz zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

§ 9. 1. HessRspr. **14** 198 (LG. Darmstadt). Nach § 9 EG. in Verb. mit Art. 5 HessAGZVG. bleibt ein eingetragenes Einsitzrecht grundsätzlich bestehen, auch wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist. Im Falle des § 9 Abs. 2 ist der Wert des durch den Zuschlag erloschenen Einsitzrechts zu ermitteln und in seinem Verhältnisse zur Höhe des Steigpreises dem Einsitzberechtigten zuzuweisen.

2. ZBlFG. **14** 520 (LG. Stade). Die Auffassung W o l f f s , Anm. 6 zu § 9, nach der die Beeinträchtigung des Rechtes eines Beteiligten durch das Bestehenbleiben eines Rechtes nach Abs. 1 nur die Voraussetzung für ein doppeltes Ausgebot bildet, nach einmal erfolgtem doppelten Ausgebot aber ohne Rücksicht auf das Interesse des Berechtigten dem für die Immobiliarmasse günstigsten Ausgebote der Zuschlag erteilt werden muß, steht weder mit der Entstehungsgeschichte noch mit der Fassung des Gesetzes im Einklange. Nach dem Zusammenhange der beiden Absätze des § 9 soll der im Abs. 1 im Interesse der Altenteile festgelegte Grundsatz des Bestehenbleibens solcher Rechte nur durchbrochen werden, wenn durch jenen Grundsatz das vorgehende oder gleichstehende Recht eines Beteiligten, der einen Antrag nach Abs. 2 gestellt hat, beeinträchtigt werden würde.

§ 13. 1. B a y e r n. a) BayObLG. **13** 756, BayNotZ. **14** 70. Für die Bestimmung eines zweiten und weiteren Versteigerungstermins (§ 43 ZVG.) erhält der Notar neben der Gebühr aus Art. 52 BayNotGebO. keine weitere Gebühr. b) BayObLG. **13** 701, BayRpflZ. **13** 74, BayNotZ. **14** 8. Wird bei der ZwVerst. eines Grundstücks der Zuschlag v e r s a g t , so steht dem Notar für seine Tätigkeit bei der Versteigerung neben der Gebühr des Art. 52 Abs. 1 die Zeitgebühr des Art. 19 Abs. 1, nicht aber die anderthalbfache Wertgebühr nach Art. 52 Abs. 2, 23 BayNotGebO. zu. Auch bei f r e i w i l l i g e n Versteigerungen

kann die Gebühr des Art. 23 nur in Ansatz gebracht werden, wenn der Zuschlag erteilt wird. — Dagegen Bourier, BayNotZ. **14** 201. c) Änderung des Gerichtsbezirkes ohne Einfluß auf Zuständigkeit des Notars s. zu § 15 ZVG.

2. Elsaß-Lothringen. a) ElsLothJZ. **13** 86 (Colmar). Die dem Notar für die Versteigerung zustehende Gebühr umfaßt zugleich die Beurkundung der Auftragserklärung des Ansteigerers. Dies gilt auch dann, wenn diese Erklärung erst nach Erteilung des Zuschlags abgegeben wurde. b) ElsLothJZ. **13** 86 (Colmar). Die dem Notar im ZwVerstVerfahren erwachsenden Gebühren gelten als Auslagen des gerichtlichen Verfahrens, für die die Staatskasse haftet. Sie können daher vom Vollstreckungs- oder Nachlaßgericht angewiesen werden, ohne daß es vorgängiger Festsetzung bedarf. Gleichwohl ist es nicht unzulässig, daß die Kosten auf Antrag des Notars oder eines Beteiligten gemäß § 2 ff. ElsLothNotGebO. vom Landgerichtspräsidenten festgesetzt werden. Die frühere abweichende Ansicht des Senats (Els. LothJZ. **8** 27, **12** 161, **26** 115) wird aufgegeben. c) OLG. **27** 22, ElsLothJZ. **13** 652, ElsLothNotZ. **13** 307 (Colmar). Der Notar kann sich nicht selbst eine Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses zum Zwecke der ZwV. wegen seiner Auslagen und Gebühren erteilen. Es steht ihm frei, entweder bei dem zuständigen Vollstreckungsgerichte die Feststellung und Anweisung seiner Kosten auf die Staatskasse — denn sie sind Gerichtskosten, ElsLothNotZ. **26** 115, — oder die Feststellung nach §§ 2—4 ElsLothGebG. zu beantragen. d) ElsLothNotZ. **13** 374 (AVf. d. OberStA. vom 10. September 1913). Wenn bis zum Schlusse des Verteilungstermins die bei dem Notar entstandenen Kosten weder von den Beteiligten bezahlt noch durch einen Vorschuß, dessen Einforderung gegebenenfalls Pflicht des Notars ist (Ziff. II 4 der MinVf. vom 12. April 1907, Samml. **30** 323), gedeckt sind, mangels Haftung eines entsprechenden Teiles des Meistgebots diese auch aus der Masse nicht in bar vorweg entnommen werden können, so steht dem Notar ein Gebührenanspruch nur gegen die Staatskasse zu.

§ 14. FrankfRundsch. **47** 198 (Frankfurt). Die Vergütung für die ZwVerw. eines Hotels ist, soweit die Einnahmen aus dem Vermieten der Zimmer selbst fließen, aus § 16 Abs. 1 PrAVf. vom 8. Dezember 1899 (JMBl. 791) zu bemessen; soweit Dienstleistungen und Beköstigung gewährt werden, entscheidet nach § 16 Abs. 7 das Ermessen des Gerichts. Die Gebührensätze des Abs. 1 können aber auch hier als Richtlinie dienen, wenn Arbeitsleistung und Verantwortlichkeit etwa denselben Umfang haben wie die eines Vermieters von Grundstücken.

Grundbuchordnung.

Vorbemerkung: Der Streit über das Verfügungsrecht des befreiten Vorerben ist im Berichtsjahre insofern seiner Erledigung näher gebracht worden, als sowohl das OLG. Dresden (§ 41 Ziff. I 4) wie auch das BayObLG. (§ 41 Ziff. I 5) sich der Auffassung des KG. (JDR. 8 zu § 41 Ziff. I 1) angeschlossen haben. Das KG. selbst hält nach wie vor — namentlich auch gegenüber dem OLG. Colmar — an seiner Ansicht fest (§ 41 Ziff. I 2, 3). Inzwischen ist jedoch ein neuer dem Gebiete des Vorerbenrechts angehörender Streit ausgebrochen. Während das KG. in einer in dem vorjährigen Bericht aufgenommenen Entscheidung (JDR. **11** zu § 52 Ziff. I) das durch Pfändung begründete Pfandrecht an dem Nacherbenrecht als der Eintragung in das Grundbuch fähig bezeichnet hat, wird jetzt von dem BayObLG. die entgegengesetzte Meinung vertreten (§ 52 Ziff. 1); da das BayObLG. die Sache dem RG. vorgelegt hat, ist indessen eine baldige Beilegung des Streites zu erwarten. Des weiteren ist auf den grundlegenden Beschluß des KG. hinzuweisen, wonach im Falle des Erlasses einer Zwischenverfügung die Beschwerde nicht nur gegen die Verfügung in ihrer Gesamtheit, sondern auch

gegen einen einzelnen Beanstandungsgrund zulässig ist (§ 18 Ziff. III). — Im übrigen ist es die Rechtslehre, die sich mit grundsätzlichen Fragen auseinandergesetzt hat. So hat du Chesne die Rechtsnatur der Vormerkung des § 18 Abs. 2 einer eingehenden Erörterung unterzogen (§ 18 Ziff. V 1), Kuttner über die Tragweite der Eintragungsbewilligung, insbesondere vom Standpunkte des § 22 GBO. aus, Betrachtungen angestellt (§ 19 Ziff. I 1; § 22 Ziff. I) und Schwartze die Stellung des Grundbuchrichters zum Erbschein behandelt (§ 36 Ziff. I 3).

Literatur: Von zusammenfassenden Erläuterungen der GBO. sind im Berichtsjahre erschienen die 2. Aufl. der Grundbuchordnung von Arnheim, die 3. Aufl. der Grundbuchordnung von Güthe, die 2. Aufl. des Mainhardschen Buches: Das formelle Grundbuchrecht im Großherzogtum Baden, und die 2. Aufl. der Grundbuchordnung von Predari. Ferner sind hier noch zu nennen: du Chesne, Wesen und Wirkung der Vormerkung von Amts wegen (in der Festgabe für Wach; auch als Sonderschrift erschienen), Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, und Nußbaum, Deutsches Hypothekenwesen, ein Lehrbuch. Im übrigen ist auf die Literaturnachweise vor § 873 BGB. hinzuweisen.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 2. 1. OLG. **26** 22 (Breslau). In sinngemäßer Anwendung der fortgeltenden Nr. V Abs. 2 ABf. vom 5. Juni 1877 (JMBl. 105) darf das Katasteramt die Gemarkungskarte nur berichtigen, wenn die beteiligten Eigentümer damit einverstanden sind, vgl. auch den § 12 Nr. 2 der Anw. II vom 21. Februar 1896 (Neudruck 1907). Die Einholung der dort erwähnten Zustimmung des AG. kommt nicht in Frage, wenn bestimmt zu erwarten ist, daß auch das AG. die streitenden Beteiligten auf den Prozeßweg verweisen würde. Das Katasteramt handelt also im Einklange mit den geltenden Vorschriften, wenn es sich wegen Fehlens der Grenzanerkennung durch den Beklagten außerstande erklärt, das Ergebnis der Vermessung fortzuschreiben.

2. Bovensiepen, DJZ. **13** 1199. Die Bezeichnung eines Grundstücks als eines öffentlichen im Grundbuch ist nicht nur eine rein tatsächliche Angabe. Sie gibt vielmehr eine ganz vorwiegend rechtliche Beschaffenheit und Eigenschaft des Grundstücks wieder, und zwar eine solche, die es im Rechtsleben zu einer ganz anderen Sache macht als ein anderes dem gewöhnlichen Privatrechtsverkehr unterliegendes Grundstück.

3. Amann, BayRpflZ. **13** 246. Ein merkwürdiges Besitzverhältnis und seine Wiedergabe im Kataster und Grundbuch.

§ 3. I. Buchung von Miteigentumsanteilen. *Schmitt, BayRpflZ. **13** 117 ff. Für Miteigentumsanteile kann wie für Grundstücke ein Grundbuchblatt angelegt werden, wenn die Landesjustizverwaltung, die darüber nach § 1 Abs. 2 GBO. zu entscheiden hat, dies zuläßt. Es handelt sich nur um eine grundbuchtechnische Zweckmäßigkeitsfrage. Das bürgerliche Recht steht nicht im Wege. Vgl. oben zu § 890 BGB.

II. Buchung von Wassergrundstücken. 1. **RG. R. 13** 408. Bei der Frage der Schiffbarkeit eines Flusses ist nicht der durchschnittliche Wasserstand (das arithmet. Mittel zwischen dem höchsten und tiefsten Wasserstande), sondern der gewöhnliche Wasserstand (die Höhe an der Mehrzahl der Tage) maßgebend (vgl. GruchotsBeitr. **51** 644). Die Zugehörigkeit zu einem öffentlichen Strome zieht auch die Öffentlichkeit seiner Bestandteile, insbesondere regelmäßig auch seiner Nebenarme nach sich (vgl. GruchotsBeitr. **55** 1151, OVG. **42** 237 ff.). Die Aufhebung der oberen Verbindung mit dem Strome würde für sich allein dem andern Nebenarme diese seine Eigenschaft noch nicht entzogen haben, und ebensowenig der Umstand, daß die Alte Memel jetzt zur Abführung des Wassers der vereinigten K. und W. dient. So wenig die Einmündung in den Memel-

strom selbst diesem die Eigenschaft eines öffentlichen Stromes nehmen konnte, so wenig ist dies an sich mit der Einmündung in einen Nebenarm der Fall. Indem die Strombauverwaltung, die zuständige Behörde, durch die Buhnenanlage, deren Folgen nicht bloß von ihren Sachverständigen, sondern auch von Laien vorausgesehen werden konnten, auf die Versandung der Mündungsstelle, soweit sie nicht zur Abführung der Privatgewässer notwendig war, hingewirkt hat, hat sie sich mit der Aufgabe des Memelarmes einverstanden erklärt, und dieser frühere Memelarm ist dadurch, soweit er nicht ganz trocken gelegt wurde und als verlassenes Flußbett den Ufereigentümern zufiel (§ 270 I. 9 ALR., §§ 67, 68 II. 15 ALR., Ostpreuß. ProvRecht, Zusatz 16 zu § 244 I. 9 ALR.), auch insoweit, als er noch Wasser führte, eigentumsfähig nach den Grundsätzen geworden, die das preußische Recht für Privatgewässer aufstellt.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1171. Richtig ist, daß nach G e m e i n e m Rechte nicht bloß die schiff- und flößbaren, sondern alle b e s t ä n d i g f l i e ß e n d e n Gewässer zu den öffentlichen, also dem Privateigentum entzogenen, Flüssen gehören (**RG. 52** 382), und daß ein abweichendes allgemeines Gewohnheitsrecht nicht nachweisbar ist. Die Möglichkeit, daß sich in kleineren Bezirken ein solches Gewohnheitsrecht entwickelt hat, ist aber nicht ausgeschlossen.

3. **RG. 80** 365, R. **13** 40. Auch bei schiffbaren Flüssen (§§ 21 II. 14, 272 I. 9, 70 II. 15 ALR.) ist es denkbar, daß das F l u ß b e t t, öffentlich-rechtlich belastet, im Eigentum einer Privatperson steht (vgl. **RG. 53** 99). Die Verleihung des Eigentums am Strombett öffentlicher Flüsse durch landesherrliche Privilegien früherer Jahrhunderte, zu der Zeit, als der Landesherr noch die Macht hatte, durch Akte der Gesetzgebung das positiv geltende Recht zu bestimmen und zu ändern, ist auch jetzt noch als fortbestehend anzuerkennen.

4. **RG. 80** 391. Der Begriff der A l l u v i o n setzt nicht voraus, daß der Uferzuwachs durchweg aus festem Boden besteht, vielmehr können auch Lachen, Kolke und Tümpel Bestandteile von Alluvionen sein. Wesentlich ist nur, daß das Land, durch welches solche Wasserstücke vom Flusse getrennt werden, bei mittlerem Wasserstande von diesem nicht überströmt wird. Ob die Wasserstücke erst nach der Alluvion entstanden sind, oder ob sie schon vorher als Bestandteile des Flusses vorhanden waren, ist ohne Bedeutung. Mit dem Augenblicke, wo die Verbindung aufhört, verlieren sie die Eigenschaft als Bestandteile des Flusses und werden Bestandteile der Alluvion. Dieser Erfolg tritt auch dann ein, wenn sich in den Wasserstücken Fische befinden.

5. SchlHolstAnz. **13** 270 (LG. Kiel). Eigentum an einem aufgeschütteten Teile des M e e r e s s t r a n d e s.

§ 5. *H. S c h m i t t, BayRpflZ. **13** 117 ff. Über die Zulässigkeit der Verbindung eines Miteigentumsanteils mit einem Grundstücke s. zu § 3 Nr. I.

§ 6. 1. **RG.** ElsLothJZ. **13** 472. Dem § 6 GBO. steht § 103 Abs. 2 AG. nicht entgegen, daß die Hypothek an der einen Parzelle wirksam, an der anderen unwirksam bestellt ist, da die Vorschrift lediglich Ordnungsvorschriften über das Verfahren bei Eintragungen enthält (481).

2. KGJ. **44** 226 (KG.). Auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses der zuständigen Behörde kann die lastenfreie Abschreibung eines von mehreren auf demselben Blatte gebuchten s e l b s t ä n d i g e n Grundstücken, das gegen ein anderes Grundstück vertauscht ist, n i c h t erfolgen.

3. ElsLothNotZ. **13** 326 (LG. Straßburg). Ist der d u r c h V o r m e r k u n g g e s i c h e r t e A n s p r u c h a u f Ü b e r t r a g u n g e i n e s G r u n d s t ü c k s nur für einen Teil des Grundstücks a b g e t r e t e n und die Eintragung der Abtretung des Anspruchs für diesen Teil in das Grundbuch bewilligt, so kann die beantragte Eintragung der Abtretung ohne Meßbrief erfolgen, wenn der Teil, auf

den sich die Vormerkung bezieht, in der Bewilligung so genau angegeben ist, daß ein Zweifel über die örtliche Lage nicht bestehen kann.

§ 8. 1. KGJ. **43** 117 (KG.). Der § 8 GBO. ist auf die unter der Herrschaft einer der früheren Rechte erfolgte Eintragung eines subjektiv-dinglichen Rechtes nicht anwendbar.

2. BadNotZ. **13** 32 (LG. Karlsruhe). Auch beim „Vermerk" über eine Grunddienstbarkeit auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks kann auf die Eintragungsbewilligung und muß auf sie zur genauen Bezeichnung des Rechtes Bezug genommen werden, wenn nicht im Eintrag das Recht selbst genau bezeichnet wird.

3. BadRpr. **13** 36 (Karlsruhe). Der Vermerk nach § 8 GBO. ist weder für die Rechtsbegründung, noch die Rechtsänderung oder die Rechtsaufhebung von Bedeutung; er ist (wie das KG. in OLG. **5** 424/5 ausführt) lediglich ein Bericht darüber, daß anderwärts eine rechtsbegründende, rechtsändernde oder rechtsaufhebende Eintragung erfolgt ist; er setzt notwendig eine solche andere Eintragung voraus, hat keine selbständige Bedeutung, ist aber stets, wenn bei der Eintragung, auf die er sich bezieht, eine Veränderung oder Löschung erfolgt, von Amts wegen zu berichtigen. Für sich allein kann er weder auf ein anderes Grundstück übertragen, noch auch gelöscht werden.

§ 11. 1. KGJ. **44** 88 (KG.). In dem Rechte auf Einsicht der Gerichtsakten oder einzelner amtlicher Schriftstücke ist die Befugnis des Berechtigten enthalten, sich selbst Aufzeichnungen oder Abschriften anzufertigen. Unter Umständen ist auch ein Recht auf mechanische Nachbildung einer Urkunde, insbesondere auf Herstellung einer photographischen Aufnahme anzuerkennen. Daß dazu eine unbeteiligte Hilfsperson zugezogen werden muß, steht der Ausübung des Rechtes nicht entgegen.

2. BuschsZ. **43** 406 (LG. Dresden). Es liegt im Interesse eines um Personalkredit angegangenen Gläubigers, sich über die Belastung der Grundstücke eines Schuldners zu unterrichten. Das gilt nicht nur für die Begründung eines neuen Schuldverhältnisses, sondern muß auch dann für zutreffend erachtet werden, wenn es sich um bereits bestehende Forderungen handelt; dies wenigstens dann, wenn die Fortsetzung oder Auflösung des Kreditverhältnisses in Frage steht (vgl. Güthe, GBO. 151, Anm. 6 zu § 11).

§ 12. I. Der Begriff der Fahrlässigkeit. 1. **RG.** WarnE. **13** 243, BayNotZ. **13** 394. Wie das RG. schon wiederholt ausgesprochen hat, ist der Begriff der „Fahrlässigkeit", also auch der groben Fahrlässigkeit, ein Rechtsbegriff (vgl. GruchotsBeitr. **48** 253, JW. **04** 406). Die Nachprüfung des Berufungsurteils ergibt aber, daß dieser Begriff nicht verkannt ist. Zutreffend führt es aus, daß unter der im BGB. selbst nicht besonders umschriebenen groben Fahrlässigkeit eine besonders schwere Vernachlässigung der zu bewährenden Sorgfalt zu verstehen sei (vgl. Mot. zum BGB. I 280, Prot. I 187). Als Handeln in „ausnehmender Sorglosigkeit" wird jener Begriff auch umschrieben (vgl. **RG.** JW. **08** 412). Zutreffend führt der Vorderrichter aus, daß bei der hohen Wichtigkeit einer richtigen Grundbuchanlegung und bei der Gefährlichkeit der hierbei etwa unterlaufenden Fehler der Anlegungsrichter bei jenem Geschäfte die größte und peinlichste Aufmerksamkeit unter nochmaliger Kontrolle anwenden müsse, und wenn er trotzdem solche Fehler begehe, dies ohne weiteres als ein grobes Verschulden erachtet werden müsse, sofern nicht besondere — hier nicht gegebene — Entschuldigungsgründe vorlägen. Grobe Fahrlässigkeit des Grundbuchrichters liegt hiernach vor, wenn eine ins Grundbuch einzutragende Hypothek auf 2000 M. statt auf 20 000 M. beziffert ist und dieser Fehler unentdeckt bleibt.

2. **RG.** WarnE. **13** 245. Kann eine besonders starke Belastung des Grund-

buchrichters geeignet sein, ein an sich grobes Versehen milder und daher nicht mehr als grobes erscheinen zu lassen (**RG.** 77 428), so wird der Revision zuzustimmen sein, wenn sie ausführt, daß ein Versehen, das einem Richter nach einwöchiger stärkster Überlastung unterläuft, ihm nicht ebenso schwer angerechnet werden dürfe, wie wenn er die Woche vorher ohne Überlastung zu arbeiten gehabt hätte.

II. Der Kreis der Beteiligten. **RG.** WarnE. **13** 247. Der Grundbuchrichter ist verpflichtet, Eintragungsanträge alsbald zu erledigen und, wenn Hindernisse entgegenstehen, nach § 18 GBO. zu verfahren. Dies gilt insbesondere auch, wenn es sich, wie vorliegend, um den Antrag des Grundstückseigentümers auf Eintragung einer Hypothek für einen Dritten handelt. In einem solchen Falle liegt dem Grundbuchrichter nicht nur gegenüber dem Eigentümer, sondern auch gegenüber dem Dritten die Amtspflicht der alsbaldigen Erledigung des Eintragungsantrags ob. Der Dritte ist, auch wenn er nicht selbst einen Eintragungsantrag gestellt hat, doch, weil er nach dem Eintragungsantrag ein Recht am Grundstücke durch die beantragte Eintragung erwerben soll, ein an dieser Eintragung Beteiligter im Sinne des § 12 GBO. (vgl. **RG. 72** 327 ff.).

III. Die Möglichkeit anderweiten Ersatzes. 1. **RG. 80** 252. Ganz unzulässig ist es, den Ersatzanspruch gegen den Beamten wegen einer entfernten Möglichkeit der Entschädigung durch den Erstverpflichteten abzuweisen. Der Ersatzberechtigte braucht sich aber auch nicht auf eine Möglichkeit des Ersatzes verweisen zu lassen, die zwar einigermaßen wahrscheinlich, aber doch erst in der Zukunft zu seiner Befriedigung führen würde. Der Geschädigte darf nach § 249 BGB. verlangen, daß der Zustand hergestellt werde, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Er hat den Anspruch auf alsbaldige Erstattung dessen, was er durch das Verschulden des anderen eingebüßt hat. . . . Dagegen ist unbedenklich anzunehmen, daß die — unmittelbare oder doch entsprechende — Anwendung des § 254 Abs. 2 BGB. geboten ist, wenn der Beschädigte schuldhaft unterlassen hat, den Schaden, dessen Ersatz er von dem an zweiter Stelle verantwortlichen Beamten fordert, durch rechtzeitige Inanspruchnahme des in erster Reihe Verpflichteten abzuwenden oder zu mindern.

2. **RG. 81** 428, JW. **13** 598. Der Sinn des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. ist der, daß der durch die fahrlässige Amtspflichtverletzung eines Beamten Geschädigte zunächst den Versuch machen muß, „auf andere Weise" Ersatz zu verlangen, es sei denn, er könnte dartun, daß ein solcher Versuch nutzlos sein würde. Die Behauptung der Unmöglichkeit, anderweitigen Ersatz zu suchen, gehört daher zur Klagebegründung, und die Beweislast dafür trifft den Kläger.

IV. Einzelne Fälle. 1. **RG. 81** 157. Für die Beglaubigung einer Unterschrift ist nicht, wie für die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts (§ 176 Abs. 3 FGG.) eine Angabe darüber vorgeschrieben, ob der Notar den Erschienenen kennt oder, sofern dies nicht der Fall ist, in welcher Weise er sich Gewißheit über die Person verschafft hat. Der Notar ist aber selbstverständlich verpflichtet, sich solche Gewißheit bei der Beglaubigung zu verschaffen. Vermag er das nicht, so darf er nicht, wie bei der Beurkundung zulässig, die Amtshandlung dennoch vornehmen (§ 176 Abs. 3 Satz 2 FGG.), sondern er muß die Beglaubigung ablehnen. Die Beglaubigung erfordert, die vollzogene Beglaubigung bescheinigt zugleich die Feststellung der Persönlichkeit. Die Verantwortlichkeit des Notars für die zu dieser Feststellung gebotene Prüfung folgt aus dem Wesen der Amtshandlung. Sie besteht gegenüber allen, die im Vertrauen auf die Ordnungsmäßigkeit der Beglaubigung im Rechtsverkehre tätig werden (vgl. **RG. 78** 241). Wie der Notar sich von der Persönlichkeit des Erschienenen überzeugen will, ob durch Erkennungs-

zeugen oder durch urkundliche Ausweise, unterliegt seinem pflichtmäßigen Ermessen.... Insbesondere ist er nicht verpflichtet, den Zeugen über die Grundlagen seiner Kenntnis von der betreffenden Persönlichkeit zu befragen. Eine solche Pflicht des Notars, dem durch eine geeignete, zuverlässige, vertrauenswürdige Person der Erschienene als bekannt bezeugt wird, ist grundsätzlich zu verneinen. Es können allerdings Umstände vorliegen, die Bedenken gegen die Zulänglichkeit solcher Art von Persönlichkeitsfeststellung bei dem Notar erwecken und ihn bestimmen müssen, nach den Quellen der Kenntnis des Zeugen zu forschen. Derartige Bedenken werden sich, wie aus anderen persönlichen Eigenschaften des Zeugen, so auch aus seiner Lebensstellung, möglicherweise auch aus der Art seines Abhängigkeitsverhältnisses zu dem beglaubigenden Notar, ergeben können.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 978. Verletzung der Amtspflichten eines Notars. Inwieweit ist der Notar, der als Urkundsbeamter in Anspruch genommen wird, zur Belehrung und Aufklärung verpflichtet?

3. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1120. Falsche Rechtsbelehrung durch den Grundbuchrichter. Weigerung, eine Auflassung vorzunehmen.

4. FrankfRundsch. **47** 36 (Frankfurt a. M.). § 12 GBO. und Art. 8 PrAGGBO. gelten auch gegenüber dem Anlegungsrichter.

V. Mayer, SächsRpflA. **13** 1. Die Haftung des Staates für rechtswidrige Amtshandlungen.

Zweiter Abschnitt. Eintragungen in das Grundbuch.

§§ 13 ff. I. Zulässigkeit der Eintragungen. 1. RJA. **12** 274 (KG.). Wenn ein dem Ersteher zustehendes Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, ist die Eintragung einer Sicherungshypothek für den Ersteher zur Sicherung der auf diesen übertragenen Forderung des Versteigernngsschuldners an sich zulässig. Die Frage, ob die Vornahme der Eintragung auf Grund des § 118 Abs. 2 ZVG. in Zweifel gestellt werden kann, unterliegt nicht der Nachprüfung des Grundbuchrichters. Hieraus ist die Annahme herzuleiten, daß auch in den Fällen, in denen das Recht des Erstehers nicht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, das Ersuchen des Vollstreckungsgerichts um Eintragung einer Sicherungshypothek für den Ersteher nicht zu beanstanden ist. Ist die Eintragung einer Sicherungshypothek für den Ersteher in einem Falle zulässig, so steht fest, daß eine derartige Eintragung überhaupt nicht gesetzlich unzulässig sein kann. Es kann sich alsdann nur noch um die Frage handeln, in welchen Fällen von dieser an sich gesetzlich zulässigen Eintragung Gebrauch gemacht werden darf. Die Entscheidung einer solchen Frage aber liegt allein dem Vollstreckungsgericht ob. Denn der Grundbuchrichter ist nur dann befugt, das Eintragungsersuchen des Vollstreckungsgerichts abzulehnen, wenn es auf eine gesetzlich ausgeschlossene, also inhaltlich unzulässige (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBO.) Eintragung gerichtet ist.

2. SchlHolstAnz. **13** 27 (KG.). Jede Aktiengesellschaft kann, wie sich aus den §§ 195 Abs. 1, 200 Abs. 1, 272 Abs. 2, 277 Abs. 3, 309 HGB. ergibt, nur einen Sitz haben (KGJ. **20** A 39, **RG. 59** 108); auch durch eine Zweigniederlassung wird kein zweiter Sitz begründet (ROHG. **17** 315). Hieraus folgt, daß, von dem Falle der besonderen Firma der Zweigniederlassung abgesehen, bei der Eintragung eines Rechtes für eine Aktiengesellschaft neben deren Firma ihr im Gesellschaftsvertrage bestimmter Sitz anzugeben ist. ... Jedoch kann in entsprechender Anwendung von § 4 Abs. 2 der Allgemeinen Verfügung v. 20. 11. 99 auf den Antrag der Berechtigten oder den mit der Bewilligung verbundenen Antrag der Betroffenen bei der Eintragung eines Rechtes für eine Aktiengesellschaft die Zugehörigkeit des Rechtes zu dem unter der Verwaltung einer Zweigniederlassung stehenden Vermögen durch einen der Firma und dem Sitze der Gesell-

schaft beizufügenden Zusatz bezeichnet werden. Vgl. KGJ. 28 A 81 = RJA. 4 224; Güthe, GBO. (2) 1508 f. Anm. 20, 22.

3. **RG.** 82 20. Ein unter der Herrschaft des früheren Rechtes in das Grundbuch eingetragenes, nach den Übergangsvorschriften fortbestehendes Recht darf, nachdem es zu Unrecht gelöscht worden ist, in der alten Form ins Grundbuch wieder eingetragen werden, auch wenn diese Rechtsform dem neuen Rechte unbekannt ist.

4. KGJ. **43** 166, RJA. **12** 150 (KG.). Die Bestimmung, daß im Falle des Überganges des Eigentums des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks an eine Mehrheit von Personen jede einem der neuen Eigentümer gegenüber abgegebene Erklärung des Hypothekengläubigers, insbesondere die Kündigung, auch für die übrigen Grundstückseigentümer verbindlich sein soll, ist nicht eintragungsfähig.

5. KGJ. **44** 263 (KG.). Die im § 248 Abs. 2 Satz 2 BGB. aufgestellte Ausnahme von der grundsätzlichen Nichtigkeit einer im voraus getroffenen Zinseszinsabrede gilt auch zugunsten ausländischer Kreditanstalten, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diese berechtigt sind, auch im Inlande Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszustellen und in den Verkehr zu bringen.

6. ElsLothJZ. **13** 438 (Colmar). Die Eintragung einer Zwangshypothek auf Grund eines Zahlbefehls der Verkehrssteuerverwaltung ist unzulässig, sobald rechtzeitig ein zulässiger Einspruch gegen den Steuerbescheid erhoben ist. Gegen Steuerforderungen auf Grund des Wertzuwachssteuergesetzes ist ein solcher Einspruch zulässig.

7. **RG.** WarnE. **13** 293. Es ist nicht zu bezweifeln, daß ein Miterbe über seinen Anteil am Nachlaß in der Art verfügen kann, daß er nicht seinen ganzen Anteil, sondern einen Bruchteil dieses Anteils dem Erwerber überträgt, und es konnte eine solche Verfügung auch schon nach früherem Rechte getroffen werden (vgl. RGRKomm. Anm. 2 zu § 2033 BGB.). Auf diese Weise konnte es sehr wohl erreicht werden, daß ein jeder der Miterben den anderen von seinem Erbteil einen solchen Teil übertrug, daß eine gleichanteilige Mitberechtigung der Gemeinschafter herauskam.

8. Die Entsch. des BayObLG. JDR. **10** zu §§ 13 ff. Ziff. I 3 auch KGJ. **43** 310.

9. SeuffBl. **13** 188 (BayObLG.). Arresthypotheken für Forderungen, die den Betrag von 300 M. nicht übersteigen, dürfen nicht im Grundbuch eingetragen werden.

10. HessRspr. **14** 265 (LG. Gießen). Der Pfändungsgläubiger, der sich den Anspruch des Eigentümers einer zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek auf Berichtigung des Grundbuchs hat überweisen lassen, kann diese Pfändung im Grundbuche nicht eintragen lassen.

11. SeuffBl. **13** 334 (KG.). Die Eintragung eines Veräußerungsverbots zugunsten einer bestimmten Person ist inhaltlich unzulässig, wenn die begünstigte Person in der Eintragung nicht genannt ist.

12. ElsLothNotZ. **13** 330 (LG. Straßburg). Die in einem Vertrag über Bestellung einer in einer Geldrente bestehenden Reallast enthaltene Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung mit der Wirkung, daß diese auch gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll, kann in das Eigentumsbuch nicht eingetragen werden.

13. ElsLothJZ. **13** 499 (Colmar). Ein Recht des Angrenzers an einen öffentlichen Weg auf Benutzung des Weges ist, wenn es nicht durch einen privatrechtlichen Vertrag einen besonderen Inhalt bekommen hat und dies durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist, nicht eintragungsfähig.

14. v. Dassel, R. **13** 61. Grundbucheintragungen, die nach einem Ge-

bietsaustausche zwischen deutschen Bundesstaaten von dem bisher zuständigen Grundbuchrichter des einen Bundesstaats bezüglich der an den anderen Bundesstaat abgetretenen Grundstücke erfolgt sind, sind als rechtsgültig anzusehen.

15. Bourier, DNotV. **13** 37. Die Frage, ob der Grundbuchrichter sich darum zu kümmern hat, daß der Mann auf sein gesetzliches Zinsengenußrecht verzichtet hat, ist zu verneinen, weil das ehemännliche Zinsengenußrecht, wie überhaupt das ehemännliche Nutznießungsrecht am Frauenvermögen nicht eintragungsfähig ist (s. RGRKomm., Anm. 3 vor § 1030 BGB.). Die Eigentümerin eines Grundstücks, ebenso aber auch die Hypothekengläubigerin kann nicht verlangen, daß das Nutzungsrecht ihres Ehemanns am Grundstücke oder an der Hypothek in das Grundbuch eingetragen wird; ebensowenig, daß der Ausschluß dieses Nutzungsrechts durch Ehevertrag dort eingetragen wird. Das Grundbuch ist nicht dazu bestimmt, über das ehemännliche Nutzungsrecht oder dessen Ausschließung Aufschluß zu geben. Die weitere Folge ist der Satz: Der Grundbuchrichter hat sich um das ehemännliche Nutzungsrecht nicht zu kümmern. Dieser Satz gilt mindestens dann, wenn nicht eine Verfügung über das Recht der Ehefrau in Frage steht, sondern ein Recht der Frau eingetragen werden soll. . . . Der Grundbuchrichter hat also die verzinsliche Hypothek für die Ehefrau nach Maßgabe der Bewilligung und des Antrags einzutragen. S. JDR. **11** zu §§ 13 ff. Ziff. I 4.

16. Lövinson, JW. **13** 115. Die nach § 9 PrKommAbgG. den Eigentümern von Grundstücken auferlegten Beiträge haben keine dingliche Wirkung.

17. Heinemann, PrVerwBl. **34** 744. Zur Dinglichkeit der Kanalisationsgebühren.

18. a) S. JDR. **10** zu §§ 13 ff. Nr. I 9. Bourier, BayNotZ. **13** 1. (8): Man stoße sich nicht unnötig daran, Tote auf dem Papiere wie Lebende zu behandeln. Der Tote kann allerdings Eigentum nicht mehr erwerben, aber in Büchern und Akten kann es notwendig und erlaubt sein, den Tod unbeachtet zu lassen, Tote als Eigentümer zu bezeichnen, während selbstverständlich nur ihre Rechtsnachfolger Eigentümer werden können. Gerade diese Selbstverständlichkeit erlaubt die falsche Bezeichnung. b) Josef, AZivPr. **110** 402. Bei der Fülle und Mannigfaltigkeit der zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehörigen Rechtshandlungen lassen sich einheitliche Grundsätze darüber, welchen Einfluß der Tod eines am Verfahren Beteiligten auf dieses hat, nicht aufstellen. Die Frage ist vielmehr für jedes Verfahren nach seiner besonderen Natur zu entscheiden (426).

19. KGJ. **43** 216 (KG.). Eine unter der Herrschaft der preuß. Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 in der II. Abteilung des Grundbuchs bewirkte Eintragung, daß der Eigentümer des Grundstücks verpflichtet sei, sämtliche Baulichkeiten, die auf dem nach dem Bebauungsplane zu einem öffentlichen Platze bestimmten Teile des Grundstücks errichtet werden würden, ohne Anspruch auf Entschädigung auf Verlangen der Polizeibehörde zu beseitigen, stellt insofern eine zulässige Eintragung dar, als darin eine zugunsten der Stadtgemeinde als der Trägerin der Straßenbaulast eingetragene Veräußerungsbeschränkung gefunden werden kann.

II. Prüfungspflicht des Grundbuchrichters. 1. **RG.** WarnE. **13** 249. Das OLG. Darmstadt vertritt den Standpunkt, daß der Grundbuchrichter bei der Prüfung des Verfügungsrechts des Verfügenden durch dessen Eintragung im Grundbuche nicht gebunden sei, wenn er sichere Kenntnis der Unrichtigkeit der Eintragung habe, es würde die weitere Beschwerde zurückweisen, wenn es sich daran nicht durch den Beschluß des Hanseatischen OLG. in Hamburg vom 17. Dezember 1908, auszugsweise abgedruckt in OLG. **18** 118 f., gehindert sähe, in dem unter Hinweis auf § 891 jegliches Prüfungsrecht des Grundbuchrichters darüber, ob der Eingetragene auch der wirklich Be-

rechtigte sei, abgelehnt werde. Deshalb hat es die weitere Beschwerde auf Grund des § 79 Abs. 2 GBO. dem RG. zur Entscheidung vorgelegt. Allein die Voraussetzungen des § 79 Abs. 2 sind nicht gegeben. Zwar handelt es sich in dem vom OLG. bezeichneten Punkte um die Auslegung von reichsgesetzlichen Vorschriften, die das Grundbuchrecht betreffen, es kann dem OLG. aber nicht zugegeben werden, daß es mit der Auffassung, auf Grund deren es die Zurückweisung der weiteren Beschwerde für angezeigt hält, von der bezeichneten auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung des Hanseatischen OLG. Hamburg vom 17. Dezember 1908 abweichen würde. . . . . Diese Entscheidung bezieht sich auf einen Fall, in dem nur Zweifel darüber bestanden, ob der als Berechtigter Eingetragene auch der wirklich Berechtigte sei, während in dem jetzt zu entscheidenden Falle nach der vom OLG. D. gegenüber den in der Beschwerde geltend gemachten Bedenken aufrecht erhaltenen Feststellung des Grundbuchrichters die Unrichtigkeit der Eintragung, auf die die Verfügungsberechtigung der Ehefrau L. gegründet ist, aktenmäßig feststeht. Daß auch in einem solchen Falle die wirkliche Rechtslage der Eintragung gegenüber unberücksichtigt zu bleiben habe, hat das Hanseatische OLG. nicht ausgesprochen.

2. ZBlFG. **13** 309 (KG.). Wie das KG. in dauernder Rechtsprechung angenommen hat, ist der Grundbuchrichter verpflichtet, das Grundbuch, soweit als möglich, mit der Wirklichkeit in Einklang zu halten (KGJ. **20** 282, **25** A 117, **27** A 97, 238, **29** A 186, **37** A 262 u. a.). Er muß daher die Entstehung von Unrichtigkeiten nach Kräften verhindern. Demzufolge darf er nicht einen Ehegatten allein als Berechtigten eintragen, wenn er weiß, daß das Recht beiden Ehegatten zufällt (RJA. **7** 214).

3. ElsLothJZ. **13** 278 (Colmar). Der Grundbuchrichter hat eine Eintragung abzulehnen, wenn er weiß, daß das Grundbuch durch sie unrichtig werden würde. Andernfalls würde er seiner Aufgabe, das Grundbuch mit der Wirklichkeit möglichst in Einklang zu bringen, nicht gerecht werden.

4. OLG. **26** 35 (KG.). Der Grundbuchrichter darf nicht prüfen, ob der Inhalt der vor ihm abgegebenen Erklärungen und des an diese geknüpften Antrags dem aus dem Testament ersichtlichen Willen entspricht. Das Grundbuchamt hat vielmehr dem in diesem Verfahren allein in Betracht kommenden Antrage, den B. als Eigentümer einzutragen, stattzugeben, wenn die Auflassung in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form erklärt ist, und die Witwe A. nach dem Testament zur Verfügung über das Grundstück berechtigt war.

5. HessRspr. **14** 88 (LG. Gießen). Der Grundbuchrichter hat nur das grundbuchmäßige Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers und außerdem die allgemeinen Voraussetzungen einer Hypothekbestellung, d. h. das Vorhandensein einer äußerlich den Gesetzen entsprechenden Forderung zu prüfen. Dagegen hat er nicht zu prüfen, ob die Eingehung der der bewilligten Hypothek zugrunde liegenden Verbindlichkeit, hier also die Aufnahme des Darlehns, zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich und deshalb den Erben gegenüber wirksam ist.

6. KGBl. **13** 69 (LG. III Berlin). Der Grundbuchrichter kann die Beibringung der Heiratsurkunde nicht verlangen, wenn der Notar in seinem Beglaubigungsvermerk es unterläßt, zu bescheinigen, daß der männliche Unterzeichner der Ehemann der weiblichen Unterzeichnerin ist.

7. ElsLothNotZ. **13** 20 (LG. Straßburg und LG. Metz). Wenn ein in Gütergemeinschaft verheirateter Ehemann ein Grundstück käuflich erwirbt und, der Auflassungserklärung entsprechend, dessen Eintragung als sein eingebrachtes Gut beantragt, so kann der Grundbuchrichter diesen Antrag nicht aus dem Grunde ablehnen, weil der Käufer in Gütergemeinschaft verheiratet sei.

8. **RG.** WarnE. **13** 14. Es wird sich bei bestehendem Abhängigkeitsverhältnisse

verschiedener Urkunden voneinander gewöhnlich nach §§ 17, 18 GBO. und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen empfehlen, Prüfung und etwaige Beanstandung sämtlicher Anträge gleichzeitig vorzunehmen.

9. Josef, BuschsZ. **43** 365. (389): Der § 325 ZPO. führt als Folge der Rechtskraft nur auf die Wirkung des Urteils für und gegen die Parteien und die dort bezeichneten Personen, nicht aber, daß auch Behörden, insbesondere die der freiwilligen Gerichtsbarkeit, an den rechtskräftigen Ausspruch des Prozeßgerichts gebunden sein sollen. Dies letztere ist schon deshalb zu verneinen, weil die Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei ihren Entschließungen überall den wahren Sachverhalt zu ermitteln und zugrunde zu legen haben, während das Urteil des Prozeßgerichts ergeht nach Maßgabe der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien, sonach ohne Rücksicht auf die wahre Sachlage. Andererseits ist es Pflicht des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, seine Entscheidungen tunlichst den Anforderungen des Rechtsverkehrs anzupassen; es wird daher seiner Entscheidung regelmäßig die des Prozeßgerichts zugrunde legen und von dieser nur da abweichen, wo sich der Widerspruch der prozeßgerichtlichen Entscheidung von der wahren Sachlage klar ergibt. . . . . Einstweilige Verfügungen des Prozeßgerichts schaffen einen rechtlichen Zustand, den auch das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu beachten hat. Solche Verfügungen können aber nicht dem Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anweisungen erteilen, sondern nur das Verhältnis zwischen den Prozeßparteien regeln. In der streitigen Gerichtsbarkeit gibt es keine Urteile, die nichtig derart wären, daß sie als nicht vorhanden anzusehen sind, insbesondere erwächst eine Entscheidung, die das Prozeßgericht erlassen hat, während die Angelegenheit zur Zuständigkeit des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört, in Rechtskraft. Das gleiche gilt aber auch von einstweiligen Verfügungen des Prozeßgerichts. Diese sind von den Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit als rechtswirksam anzusehen, ohne jede Prüfung, ob sie nach dem unter den Parteien bestehenden materiellrechtlichen Rechtsverhältnisse zu Recht ergangen sind, insbesondere, ob die Verfügung im Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit erlassen werden durfte. Eine Nachprüfung in dieser Richtung wäre mit dem Zwecke der einstweiligen Verfügung, die schleunige vorläufige Regelung eines gefährdeten Anspruchs zu erreichen, unvereinbar. Dagegen ergibt der § 32 FGG., daß eine Verfügung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die vom sachlich unzuständigen Gericht erlassen ist, als unwirksam, als nicht vorhanden anzusehen ist. Diese Regelung rechtfertigt sich dadurch, daß die Gerichtsgewalt der freiwilligen Gerichtsbarkeit — im Gegensatze zu der streitigen — eine beschränkte ist, die Wirkung der hier erlassenen Entscheidungen zudem sich nicht nur auf die zunächst Beteiligten beschränkt, sondern auch auf die Rechtsverhältnisse Dritter sich erstreckt.

10. DNotV. **13** 516 (Darmstadt). Das Bestehen einer Gütergemeinschaft beschränkt die Ehegatten nicht in dem rechtsgeschäftlichen Erwerbe. Fällt der Erwerb in den Bereich der Gütergemeinschaft, so wird der erworbene Gegenstand nach §§ 1438, 1549 BGB. mit dem Erwerb Gesamtgut. Dies gilt auch für den Erwerb, zu dem nach § 873 BGB. die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist. Erfolgt in einem solchen Falle der Eintrag auf den Namen eines Ehegatten allein, so wird allerdings das Grundbuch unrichtig, und es kann von dem anderen Ehegatten Berichtigung des Grundbuches verlangt werden (§ 1438 BGB. Abs. 3). Allein das Grundbuchamt ist nicht befugt, dem im gegebenen Falle zweifellos rechtswirksamen Erwerb des Ehemannes den Erfolg zu versagen, weil der erwerbende Ehemann in einem Rechtsverhältnisse steht, das den Erwerb weiterhin kraft Gesetzes für einen Dritten oder eine mit einem Dritten bestehende Gemeinschaft vermittelt. Denn bei der rechtsgeschäftlichen Rechtsänderung vollzieht sich der Erwerb erst auf Grund der Einigung

der Beteiligten mit der Eintragung in das Grundbuch (Männer, Sachenrecht 40). Das Grundbuchamt darf diesem rechtsgeschäftlichen Erwerb seine Wirksamkeit durch Ablehnung der Eintragung auf den Namen des Erwerbers nicht nehmen, wodurch der kraft Gesetzes sich vollziehende Erwerb ebenfalls verhindert würde. Nach dem durch die Eintragung vollzogenen Erwerb ist es dann Sache des beteiligten anderen Ehegatten, die Berichtigung des Grundbuchs herbeizuführen, wenn davon abgesehen worden war, von Anfang an die Eintragung auf das Gesamtgut zu verlangen, sei es, daß dies vom Ehemann allein oder unter Mitwirkung der Ehefrau geschah. Auf diesem Standpunkt stehen die Kommentare von Planck (Anm. 7 zu § 1438), Staudinger ([3/4] Anm. 4 Abs. 3 zu § 1438), ferner Fuchs, Grundbuchrecht (S. 365), Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I (2) 329, 330) und endlich der Kommentar der Reichsgerichtsräte in Anm. 6 zu § 1438 BGB. Was die Rechtsprechung betrifft, so hatte früher das OLG. Colmar eine andere Meinung (Beschlüsse vom 5., 9. April 1900, R. 461), hat diese Ansicht später aber verlassen (Beschluß vom 3. Juni 1903 und 13. Juli 1907, ZBlFG. **4** 123, **8** 359 Nr. 423), nachdem Lenel in der DJZ. **00** 288 in ausführlicher Darlegung sich gegen diese Beschlüsse gewandt hatte. Das BayObLG. vertritt in seiner Entscheidung vom 6. November 1903 den Standpunkt der Kommentare (ZBlFG. **5** 65).

III. Rechtshilfe. 1. OLG. **27** 6, ElsLothJZ. **13** 330 (Colmar). Die Gerichte haben sich im Anlegungsverfahren nach §§ 158—169 GVG. Rechtshilfe zu leisten (§ 2 FGG.). Diese Pflicht erstreckt sich auf die zur Eintragung des Eigentums erforderlichen Ermittlungen, die das Anlegungsgericht von Amts wegen vorzunehmen hat. Gegenstand eines Ersuchens kann aber nur die Vornahme einer bestimmten Ermittlungshandlung sein. Der Anlegungsrichter kann nicht allgemein um Vornahme der zur Eintragung des Eigentums an einem Grundstücke erforderlichen Ermittlungen ein anderes Gericht ersuchen.

2. Die Entscheidung des KG. in JDR. **11** zu §§ 13 ff. Ziff. III auch KGJ. **43** 33.

§ 13. I. Inhalt des Antrags. 1. BayNotZ. **14** 193 (LG. Neuburg a. D.). Ein Antrag der Beteiligten auf Eintragung einer Hypothek an vorläufig nächstoffener Rangstelle darf vom Grundbuchamt nicht abgelehnt werden.

2. Die Entscheidung des OLG. Jena JDR. **10** zu § 13 Ziff. 1, auch KGJ. **43** 306.

3. Struckberg, DNotV. **13** 695. Auslegung des Eintragungsantrags durch den Notar und das Grundbuchamt.

4. du Chesne, BadRpr. **13** 94. Die auf Grund einer rechtskräftigen Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung vorgenommene Eintragung im Grundbuch und der sie verlangende Antrag des Gläubigers ist Zwangsvollstreckung.

II. Form des Antrags. 1. KGJ. **44** 174 (KG.). Anträge auf Eintragung in das Grundbuch müssen stets in einem Schriftstücke niedergelegt sein.

2. KGJ. **44** 174 (KG.). Eintragungsanträge gelten als wirksam gestellt erst in dem Zeitpunkt, in dem sie dem Grundbuchamte zugehen. In diesem Zeitpunkt oder, wenn der Antragsteller gestorben ist, in dem Zeitpunkte der Absendung des Antrags muß der Antragsteller rechtsfähig sein.

III. Erneuerung eines abgewiesenen Antrags. KGJ. **44** 301 (KG.). Ein in allen drei Instanzen abgewiesener Eintragungsantrag kann von dem gleichen oder einem anderen Antragsteller mit der gleichen tatsächlichen Begründung jedenfalls dann von neuem bei dem Grundbuchamte gestellt werden, wenn der Antrag eine Berichtigung des Grundbuchs verlangt.

IV. Die Antragsberechtigung. 1. du Chesne, WürttZ. **13** 1. Bei einer rechtsändernden auf einem Rechtsgeschäft beruhenden Eintragung sind die an ihr Beteiligten unschwer zu erkennen; es sind die, in deren grundbücher-

lichen Rechtsverhältnissen sich durch das einzutragende Rechtsgeschäft etwas ändert. Diejenigen, die durch Rechtsgeschäft ihre Rechtsverhältnisse ändern, weil sie dies in ihrem — egoistischen oder altruistischen — Interesse liegend erachten, haben im Zweifel auch ein Interesse daran, daß die Grundbuchbehörde vermittels des Eintragungsverfahrens der Rechtsänderung zur Durchführung verhelfe. Dieses prozessuale Interesse wird durch den ihm gewährten rechtlichen Schutz zum Eintragungsanspruch (Antragsrecht). Wird durch eine solche rechtsändernde Eintragung zu Unrecht in den Rechtskreis eines am Rechtsgeschäfte nicht Beteiligten eingegriffen, so hat auch dieser ein materiellrechtliches Interesse, daß die Eintragung beseitigt werde, und diesem Interesse entspricht ebenfalls ein prozessuales Interesse an der Anrufung der Grundbuchbehörde zum Zwecke der Beseitigung. Dieses letztere Interesse kann aber nur in geringem Maßstabe von der Grundbuchordnung geschützt werden, weil damit der öffentliche Glaube des Grundbuchs gefährdet werden würde. Soweit dies nicht der Fall ist, ist ein Eintragungsanspruch gegeben, der aber in der Form der B e s ch w e r d e auftritt (§ 71, 2 GBO.). Diejenigen, die durch die rechtsändernde Eintragung gewinnen, aber am Rechtsgeschäfte nicht beteiligt sind, haben ein schutzwürdiges prozessuales Interesse der geschilderten Art nicht. Denn sie haben aus dem Geschäfte keinen Anspruch, der ihnen ein schutzwürdiges Interesse an der Eintragung verleihen könnte; sie haben auch kein materielles Abwehrinteresse, das ihnen als Grundlage für einen Beschwerdeanspruch dienen könnte. Von der erstgedachten Kategorie der Beteiligten bei einer rechtsändernden Eintragung würden die „unmittelbar Beteiligten", von den beiden letzteren die „mittelbar Beteiligten" umfaßt werden. Ganz anders ist die Sachlage bei der b e r i ch t i g e n d e n Eintragung . . . . (7). An der Berichtigung unmittelbar beteiligt sind aber jedenfalls der Berichtigungsberechtigte und der zur Zustimmung Verpflichtete. Wenn also das Gesetz von demjenigen spricht, „dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll" (§ 13 Abs. 2) und wenn es, wie nicht zweifelhaft, unter Eintragung auch die Berichtigungseintragung versteht, so müssen unter den an der Berichtigung unmittelbar (sozusagen Geschäfts-)Beteiligten der Berichtigungsberechtigte und -verpflichtete verstanden werden. Es ist somit G ü t h e und O b e r n e ck zuzustimmen, wenn sie die Genannten als unmittelbar Beteiligte ansprechen. . . . Wer die Berichtigungsberechtigten und -verpflichteten sind, ist eine Frage des materiellen Rechtes. Handelt es sich darum, daß außerhalb des Grundbuchs eine Hypothek sich in eine Eigentümergrundschuld verwandelt hat, so ist durch die Unrichtigkeit des Grundbuchs nur der Eigentümer oder der sonstige Grundschuldberechtigte betroffen und nur der noch eingetragene Hypothekengläubiger begünstigt. Handelt es sich aber darum, daß eine Hypothek oder ein sonstiges Recht eingetragen ist, das überhaupt nicht besteht, so betrifft diese Unrichtigkeit zufolge der „raumfüllenden Kraft" der Hypothek oder des anderweiten Rechts alle, die dadurch dem Grundbuche nach von dem ihnen in Wirklichkeit zukommenden Platze verdrängt werden, also alle Nachberechtigten. Sie alle können Beseitigung der sie beeinträchtigenden Unrichtigkeit fordern; sie alle müssen daher auch als unmittelbar Beteiligte mit dem grundbuchprozessualen Eintragungsanspruche ausgestattet sein. Auch in diesem Punkte ist den Ausführungen von G ü t h e , § 13 Bem. 43, zuzustimmen. . . . Dem von der Unrichtigkeit m i t t e l b a r Betroffenen wird ein Antragsrecht nur insofern zuzusprechen sein, als er, s o w e i t n i ch t d e r ö f f e n t l i ch e G l a u b e d e r E i n t r a g u n g e n t g e g e n s t e h t, Beseitigung der beeinträchtigenden Eintragung im Wege der B e s ch w e r d e wird verlangen dürfen. . . . Endlich muß jedes Antragsrecht, auch ein solches in Beschwerdeform, dem durch die unrichtige Eintragung mittelbar Begünstigten abgesprochen werden, denn beschwert ist er nicht und hat auch sonst kein erkennbares Interesse an der Berichtigung, insbesondere keinen Berichtigungsanspruch.

2. *Egelhaaf, WürttZ. 13 194 ff. Der Grundstückseigentümer ist nicht berechtigt, den Antrag auf Eintragung der Rangänderung bestehender Hypotheken im Grundbuch auf Grund der Bewilligung des zurücktretenden Hypothekengläubigers zu stellen; er fällt nicht unter die nach § 13 Abs. 2 Antragsberechtigten. Die Worte „dessen Recht an der Eintragung betroffen wird" sind hier in einem engeren Sinne auszulegen als bei § 19 GBO. Dagegen ist der Grundstückseigentümer berechtigt, auf Grund Vorrangseinräumung nach § 880 BGB. die Neueintragung einer Hypothek mit dem Vorrange vor der zurücktretenden zu bewilligen und zu beantragen.

§ 15. 1. Strucksberg, DNotV. **13** 498. Die Entscheidung des KG. (OLG. **25** 371, JDR. **11** zu § 15 Ziff. 6) geht in der Begründung fehl. Die Frage ist nicht richtig gestellt. Es handelt sich gar nicht darum, ob der Notar, der die Bewilligung beurkundet hat, auch die Eintragung beantragen muß. Es ist richtig, daß ihm der § 15 GBO. hierzu ein Recht gibt, aber nicht eine Pflicht auferlegt. In dem der Entscheidung des KG. unterbreiteten Falle war in der von dem Notar aufgenommenen Urkunde außer dem Antrag auch die zur Eintragung erforderliche Erklärung enthalten. Solchen Falls bedarf es überhaupt keines Antrags des Notars, weil bereits der von einem der Beteiligten gestellte Antrag und dessen Einreichung ohne Begleitschreiben genügt (vgl. Güthe, GBO. [2] Anm. 8 β zu § 15 GBO.). Es reicht aus, wenn der Notar eine reine Urkundtätigkeit entwickelt. Die Frage ist daher vorliegendenfalls richtiger dahin zu stellen, ob der Notar, der die Bewilligung beurkundet hat, die Einreichung der gestellten Anträge beim Grundbuchamte zu veranlassen hat. Darüber sagt der vom KG. zur Stütze seiner Entscheidung herangezogene § 15 GBO. überhaupt nichts. An sich verpflichtet die Ausführung der gewünschten Beurkundung zur Einreichung der Urkunden beim Grundbuchamte nicht, es sei denn, daß ein Auftrag hierzu vorliegt, der kann ausdrücklich erteilt sein oder auch aus den Umständen des einzelnen Falles sich ergeben. Daß ein solches Auftragsverhältnis stets stillschweigend vereinbart sei, wenn die Partei nichts sagt und die Urkunde einfach beim Notar liegen läßt, ist nicht anzunehmen.

2. SchlHolstAnz. **13** 27 (KG.). Auf Grund der gesetzlichen Ermächtigung des § 15 darf der Notar nichts beantragen, was mit dem von dem Beteiligten schon selbst gestellten Antrag nicht im Einklange steht. Hier handelt es sich aber nicht um eine Abweichung von dem Eintragungsantrage des Beteiligten, sondern um eine bloße Erläuterung dieses Antrags. Eine solche liegt im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung des Notars.

3. BayObLG. **13** 440. Der Notar, der die Zustimmung des Grundstückeigentümers zur Erklärung des Hypothekengläubigers über dessen Rangrücktritt beglaubigt hat, ist ermächtigt, im Namen des Eigentümers den Antrag auf Eintragung der Rangänderung zu stellen und gegen den die Eintragung ablehnenden Beschluß des Grundbuchamts die Beschwerde einzulegen.

4. KGJ. **44** 170 (KG.). Die mit einem Antrag auf Eintragung in das Grundbuch eingereichten Urkunden sind, solange eine Eintragung nicht erfolgt ist, jederzeit dem Berechtigten auf Verlangen zurückzugeben. Haben die Beteiligten nicht außerhalb der materiell erforderlichen Erklärung selbst einen Eintragungsantrag gestellt, ist vielmehr ihr Antrag lediglich in der beurkundeten oder beglaubigten Erklärung mit enthalten, so verliert dadurch der Antrag des Notars nicht seine rechtliche Wirksamkeit. Der Notar ist in diesem Falle nicht Bote, sondern Willensvertreter mit vermuteter Vollmacht. Hat ein Notar im Namen eines Antragsberechtigten kraft vermuteter Vollmacht einen Eintragungsantrag gestellt, so spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß er auch bevollmächtigt ist, die mit dem Antrag eingereichten Urkunden vom Grundbuchamte zurückzufordern.

§ 16. KGJ. **44** 191 (KG.). Die Genehmigung der Generalkommission zur Abveräußerung von Teilen eines Rentenguts kann nach materiellem Rechte bedingt erteilt werden. Im Grundbuchverfahren ist eine solche Genehmigung wie überhaupt jede behördliche Genehmigung nur dann verwertbar, wenn sie unbedingt erklärt ist. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze bildet nur der Fall, daß die Genehmigung von der Vornahme anderer von dem gleichen Grundbuchamte vorzunehmenden Eintragungen abhängig gemacht wird. Der § 925 Abs. 2 BGB. ist dann nicht anwendbar, wenn die zur Auflassung erforderliche behördliche Genehmigung unter einer Bedingung erteilt wird, vorausgesetzt, daß die Auflassung selbst unbedingt erteilt ist. . . . § 16 Abs. 2 setzt voraus, daß es sich um Eintragungen handelt, die von demselben Grundbuchamte zu bewirken sind (BayObLG. R. **09** Nr. 2511, OLG. Dresden i. OLG. **21** 3).

§ 17. 1. ElsLothJZ. **13** 302 (Colmar). Wie das RG. bereits in seiner Entsch. **RG. 57** 279 ff., in Übereinstimmung mit der Literatur (v. Staudinger § 879, Güthe, GO. § 17 Anm. 2) ausgeführt hat, entscheidet über das Rangverhältnis mehrerer ein Grundstück belastender Rechte materiellrechtlich die das Rangverhältnis zum Ausdrucke bringende Eintragung im Grundbuch und nicht die zeitliche Aufeinanderfolge der Anträge. Diese gibt nur die Grundlage für die Eintragung ab. Hat das Grundbuchamt die Eintragung im Widerspruche mit der durch § 17 und 46 GBO. gegebenen Anweisung bewirkt, so ist allein die Eintragung maßgebend.

2. Fränkel, BayNotZ. **14** 283. Die Zwangshypothek und die Auflassung schließen sich in Wirklichkeit nicht gegenseitig aus, sondern es steht lediglich der Eintragung der Zwangshypothek ein Hindernis entgegen, nämlich die Auflassung; nicht aber ist dies umgekehrt der Fall. Es müßte also an sich der Antrag auf Eintragung der Zwangshypothek zurückgewiesen werden, weil das Hindernis von dem Antragsteller nicht beseitigt werden kann (§ 18 Abs. 1 GBO.). Die Zurückweisung wäre jedoch mit der Tatsache nicht in Einklang zu bringen, daß der Antrag gleichzeitig mit der Auflassung eingelaufen ist, daß ihm also im Zweifel auch gleiche Rechte zukommen müssen wie dieser; die Zurückweisung wäre eine einseitige Bevorzugung der Auflassung. Diese Erwägung allein schon muß dazu führen, beiden Anträgen stattzugeben. Allerdings muß in diesem Falle die Zwangshypothek vor der Auflassung vollzogen werden, gerade so, als wäre der Antrag vor der Auflassung eingelaufen. Darin liegt anscheinend eine Bevorzugung der Zwangshypothek, allein diese Bevorzugung tritt jedenfalls gegenüber der Tatsache zurück, daß die Zwangshypothek gleichzeitig mit der Auflassung eingelaufen ist und demnach gleiche Rechte mit dieser erworben hat. Und diese Tatsache verpflichtet eben den Grundbuchrichter, die Anträge in der Reihenfolge zu vollziehen, die den gleichzeitigen Vollzug ermöglicht.

§ 18. I. Ablehnung der Entscheidung. KGJ. **43** 1 (KG.). Stellt ein Beteiligter bei dem für die Bearbeitung von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder von Grundbuchsachen zuständigen Gericht einen Antrag, der sich seinem sachlichen Inhalte nach als Erhebung eines privatrechtlichen Anspruchs gegen den Justizfiskus darstellt, so hat das Gericht als solches eine Entscheidung darüber abzulehnen. Hat jedoch die Vorinstanz eine sachliche Entscheidung auf den Antrag getroffen, so steht die mangelnde Zulässigkeit des Antrags der Zulässigkeit der Beschwerde nicht entgegen.

II. Wahlrecht zwischen Zurückweisung und Zwischenverfügung. 1. ZBlFG. **14** 226 (Dresden). Das dem Grundbuchamt eingeräumte Wahlrecht darf nicht willkürlich ausgeübt werden; vielmehr ist dabei zu berücksichtigen, ob das der Eintragung entgegenstehende Hindernis beseitigt werden kann oder nicht. Im zweiten Falle läßt es wenigstens dann, wenn die Beseitigung

des Hindernisses in kürzerer Zeit zu erwarten steht, das Interesse des Antragstellers geboten erscheinen, zur Hebung des Hindernisses eine Frist zu bestimmen.

2. FrankfRundsch. **46** 249 (LG. Frankfurt a. M.). Das Verfahren des § 18 GBO. ist nicht zulässig, wenn die besonderen, vom Gesetzgeber für die einzutragende Rechtsart, hier die Pfändung einer Eigentümergrundschuld, gegebenen Normen eine Rechtswirkung überhaupt nur an die endgültige Eintragung knüpfen, so daß eine bloße Vormerkung des betreffenden Rechtes unwirksam ist, vgl. Güthe, GBO.[2], § 18 Anm. 14, Predari, GBO. § 18 Anm. 3, Oberneck, GBR. § 28 S. 209 und das KG. in KGJ. **39** A 166, Entsch. vom 7. Februar 1910). Eine derartige Sondernorm, welche im vorliegenden Einzelfalle die Anwendung der allgemeinen Vorschriften der §§ 18 und 17 GBO., zumal das dort vorgesehene Vormerkungsverfahren ausschloß, ist in den §§ 830 und 857 Abs. 6 ZPO. zu finden. Nach diesen Normen bedarf es zur Pfändung einer Buchhypothek oder einer Buchgrundschuld der Eintragung der Pfändung in das Grundbuch. . . . . Wollte man im Falle der §§ 830 und 857 Abs. 6 ZPO. das Vormerkungsverfahren der §§ 17 und 18 GBO. zulassen, so wird mindestens im Endergebnis die Möglichkeit eröffnet, daß ein Pfändungsgläubiger, der vorläufig nur den Pfändungsbeschluß erwirkt hat, den Vorrang vor einem anderen Pfändungsgläubiger erlangt, der einen Pfändungsbeschluß schon früher erreicht und sich inzwischen bemüht hat, die zur Eintragung der Pfändung sonst etwa erforderlichen grundbuchmäßigen Unterlagen, wie z. B. bei der Eigentümergrundschuld den Nachweis ihrer Entstehung zu beschaffen. Dies könnte dadurch geschehen, daß er, kurz bevor letzterer den mit allen erforderlichen Unterlagen versehenen Antrag auf Eintragung seiner Pfändung zu stellen vermag, die Eintragung seiner Pfändung unter Überreichung nur des Pfändungsbeschlusses beantragt und den Grundbuchrichter zur Fristsetzung und, sobald während des Laufes der Frist der schlüssige Eintragungsantrag des anderen Pfändungsgläubigers eingeht, zur Vormerkung seiner Pfändung mit dem Range vor der Eintragung der Pfändung des anderen Pfändungsgläubigers veranlaßt.

3. KGJ. **44** 263 (KG.). Wird eine Eintragung unter Hinzufügung eines unzulässigen Zusatzes beantragt, so kann auf die Zurücknahme des Zusatzes durch eine Zwischenverfügung hingewirkt werden, sofern die Zurücknahme des Zusatzes den Antrag nur beschränkt, aber nicht zu einem neuen Antrage macht. . . . . Denn in solchem Falle erscheint es unbedenklich, dem Antrage (mit Güthe, GBO. [2] § 18 Anm. 17) die sich aus dem Zeitpunkte seiner ersten Einreichung bei dem Grundbuchamt ergebende Rangstellung zuzuweisen, wenn der Antragsteller das Verlangen auf Miteintragung des unzulässigen Zusatzes fallen läßt. Daß in den Gesetzesmaterialien (D. u. KommBer. z. § 17 Entw. II GBO.) nur die Fälle, in denen der Antrag an einem Mangel der Begründung leidet, als Anwendungsfälle für den Erlaß einer Zwischenverfügung erwähnt sind, rechtfertigt noch nicht die Annahme, daß dies die einzigen Fälle der Zulässigkeit einer Zwischenverfügung sein sollten. Der Wortlaut des § 18 Abs. 1 GBO., wonach, wenn „einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht", dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses bestimmt werden kann, deckt, wie schon oben zu erkennen gegeben ist, auch den hier behandelten Fall. Soweit in KGJ. **37** A 212 die Grenzen der Zulässigkeit der Zwischenverfügung enger gezogen worden sind, wird der dort eingenommene Standpunkt aufgegeben.

4. HessRspr. **14** 55 (LG. Gießen). Das Beschwerdegericht teilt nicht die z. B. von Predari vertretene Auffassung, daß, wenn es an einem Nachweise bezüglich der Voraussetzungen des Beginns der Zwangsvollstreckung mangele, stets die Zurückweisung des Antrags zu erfolgen habe, da für eine Zwischenverfügung kein Raum sei. Die Kammer schließt sich vielmehr der von Güthe, Anm. 14 ff. zu § 18 GBO.

auf S. 328 ausgesprochenen Ansicht an, daß jedenfalls dann, wenn der Eintragungsantrag an einem leicht zu behebenden Mangel der Begründung leide, die sofortige Zurückweisung der Billigkeit widersprechende, empfindliche Härten mit sich bringen würde, daß also z. B. dann, wenn der Schuldtitel zwar vorhanden und zugestellt, aber versehentlich nicht mit eingereicht sei, eine auf dessen Beibringung gerichtete Zwischenverfügung nach § 18 GBO. am Platze sei.

5. ElsLothNotZ. **13** 288 (Colmar). Die Abweisung eines Antrags auf Eintragung statt einer Zwischenverfügung erscheint nur dann als Gesetzesverletzung, wenn die Hebung des Eintragungshindernisses unter Würdigung nicht nur der im allgemeinen maßgebenden, sondern auch nach der Lage des einzelnen Falles in Betracht kommenden Umstände binnen kurzem zu erwarten steht

6. HessRspr. **14** 55 (LG. Gießen). Ebenso wie die Erlassung einer Zwischenverfügung voraussetzt, daß der Mangel des Antrags auf Rechtsunkenntnis oder auf abweichender Rechtsauffassung oder auf Unachtsamkeit oder dergl. beruht (Güthe 332 § 18 Anm. 14 ff.), darf der Grundbuchrichter den hier eingeschlagenen Weg einer stillschweigenden Hinausschiebung der sachlichen Entscheidung auf den Eintragungsantrag dann nicht wählen, wenn der Antragsteller in Kenntnis des Mangels den Antrag nur zu dem Zwecke stellt, um sich einen besseren Rang vor anderen Beteiligten zu sichern.

III. Beschwerde gegen die Zwischenverfügung. SeuffBl. **13** 92, KGJ. **43** 139, RJA. **12** 248 (KG.). Wählt der Grundbuchrichter die Form der Zurückweisung, und sind in dem zurückweisenden Beschlusse mehrere Gründe angegeben, von denen jeder für sich die Entscheidung trägt, so ist die Beschwerde nur gegen die Entscheidung in ihrer Gesamtheit, nicht auch gegen einen einzelnen der Zurückweisungsgründe zulässig, denn diese bilden nicht einen Teil der Entscheidung als solcher, also der Entscheidungsformel, sondern sind lediglich ein Bestandteil der Begründung. Die auf die Anfechtung eines einzelnen Zurückweisungsgrundes hin erfolgende Entscheidung des Beschwerdegerichts würde auch nur theoretischer Natur sein, weil die Entscheidung als solche, d. h. die Zurückweisung des Eintragungsantrags, trotz der Beseitigung des einen der mehreren Zurückweisungsgründe bestehen bliebe. Zu dem Erlasse theoretischer Entscheidungen sind aber die Gerichte weder berechtigt noch verpflichtet (**RG. 43** 426 oben, KG. in OLG. **2** 499, **10** 437). Anders ist die Rechtslage im Falle des Erlasses einer Zwischenverfügung. Das Wesen der Zwischenverfügung besteht nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO. darin, daß dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung von Eintragungshindernissen bestimmt wird. Daraus folgt, daß die dem Eintragungsantrag entgegenstehenden Hinderungsgründe einen Bestandteil der Entscheidung selbst bilden. Denn da die Bestimmung der Frist zur Hebung der Hindernisse erfolgt, so empfängt sie ihren Charakter als Entscheidung erst durch die Hinzufügung derjenigen Anstände, die der Erledigung des Eintragungsantrags entgegenstehen. Infolgedessen liegt auch dann eine Beschwerde gegen die Entscheidung selbst und nicht bloß gegen ihre Begründung vor, wenn nicht sämtliche der von dem Grundbuchrichter angegebenen Hinderungsgründe, sondern nur der eine oder mehrere von ihnen von dem Beschwerdeführer angefochten werden. Die auf eine solche Beschwerde hin ergehende Entscheidung des Beschwerdegerichts ist auch keine bloß theoretische. Denn für den Beschwerdeführer ist es von praktischer Erheblichkeit, zu wissen, ob er allen Beanstandungen des Grundbuchrichters oder nur einigen von ihnen nachzukommen hat. Allerdings kann die Entscheidung des Beschwerdegerichts für die spätere endgültige möglicherweise ohne Belang sein. Denn wenn der Beschwerdeführer das nicht angefochtene Eintragungshindernis nicht behebt, so wird der Eintragungsantrag auch dann endgültig zurückgewiesen, wenn das Beschwerdegericht zugunsten des Beschwerdeführers entschieden hat. Für

das Zwischenverfügungsverfahren als solches ist aber die Entscheidung des Beschwerdegerichts niemals bloß theoretischer Natur, da durch sie der Umfang der von dem Antragsteller noch beizubringenden Nachweise bestimmt wird. Es ist daher auch nicht erforderlich, daß mit der Anfechtung eines oder einiger der Eintragungshindernisse die Behebung der anderen von dem Beschwerdeführer nachgewiesen wird. Diese Auffassung hat auch praktische Erwägungen für sich. Würde der Antragsteller genötigt sein, mit der Beschwerde die Behebung der anderen Anstände nachzuweisen, so würden die hierfür entstandenen Kosten nutzlos aufgewendet sein, wenn das Beschwerdegericht die Erhebung der angefochtenen Anstände für berechtigt erklärt und der Beschwerdeführer außerstande ist, sie zu beseitigen. Durch eine solche Erwägung würde der Beschwerdeführer sich möglicherweise genötigt sehen, gegen seine eigene bessere Einsicht auch die anderen Hindernisse anzufechten, um ohne den Nachweis ihrer Behebung eine Entscheidung des Beschwerdegerichts herbeizuführen.

IV. Kostenentscheidung. KGJ. 43 243 (KG.). Der Art. 9 PrFGG. ist auch auf Grundbuchsachen anwendbar. Dagegen gelten die §§ 91 ff. ZPO. auch für das Verfahren nicht, das die Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund des § 866 das. betrifft. . . . Das Gericht darf die Verurteilung in die Kosten nur bei der von ihm zu treffenden Entscheidung, d. h. der Entscheidung in der Hauptsache (KGJ. 41 7; Josef 270 Anm. 5; Rausnitz 209 Anm. 29; Schulze-Görlitz und Oberneck, Art. 9 Anm. 2 b 2) aussprechen. Das Amtsgericht wird zu prüfen haben, ob die Worte: „bei der Entscheidung" unbedingt erfordern, daß die Kostenentscheidung gleichzeitig mit der Hauptentscheidung ergeht, oder nur die Bedeutung haben, daß der zur Verurteilung erforderliche Antrag vor der Hauptentscheidung gestellt sein muß, dergestalt, daß das Gericht in der Lage ist, beide Anträge zusammen zu erledigen. Für die zweite Auffassung spricht die Erwägung, daß, wenn das Gericht versehentlich den Kostenantrag unerledigt läßt, durch dieses Verfahren dem Antragsteller sein Recht genommen werden würde, falls der ersten Auffassung beigetreten würde. Das KG. hat die Frage bisher noch nicht entschieden (s. KGJ. 41 7); Schulze-Görlitz und Oberneck (Art. 9 Anm. 2 b 2) halten anscheinend die erste Auffassung für richtig.

V. Die Vorschrift des § 18 Abs. 2. 1. du Chesne, Wesen und Wirkung der Vormerkung von Amts wegen (Festgabe für Wach). (6): Bei der Vormerkung von Amts wegen handelt es sich nicht um Sicherung eines privatrechtlichen Anspruchs. . . . (8): Es ist nicht richtig, daß der Antragsteller im Falle eines Eintragungshindernisses den öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Zurückweisung oder Zwischenverfügung habe. . . . (13): Die Vormerkung sichert vielmehr das Eintragungsinteresse des privaten Beteiligten und den vom Gesetze dafür unter bestimmten Voraussetzungen erteilten Eintragungsanspruch. . . (15): Die eigentliche und hauptsächliche Wirkung der Vormerkung des BGB. besteht darin, daß sie jede dem schuldrechtlichen Anspruche zuwiderlaufende Verfügung über das dingliche Recht oder seinen Gegenstand in der Art einer auflösenden Bedingung rückwärts wieder aufhebt. . . . Es fragt sich nun weiter, ob sich die Behandlung der Vormerkung nach Art einer auflösenden Bedingung auch auf die Vormerkung von Amts wegen anwenden läßt. . . . (22): Diese Frage ist zu bejahen. Der die Rückfallswirkung auslösende Umstand, der bei der Vormerkung des BGB. in der Geltendmachung des schuldrechtlichen Anspruchs besteht, ist hier die Eintragung des vorgemerkten Rechtes. Mit ihr erlangt das vorgemerkte Recht ipso iure den ihm vorbehaltenen Teil des Tauschwerts. . . . (23): Die Vormerkung ist daher ein Vermerk im Grundbuche, der die volle Befriedigung eines geltend gemachten Eintragungsverlangens für den Fall, daß ihm ein Eintragungsanspruch entspricht, in der Weise sichert, daß er jede diesem Eintragungsanspruche zuwiderlaufende Verfügung über die Substanz des einzutragenden Rechtes in der

Art einer auflösenden Bedingung rückwärts wieder aufhebt, wenn es zur endgültigen Eintragung kommt. . . . Eine dem § 888 BGB. entsprechende Vorschrift findet sich in der GBO. nicht. Warum nicht? Hat nicht auch der nach der Vormerkung von Amts wegen Eingetragene eine Rechtsposition erlangt, die er gegenüber der endgültigen Eintragung wieder aufgeben muß? Daß er eine Rechtsposition durch die Eintragung erlangt hat, wenn auch mit der Aussicht, sie möglicherweise wieder zu verlieren, wird sich nach dem oben Gesagten kaum bestreiten lassen. Die Antwort auf unsere Fragen läßt sich daher am ehesten in der Richtung vermuten, daß bei der Vormerkung von Amts wegen das Verfahren selbst dasjenige leistet, wozu es bei der Vormerkung des BGB. eines besonderen Anspruchs bedarf, daß — anders ausgedrückt — bei der Vormerkung von Amts wegen das Eintragungsverfahren selbst den Nacheingetragenen beiseite oder zurückschiebt, während er bei der Vormerkung des BGB. erst noch zum eigenen Zurücktreten gezwungen werden muß. Eine Betrachtung des beiderseitigen Verfahrens ergibt denn auch, daß dieser Gesichtspunkt zutrifft. Bei der Vormerkung des BGB. nämlich muß der Vorgemerkte, um die endgültige Eintragung herbeizuführen, noch immer eine Bewilligung des Verpflichteten oder einen diese ersetzenden Schuldtitel beibringen; es erfordert das das nun folgende Eintragungsverfahren beherrschende formelle Konsensprinzip. Die Zustimmungsverpflichtung des § 888 BGB. ist nichts weiter als die folgerichtige Ausdehnung des Erfordernisses des formellen Konsenses auch auf den Drittbeteiligten. Dagegen bedarf es zur endgültigen Eintragung des durch eine Verfahrensvormerkung m i t t e l b a r gesicherten materiellen Rechtes nicht noch einer Bewilligung des Gegenbeteiligten oder eines Schuldtitels; beide müssen vielmehr schon vorliegen, wenn es zu einer Eintragung kommen soll. Ist die Vormerkung des BGB. ein selbständiges materiellrechtliches Zwischenstadium, so ist die Vormerkung von Amts wegen nur ein unselbständiges, verfahrensmäßiges. Bedarf es aber keiner neuen Bewilligung des Vormerkungsverpflichteten — oder ihres Surrogats — zur endgültigen Eintragung, wird dieser vielmehr ihre volle gewollte Wirkung schon durch die Verfahrensvormerkung allein gesichert, so bedarf es auch keiner besonderen Zustimmung des Drittbeteiligten, vielmehr tritt auch gegen ihn die volle Wirkung der Eintragung schon kraft der Vormerkung ein. . . . (26): Da die Vormerkung aus § 18 nichts anderes ist als ein Verfahrensbehelf, so s t e h t u n d f ä l l t s i e m i t d e m V e r f a h r e n , z u d e m s i e g e h ö r t. . . Ist also das Verfahren A.-B. durch Rücknahme oder Abweisung des Antrags erledigt, so muß, selbst wenn in dem neu begonnenen Verfahren C.-B. abermals die Voraussetzungen einer Vormerkung eingetreten sind, die Vormerkung A.-B. von Amts wegen gelöscht werden (§ 18 aE.). Deshalb und nicht etwa, weil eine Vormerkung überhaupt nicht für denselben Anspruch bei anderer Parteibeteiligung wirken könnte, kann im Falle des § 18 von einer wirklichen Umschreibung der Vormerkung nicht die Rede sein. Die Vormerkung A.-B. wahrt auch nicht den Rang für den Anspruch C.-B.; ihre Wirksamkeit gilt nur dem prozessualen, nicht dem materiellrechtlichen Anspruche, wenigstens nicht unmittelbar. Dagegen ist die Vormerkung des BGB. gerade dazu bestimmt, unabhängig von den einzelnen möglichen Eintragungsverfahren den materiellrechtlichen Anspruch bis zu seiner endgültigen Verwirklichung zu sichern; sie muß also, wenn sie sachgemäß wirken soll, so lange wirken, bis der Anspruch in irgendeiner Parteibeteiligung zur Verwirklichung gelangt ist. Eine „Umschreibung" der Vormerkung des § 18 könnte nach dem Gesagten nur innerhalb desselben Eintragungsverfahrens gedacht werden. Aber auch in dieser Begrenzung würden ihr Bedenken entgegenstehen.

2. S t e i n , DNotV. **13** 591. Die Vormerkung aus § 895 ZPO. ist gegenüber dem Antrag auf Eintragung einer Hypothek nicht ein minus, sondern ein aliud, nämlich ein selbständiges, durch die Zivilprozeßgesetzgebung bestimmtes Sicherungs-

mittel. Somit ist die Vormerkung aus § 895 ZPO. auch ein aliud gegenüber der Vormerkung aus § 18 GBO., woraus wiederum folgt, daß wohl beide Sicherungsmittel für die Eintragung aus einer Eintragungsbewilligung nebeneinander bestehen, nicht aber die Vormerkung aus § 18 GBO. in eine solche aus § 895 umgewandelt und im Grundbuch umgeschrieben werden kann.

3. FrankfRundsch. **47** 210 (LG. Frankfurt a. M.). Für die Pfändung einer Eigentümergrundschuld ist die Eintragung einer Vormerkung der Pfändung nach § 18 Abs. 2 GBO. ohne rechtliche Wirkung.

VI. Die Rechtskraft der Entscheidungen. Heyn, ZBlFG. **13** 654. Die formelle Rechtskraft bedeutet die Unanfechtbarkeit einer Verfügung und hat ihre Unabänderlichkeit zur Folge; die materielle Rechtskraft ist dagegen die Bindung des Gerichts und der Beteiligten an den Inhalt der formell rechtskräftigen Verfügung, wenn bei gleichbleibender Sachlage eine erneute Entscheidung in Frage kommt, und steht in ihrer Wirkung dem Erlasse einer neuen Verfügung abweichenden Inhalts entgegen. Formell rechtskräftig werden die Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn sie durch Rechtsmittel — gleichviel, ob durch die sofortige oder die einfache Beschwerde — nicht mehr angefochten werden können. Materiell rechtskräftig werden sie stets dann, wenn der besondere Charakter der betreffenden Verfügung sich mit den Wirkungen der materiellen Rechtskraft vereinbaren läßt. Ohne formelle Rechtskraft ist eine materielle Rechtskraft nicht denkbar, dagegen gibt es formell rechtskräftige Verfügungen, welche nicht materiell rechtskräftig werden.

§ 19. I. Bedeutung der Eintragungsbewilligung. 1. Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses 81. Vermöge des formellen Konsensprinzips hat der Grundbuchbeamte seine Eintragungen nicht auf Grund einer langwierigen und leicht fehlschlagenden Kognition des privatrechtlichen Rechtszustandes vorzunehmen; er darf in eine Prüfung des Gesamttatbestandes der dinglichen Rechtsänderung, namentlich der sachenrechtlichen Einigung, überhaupt nicht eintreten. Vielmehr geschieht die Buchung allein auf Grund selbständiger formalisierter und präzisierter, rein verfahrensrechtlicher Erklärungen, die ausschließlich an das Grundbuchamt gerichtet sind und den Charakter von grundbuchrechtlichen Prozeßhandlungen etwa vom Schlage des prozessualen Anerkenntnisses haben. Ergänzt wird das formelle Konsensprinzip durch das Authentizitätsprinzip. Nach diesem dürfen u. a. alle sonstigen Eintragungserfordernisse, die nicht in jenen formalisierten Erklärungen bestehen, vom Grundbuchbeamten nur dann als erfüllt angesehen werden, wenn sie ihm in einer stereotypen authentischen Form nachgewiesen sind, nämlich allein durch öffentliche Urkunden, insbesondere durch Erbschein und gerichtliche Zeugnisse.

2. KGJ. **43** 146 (KG.). Die Eintragungsbewilligung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie wird nicht nur durch ihren Eingang bei dem Grundbuchamte, sondern auch dadurch wirksam, daß sie demjenigen zugeht, zu dessen Gunsten sie abgegeben ist. Die wirksam gewordene Eintragungsbewilligung eines Vertreters verliert dadurch nicht ihre Wirksamkeit, daß die Vertretungsmacht nach dem Eintritte der Wirksamkeit, aber vor Vornahme der Eintragung fortfällt. Dagegen kann eine Eintragungsbewilligung nach dem Fortfalle der Vertretungsmacht nicht mehr wirksam werden.

3. *Heidecker, ZBlFG. **13** 609 ff. Die Eintragungsbewilligung des Grundbuchrechts ist als alleiniges, durch Gesetz geregeltes und auf gesetzlicher Vermutung beruhendes Beweismittel für die Existenz der eine Eintragung begründenden Tatsachen lediglich Verfahrenshandlung, Voraussetzung und Grundlage der vom Grundbuchamte vorzunehmenden Eintragung. Sie ist nicht materiellrechtliches Rechtsgeschäft, wie sich aus §§ 878, 873 Abs. 2 BGB. ergibt, wonach auch

eine Person, die nach erfolgter Bindung an die Einigung in der Verfügung beschränkt worden ist, die Eintragungsbewilligung abzugeben noch imstande sein muß. Sie ist — da reines Beweismittel — auch nicht prozessuales Rechtsgeschäft.

4. Heidecker, ZBlFG. **13** 609. (617): Es gibt in der GBO. nur einen Begriff der Eintragungsbewilligung, nämlich den des § 19. § 22 GBO. ist die analoge Anwendung der Einrichtung der Eintragungsbewilligung auf ein verwandtes Gebiet.

5. BayRpflZ. **13** 93 (BayObLG.). Von dem Falle des § 20 GBO. abgesehen, erfolgt die Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird (§ 19 GBO.). Der Grundbuchrichter hat nicht zu prüfen, ob die für den dinglichen Rechtserwerb notwendige Einigung vorliegt, sondern nur, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, von denen das Grundbuchrecht die Eintragung abhängig macht.

II. Der Betroffene. 1. a) BayRpflZ. **13** 480, BayNotZ. **14** 425 (Bay. ObLG.). Ob die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung eine Verfügung über das Grundstück enthält, ist bestritten (dafür OLG. **21** 287, RJA. **2** 44; dagegen RJA. **7** 215; vgl. auch RJA. **7** 224). Der Senat hat früher die Frage bejaht (BayObLG. **3** 445). Diese Ansicht konnte jedoch nicht aufrecht erhalten werden. Nach § 740 ZPO. genügt zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ein gegen den Ehemann ergangenes Urteil. Daraus kann nur gefolgert werden, daß auch aus einer gemäß § 794 Nr. 5 ZPO. aufgenommenen Erklärung, in der sich der Mann der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, in das Gesamtgut vollstreckt wird, ohne daß es der Zustimmung der Frau zu der Unterwerfung bedarf (vgl. § 795 ZPO.). Dagegen ist § 740 ZPO. nicht dafür von Belang, ob der Mann der Zustimmung der Frau zur Unterwerfung bedarf, die nach § 800 ZPO. gegen jeden Eigentümer wirken soll. Denn aus der nach § 794 Nr. 5 aufgenommenen Urkunde wird in das Grundstück nur so lange vollstreckt, als es zum Gesamtgute gehört; mit seinem Ausscheiden wird auch die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut aus der nach § 794 Nr. 5 aufgenommenen Urkunde unzulässig. Dagegen soll die nach § 800 ZPO. erklärte Unterwerfung die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer, also gerade nach dem Ausscheiden des Grundstücks aus dem Gesamtgut ermöglichen. Die Zwangsvollstreckung aus der nach § 794 Nr. 5 mit § 795 erklärten Unterwerfung hängt mithin mit der Gütergemeinschaft zusammen, dagegen nicht die Vollstreckung aus der nach § 800 ZPO. erklärten Unterwerfung. Nur für die mit der Gütergemeinschaft zusammenhängende Zwangsvollstreckung gelten aber die §§ 740, 795 ZPO. Zutreffend nimmt die frühere Entscheidung des BayObLG. deshalb an, daß die Unterwerfung nach §800 ZPO. das Hypothekenrecht mit einem die Verwirklichung des Rechtes auf Befriedigung erleichternden Nebenrecht ausstattet. Allein wenn sie diese Unterwerfung deswegen für eine Verfügung über das Grundstück hält, so kann ihr nicht beigepflichtet werden. Denn die Unterwerfung kann nicht unter den Begriff der Verfügung gebracht werden, da sie ein Recht nicht unmittelbar überträgt, belastet, ändert oder aufhebt. Insbesondere wird die Haftung des Grundstücks nicht berührt. Das Grundstück haftet nicht für mehr, nicht mit mehr und nicht in anderer Weise. Es handelt sich bei der Unterwerfung nach § 800 um eine Erweiterung und Vereinfachung der Zwangsvollstreckung. Dadurch wird indessen nicht die Zustimmung der Frau erforderlich; die Zustimmung ist nur nötig, wenn über das Grundstück verfügt wird. **b)** BayNotZ. **13** 396 (LG. Schweinfurt). Beim Erwerbe von Grundstücken bedarf der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Ehemann zur Abgabe der Unterwerfungsklausel nach § 800 ZPO. in Ansehung der einzutragenden Kaufpreishypothek nicht der Zustimmung der Ehefrau.

2. KGJ. **43** 227 (KG.). Wird die Eintragung eines Nießbrauchs gleichzeitig mit der Eintragung der zu belastenden Hypothek

beantragt, so bedarf es nur der Bewilligung des Grundstückseigentümers, wenn der Wille der Beteiligten darauf gerichtet ist, daß die Hypothek von vornherein mit dem Nießbrauche belastet entstehen soll.

3. BayRpflZ. **13** 480, BayNotZ. **14** 425 (BayObLG.). In der Rechtslehre wird, soviel ersichtlich, einstimmig die Meinung vertreten, daß die Erhöhung des Zinssatzes einer auf einem Gesamtgutsgrundstücke lastenden Hypothek der Zustimmung der Frau oder der anteilsberechtigten Abkömmlinge bedarf. Das OLG. Hamburg hat allerdings den gegenteiligen Standpunkt eingenommen (OLG. **18** 264). Allein es führt aus, daß dies nur für die Regelfälle gelten soll; unter Umständen soll die Zinserhöhung nicht zur laufenden Verwaltung gehören und dann die Zustimmung erforderlich sein. Für eine solche Unterscheidung fehlt es an einem Anhalte, sie würde auch im Grundbuchverkehre zur Unsicherheit führen. Der Grundbuchbeamte muß nach einem festen Merkmale bemessen können, ob die Zustimmung erforderlich ist oder nicht.

4. OLG. **26** 299 (KG.). Wie bereits in KGJ. **23** 115 und im Beschl. vom 31. Januar 1910, 1. X. 10, ausgeführt ist, wird „betroffen" lediglich das Recht desjenigen Miterben, der die Nachlaßhypothek dem anderen Miterben überwiesen hat, nicht auch das Recht dieses anderen Miterben, denn dieses erfährt dadurch, daß er Alleinberechtigter der Hypothek wird, keinen Verlust, sondern einen Rechtsgewinn.

5. BayObLG. **14** 241 (BayObLG.). Die mit ihrem Ehemann in Fahrnisgemeinschaft lebende Ehefrau kann ohne Zustimmung des Mannes rechtsgeschäftlich ein Grundstück erwerben und die Auflassung des Grundstücks entgegennehmen, aber die von der Frau erklärte Bewilligung der Eintragung einer Hypothek für den Kaufpreis ist ohne die Zustimmung des Mannes unwirksam.

6. FrankfRundsch. **47** 18 (KG.). Die Beitrittserklärung einer Ehefrau als Eigentümerin zu der von der Leibzüchterin des Grundstücks dem Hypothekengläubiger bewilligten Abänderung der Zahlungsbedingungen unter Erhöhung des Zinsfußes einer Hypothek auf dem zum eingebrachten Gute der Ehefrau gehörigen Grundstück ist eine Verfügung über eingebrachtes Gut und bedarf der Zustimmung des Ehemanns.

7. ElsLothNotZ. **13** 93 (LG. Colmar). Wenn jemand an einem Grundstück ein dingliches Recht bestellt und dessen Eintragung bewilligt, so ist, auch wenn das Grundstück inzwischen gütergemeinschaftlich geworden und als solches eingetragen worden ist, zur nachträglichen Eintragung des dinglichen Rechtes die Eintragungsbewilligung des anderen Ehegatten nicht erforderlich.

§ 20. Meiser, GruchotsBeitr. **57** 584. (585): Eine Eintragung erfolgt gemäß § 19 GBO. regelmäßig, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. § 20 GBO. geht für den Fall der Auflassung von diesem formellen Konsensprinzip ab, indem die Einigung über die Rechtsänderung (Auflassung) dem Grundbuchamte nachgewiesen werden muß. Das ist besondere, instruktionelle Eintragungsvoraussetzung. Daneben gilt aber nach der herrschenden und zweifellos richtigen Meinung für das grundbuchrechtliche Verfahren der § 19 GBO. uneingeschränkt weiter. Die Eintragungsbewilligung muß deshalb von dem durch die Eintragung betroffenen bisherigen Eigentümer im Sinne des § 19 GBO. noch besonders erklärt werden, auch wenn die Auflassung erklärt und dem Grundbuchamte nachgewiesen ist. Das ist auch die Praxis der Notariate und Grundbuchämter, und dieser Standpunkt gründet sich darauf, daß die dingliche Einigung lediglich die materielle Seite betrifft, während die Eintragungsbewilligung eine prozessuale Rechtshandlung des formalen Grundbuchrechts darstellt. Die Eintragungsbewilligung gemäß § 19 GBO., die eine amtsempfangsbedürftige Willenserklärung ist, kann daher nicht schlechthin durch den Nachweis der Einigung nach § 20 GBO. erset-

bar sein. Es kann sein, daß zwar die materielle Rechtsgrundlage durch Schließen des dinglichen Vertrags geschaffen werde, daß aber vorläufig der dingliche Vollzug der Auflassungsschuld nur in dieser Halbheit erfolgen soll, eine Verfahrenstätigkeit des Grundbuchamts seitens des Passivbeteiligten also noch nicht herbeigeführt werden soll.

§ 22. I. Allgemeine Bedeutung der Vorschrift. Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses. (84): Die Brücke zu der Bindung des Grundbuchbeamten an das Prozeßergebnis bildet der klug ersonnene § 22 GBO. Entsprechend der dort eröffneten doppelten Möglichkeit, zur Grundbuchberichtigung entweder mit Hilfe des formellen Konsensprinzips durch Beibringung einer Berichtigungsbewilligung des Betroffenen oder aber durch Beibringung des Unrichtigkeitsnachweises mittels öffentlicher Urkunden zu gelangen, steht dem Prätendenten des wahren Rechtes auch die doppelte Möglichkeit offen, sich entweder die eine oder die andere dieser beiden alternativen grundbuchmäßigen Berichtigungserfordernisse auf dem Wege des Zivilprozesses zu verschaffen. Die Berichtigungsbewilligung des Betroffenen verschafft er sich, indem er dessen rechtskräftige Verurteilung zur Erklärung der Einwilligung in die Grundbuchberichtigung erwirkt. Auf Abgabe dieser Erklärung gewährt der § 894 BGB. dem in Wahrheit Beeinträchtigten eben im Hinblick auf das auch für die Grundbuchberichtigung geltende formelle Konsensprinzip einen privatrechtlichen Anspruch gegen den, dessen buchmäßiges Recht durch die Berichtigung betroffen wird. Den grundbuchmäßigen Unrichtigkeitsnachweis mittels öffentlicher Urkunden sichert er sich, indem er ein rechtskräftiges Feststellungsurteil (§ 256 ZPO.) über das der Buchrechtslage widersprechende wirkliche Bestehen oder Nichtbestehen des Sachenrechts selbst erstreitet, ein Weg, auf den schon die D. zur GBO. (49) hingewiesen hat. In jedem der beiden Fälle ist der Grundbuchrichter genötigt, die Berichtigung nach Maßgabe des Urteilsinhalts vorzunehmen, auch wenn er in seinem Inneren überzeugt ist, daß das Urteil ein Fehlurteil sei.... (91): Von dieser Regelung hat das Gesetz sich auch nicht durch das Bedenken abschrecken lassen, daß so der Grundbuchrichter in der Tat genötigt wird, die Stellung des Prozeßsiegers noch dadurch zu verbessern, daß er ihm die weit über die Rechtskraft inter partes hinausreichenden Vermutungs- und Publizitätswirkungen des Grundbuchs ebenfalls zur Verfügung stellt. Um so vorsichtiger sind allerdings die Grenzen der Gebundenheit des Grundbuchrichters abzustecken, die sich daraus ergeben, daß seine Gebundenheit ebenso wie die des Prozeßrichters wegen der subjektiven Beschränkung der Rechtskraft nur im Verhältnisse zu den Prozeßparteien und den ihnen gleichgestellten Personen (Rechtsnachfolgern usw., §§ 325, 327 ZPO.) besteht. Es lassen sich folgende Grenzen ziehen. Eine Gebundenheit des Grundbuchrichters an das rechtskräftige Urteil ist zunächst dann ausgeschlossen, wenn an dem Grundbuchverfahren, das zu der begehrten Berichtigung führen soll, solche Personen aktiv oder passiv „beteiligt" sind, denen gegenüber das Urteil keine Rechtskraft wirkt. ... (96): Eine weitere Grenze ergibt sich für die Gebundenheit des Grundbuchrichters aus den subjektiven Schranken der Rechtskraftwirkung, wenn man sich auf den Boden der herrschenden und beifallswürdigen Lehre stellt, daß der Grundbuchrichter nicht seine Hand dazu bieten darf, Eintragungen vorzunehmen, von denen er mit Bestimmtheit weiß, daß sie die wirkliche Privatrechtslage falsch wiedergeben werden. Kennt der Grundbuchrichter insbesondere im Berichtigungsverfahren bestimmte Tatsachen, aus denen er die sichere Überzeugung gewonnen hat, daß die verlangte „Berichtigung" entweder das richtige Grundbuch gerade erst unrichtig, oder das unrichtige Grundbuch nicht richtig machen würde, so hat er diese seine amtliche Wissenschaft auch ohne Anregung der Beteiligten von Amts wegen zur Geltung

zu bringen und die verlangte Eintragung abzulehnen, selbst wenn er seine Kenntnis aus anderen Quellen als aus dem ihm von den Beteiligten unterbreiteten Urkundenmateriale schöpft. . . . (97): Geht man hiervon aus, so ist der Grundbuchrichter an die Urteilskraft dann nicht gebunden, wenn sie zwar gegenüber allen nach dem Stande des Grundbuchs in Betracht kommenden „Beteiligten des Berichtigungsverfahrens" ihre Wirkung entfaltet, wenn aber der Grundbuchrichter sichere Kenntnis hat, daß keine der beiden Prozeßparteien, sondern ein von der Rechtskraftwirkung unbetroffener Dritter der wahre Berechtigte ist. . . . (99): Die Frage, ob die materielle Rechtskraft des Urteils auch im Grundbuchverfahren ebenso wie im Prozesse von Amts wegen zu berücksichtigen ist, ist zu bejahen. Zwar kann der Grundbuchrichter nach dem Antragsprinzipe des Grundbuchverfahrens nicht von Amts wegen zur Berichtigung des Grundbuchs nach Maßgabe des ihm bekannt gewordenen Urteils schreiten. Das deutsche Recht kennt keinen Berichtigungszwang. Allein wenn der Grundbuchrichter findet, daß die Eintragung zugleich unter Verletzung gesetzlicher Verfahrensvorschriften zustande gekommen ist (z. B. auf Grund gefälschter Eintragungsbewilligung), so zwingt ihn die von Amts wegen zu beachtende Urteilsrechtskraft, das Grundbuch in den oben erörterten Grenzen für unrichtig zu halten, auch wenn kein Beteiligter dies geltend macht, und er muß demgemäß von Amtswegen einen Widerspruch eintragen (§ 54 Abs. 1 Satz 1 GBO.).

II. Die Berichtigungsbewilligung. 1. OLG. **26** 131, KGJ. **44** 231 (KG.). Im allgemeinen ist die Berichtigungsbewilligung nicht nur eine zulässige, sondern sogar die von der GBO. §§ 19, 22 in erster Linie vorgesehene Grundlage einer berichtigenden Eintragung. Mittels ihrer kann derjenige, zu dessen Gunsten eine unrichtige Eintragung besteht, diese beseitigen. Die Fähigkeit der Berichtigungsbewilligung, die Berichtigungseintragung zu rechtfertigen, beruht auf dem in ihr zutage tretenden Willen des von der Berichtigung Betroffenen (vgl. Güthe, ZBlFG. **13** 125, 172 ff.). „Betroffen wird in dem Falle, daß an Stelle des Buchberechtigten ein anderer eingetragen werden soll, der Buchberechtigte" (RJA. **12** 72). An einem solchen fehlt es, wenn ein für den Erblasser eingetragenes Recht auf den Erben umgeschrieben werden soll. Der eingetragene Berechtigte ist tot. Sein Erbe, an dessen Stelle bei dem Vorhandensein eines Vollstreckers dieser gemäß § 2203 BGB. zu handeln befugt sein würde, ist — anders, wie dann, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht auf dem Erbfalle, sondern auf einem sonstigen rechtlichen Ereignisse beruht und die Berichtigung zugunsten eines Dritten erfolgen soll — nicht passiv beteiligt, ist vielmehr derjenige, zu dessen Gunsten die Eintragung bewirkt werden soll. Die Annahme einer Repräsentation des Verstorbenen durch den Vollstrecker ist dem geltenden Rechte fremd. Ist hiernach in Fällen, wie dem vorliegenden, eine Berichtigungsbewilligung rechtlich unmöglich, so kann die Umschreibung des Rechtes auf die Erben nur auf Grund des Nachweises der Erbfolge herbeigeführt werden (im Ergebnis übereinstimmend: Dresden, SeuffA. **57** 254, Kretzschmar, ZBlFG. **2** 719).

2. Kuttner, aaO. 98. Das Leistungsurteil auf Bewilligung der Grundbuchberichtigung ersetzt nur die grundbuchmäßige Bewilligungserklärung der Verurteilten selbst, ersetzt aber in keinem Falle die zur Berichtigung sonst noch erforderlichen Zustimmungs- oder Bewilligungserklärungen dritter Beteiligter, z. B. des Pfändungspfandgläubigers, der eine Hypothek hat pfänden lassen, des Zwangshypothekars, der eine Zwangshypothek hat eintragen lassen. Um die Berichtigung zu erlangen, ist daher der Berichtigungsinteressent regelmäßig genötigt, auch den dritten Beteiligten auf Einwilligung in die Grundbuchberichtigung besonders zu verklagen, wenn dieser sich nicht freiwillig zur Abgabe der erforderlichen grundbuchmäßigen Erklärung herbeiläßt. Anders dagegen, wenn der Berichtigungsinteressent

ein Feststellungsurteil über die Existenz des wahren Rechtes erwirkt hat; denn dann erfolgt die Berichtigung nicht auf Grund der formalisierten Bewilligungserklärungen, sondern auf Grund des grundbuchmäßigen Unrichtigkeitsnachweises, und in diesem Falle bedarf es der ausdrücklichen grundbuchmäßigen Zustimmungs- und Bewilligungserklärungen der dritten Beteiligten dann nicht, wenn auch im Verhältnisse zu ihnen die Buchunrichtigkeit in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen ist (arg. § 22 GBO.). Diese Voraussetzung ist aber erfüllt, wenn das Feststellungsurteil gemäß § 325 ZPO. auch ihnen gegenüber materielle Rechtskraft wirkt, was z. B. der Fall ist, wenn die Zwangshypothek oder die Pfändung der Hypothek erst nach Prozeßbeginn eingetragen worden ist (§ 325 Abs. 1 ZPO.), oder wenn der Beklagte im Eigentumsprozeß erst nach der Rechtshängigkeit einem Dritten, der die Rechtshängigkeit kannte, rechtsgeschäftlich ein dingliches Recht (Hypothek, Nießbrauch, Servitut) eingeräumt hat (§ 325 Abs. 2 ZPO.).

III. Der Nachweis der Unrichtigkeit. 1. KGJ. **43** 184 (KG.). Derjenige, dem das Vermögen einer Körperschaft (des öffentlichen Rechtes) bei deren Auflösung zufallen soll, kann unter staatlicher Genehmigung auch durch einen die ursprüngliche Verfassung abändernden oder ergänzenden Körperschaftsbeschluß bestimmt werden, selbst wenn dieser Beschluß erst zugleich mit dem Auflösungsbeschlusse gefaßt wird. Die Bestimmung des hinsichtlich des Vermögens einer aufgelösten Körperschaft Anfallberechtigten durch die Satzung der Körperschaft oder einen die Satzung abändernden oder ergänzenden Beschluß bewirkt keine Gesamtrechtsnachfolge. Vielmehr müssen die einzelnen Vermögensgegenstände von der auch nach der Auflösung zum Zwecke der Auseinandersetzung fortbestehenden Körperschaft auf den Anfallberechtigten übertragen werden. Das Vermögen einer Schulgemeinde geht auch dann, wenn diese bei dem Inkrafttreten des preuß. Schulunterhaltungsgesetzes vom 28. Juli 1906 infolge staatlich genehmigter Auflösung nur noch im Auseinandersetzungsstadium fortbesteht, auf den Eigen- oder Gesamtschulverband im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über.

2. R. **13** 245 (KG.). Die Genehmigung des Bezirksausschusses ist erforderlich zur Ausstellung einer Berichtigungsbewilligung hinsichtlich derjenigen Rechte der Stadtgemeinde, zu deren Veräußerung es dieser Genehmigung bedarf.

3. R. **13** Nr. 2632 (BayObLG.). Der Schuldner kann, wenn er im Besitz einer löschungsfähigen Quittung des Gläubigers ist, statt der Löschung zuzustimmen und sie herbeizuführen, den Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs und Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümerhypothek stellen.

4. KGJ. **43** 205 (KG.). Die auf Grund einer einstweiligen Verfügung bei einer Hypothek eingetragene, ihrem Inhalte nach nur bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses wirksame Verfügungsbeschränkung ist bei nachgewiesenem Eintritte des Ereignisses auf den Antrag des Hypothekengläubigers zu löschen, auch wenn durch eine nach dem Eintritte des Ereignisses erlassene weitere einstweilige Verfügung das Fortbestehen der Eintragung angeordnet worden ist.

5. ElsLothNotZ. **13** 331 (LG. Metz). Wenn bei einer Hypothek irrtümlich ein anderer als der in der Bewilligungsurkunde angegebene Zinsfuß eingetragen wurde, so ist dem auf Berichtigung gestellten Antrag ohne Bewilligung der Grundstückseigentümer zu entsprechen, wenn der bewilligte Zinsfuß nicht mehr als 5 v. H. beträgt.

6. SeuffA. **68** 215 (KG.). Grundbuchberichtigung ist zulässig, wenn der Vermerk einer Nacherbschaft durch eine entgeltliche Verfügung des befreiten Vorerben gegenstandslos geworden ist.

7. Bourier, BayNotZ. **14** 328. Nachweis der Gesamtgutseigenschaft bei Grundbuchberichtigung.

8. Metzler, BayNotZ. **14** 401. Die beendigte oder aufgehobene allgemeine oder fortgesetzte Gütergemeinschaft im Grundbuche.

9. Zeitler, DJZ. **13** 1259 macht folgenden Gesetzesvorschlag: „Zur Löschung von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden bedarf es der Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Löschung betroffen wird, nicht, wenn seit der letzten sich auf die Hypothek, Grund- und Rentenschuld beziehenden Eintragung in das Grundbuch 30 Jahre verstrichen sind und nicht im Grundbuch eingetragen ist, daß die Löschung auf Grund dieser Bestimmung ausgeschlossen ist. Die Löschung unterbleibt, wenn derjenige, dessen Recht von ihr betroffen wird, bei dem Grundbuchamte der Löschung widersprochen hat; der Widerspruch ist von Amts wegen in das Grundbuch einzutragen."

IV. Verhältnis der Berichtigungsbewilligung zu dem Nachweise der Unrichtigkeit. ElsLothJZ. **13** 610, ElsLothNotZ. **13** 202 (Colmar). Es ist mit dem RG. (**RG. 73** 154 ff.), dem KG. (**KGJ. 41** 201 ff.), der früheren Entscheidung des OLG. (OLG. **9** 332) und anderen Obergerichten davon auszugehen, daß in der Regel dann, wenn die Eintragungsbewilligung der Berichtigung seitens der von ihr Betroffenen vorliegt, das Grundbuchamt nicht befugt ist, daneben noch den Nachweis zu verlangen, daß die bisherige Eigentumseintragung tatsächlich unrichtig ist, und dies selbst dann nicht, wenn die Berichtigung dazu dienen soll, eine Rechtsänderung in den Eigentumsverhältnissen, die seit der Eintragung geschehen ist, ersichtlich zu machen. Eine Ausnahme hiervon ist nur für den Fall zu machen, daß sich aus dem mit der Berichtigungsbewilligung beigebrachten Urkundenmaterial ergibt, daß durch die entsprechend der Bewilligung vorzunehmende Berichtigung das Grundbuch gerade unrichtig würde (RG. aaO.); diesem Falle ist aber der andere nicht gleichzustellen, daß nur Zweifel an der Richtigkeit der Berichtigungsbewilligung entstehen. Immerhin ist im letzteren Falle, wie das KG. im Beschlusse vom 3. Juli 1911 (aaO. 207) besonders hervorhebt, der Grundbuchrichter nicht behindert, den Versuch zu machen, sich durch eine Rückfrage im Wege der Zwischenverfügung nach § 18 GBO. Klarheit zu verschaffen, und er kann, wenn die Beteiligten keine ausreichende Aufklärung geben, dadurch die volle Überzeugung gewinnen, daß die ihm vorgelegten Erklärungen tatsächlich unrichtig sind.

V. Die Vorschrift des § 22 Abs. 2. 1. BayNotZ. **14** 351, BayRpflZ. **13** 381, BayObLG. **14** 418, OLG. **27** 201 (BayObLG.). Die Frau hat kein Interesse daran, daß der kraft Gesetzes eingetretene Rechtszustand im Grundbuche nicht zum Ausdrucke kommt. Im Gegenteil, ihr ganzes Interesse geht darauf hin, daß sie miteingetragen wird. Denn den Schutz, den die Vorschriften des BGB. über das Erfordernis der Zustimmung der Ehefrau zu Verfügungen des Mannes über das Grundstück bezwecken, genießt sie wegen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nur, wenn sie als Miteigentümerin zu gesamter Hand eingetragen ist. Auf der anderen Seite erwächst ihr aus der Eintragung kein Nachteil. Die Motive zur Grundbuchordnung rechtfertigen das im § 22 Abs. 2 aufgestellte Erfordernis der Zustimmung des als Eigentümer Einzutragenden zu seiner Eintragung damit, daß das Eigentum nicht nur Rechte gewähre, sondern auch Verpflichtungen öffentlich-rechtlicher Natur, insbesondere in polizeilicher und steuerlicher Hinsicht auferlege (Denkschrift z. GBO. 159, KommBer. 221). Derartige öffentlich-rechtliche Verpflichtungen, insbesondere die Steuerpflicht, treffen indessen die Frau bei der allgemeinen Gütergemeinschaft — wenn sie nach den für sie maßgebenden Gesetzen überhaupt persönlich haftet — schon kraft ihres Miteigentums, gleichgültig, ob ihr Miteigentum eingetragen ist oder nicht. Für die übrigen Verbindlichkeiten, die mit dem Grund-

stücke zusammenhängen, als dessen Miteigentümerin zu gesamter Hand die Frau eingetragen werden soll, haftet sie nicht persönlich, weil sie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft für Gesamtgutsverbindlichkeiten, die nicht in ihrer Person entstanden sind, nicht persönlich haftet (§ 1459 BGB.). Daß sie mit dem Grundstücke oder mit dem Gesamtgute haftet, kommt nicht in Betracht; denn in diesem Umfange haftet sie, auch wenn sie nicht als Miteigentümerin im Grundbuch eingetragen ist. Berücksichtigt man dies, so darf angenommen werden, daß die Frau mit ihrer Eintragung immer einverstanden ist. Es darf daher der Mann als von der Frau stillschweigend bevollmächtigt betrachtet werden, für sie die Zustimmung zu ihrer Eintragung als Miteigentümerin zu gesamter Hand zu erklären. Eine solche Bevollmächtigung entspricht auch den Erfahrungen des täglichen Lebens. Der Grundbuchrichter darf daher diese Bevollmächtigung des Mannes als offenkundig annehmen, solange er nicht einen Anhaltspunkt für eine gegenteilige Annahme hat. Ein begründetes formelles Bedenken gegen die Annahme einer bei dem Grundbuchamt offenkundigen stillschweigenden Bevollmächtigung des Mannes kann nicht bestehen. Denn die im § 22 Abs. 2 GBO. erforderte Zustimmung des als Eigentümer Einzutragenden kann stillschweigend erteilt werden (vgl. BayObLG. 8 552),und gleiches gilt von der Vollmachtserteilung. Die Vollmacht muß aber nach § 29 Satz 2 GBO. nur dann durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen werden, wenn sie bei dem Grundbuchamte nicht offenkundig ist. S. dazu JDR. **10** zu § 22 Ziff. IV 3.

2. HessRspr. **14** 74 (Darmstadt). Das Grundbuchamt ist nicht berechtigt, die Eintragung eines Ehegatten, der ein Recht erwirbt, aus dem Grunde abzulehnen, weil der Erwerb in das Gesamtgut fällt.

3. HessRspr. **14** 247 (Darmstadt). Ein von dem in Errungenschaftsgemeinschaft lebenden Ehemann für das Gesamtgut erworbenes Grundstück kann ohne Zustimmung der Frau nicht als Gesamtgut im Grundbuch eingetragen werden.

4. *Baer, BayNotZ. **14** 245. § 22 Abs. 2 GBO. findet keine Anwendung in Erbfällen, da hier der einzutragende Eigentümer nicht mehr in der Lage ist, die steuerlichen und polizeilichen Verpflichtungen seines Eigentums zurückzuweisen. Dies gilt auch bezüglich der Zustimmung der Abkömmlinge bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Dagegen muß bei der Grundbuchberichtigung im Falle der Gütergemeinschaften (§ 1438 Abs. 3 BGB.) die Zustimmung gefordert werden, weil darin zugleich die Anerkennung enthalten ist, daß das Recht nicht zum Vorbehalts- oder Sondergut gehört.

VI. ElsLothJZ. **13** 613 (Colmar). Es handelt sich nicht um die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers, wenn die Berichtigung der Eintragung durch Löschung des angeblich fälschlich als Miterbe aufgeführten Antragstellers in Frage kommt.

VII. Oberneck, DJZ. **13** 857. Der durch das sächsisch-meiningische Gesetz betr. die Richtighaltung des Grundbuchs ausgeübte Zwang zur Grundbuchberichtigung verstößt nicht gegen die Bestimmung der RGBO.

§ 23. 1. KGJ. **44** 242 (KG.). Die im § 23 Abs. 2 GBO. vorgesehene Eintragung, daß zur Löschung eines Rechtes der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll, und die dieser Eintragung für die Fälle des § 24 entsprechende Eintragung kann nur auf Grund der Bewilligung des Berechtigten erfolgen. Die Bewilligung des Eigentümers genügt nicht.

2. KGJ. **44** 248 (KG.). Die Vorschriften der §§ 23, 24 GBO. finden auch dann Anwendung, wenn ein Recht infolge eines vor dem 1. Januar 1900 oder vor der nach diesem Zeitpunkt erfolgten Anlegung des Grundbuchs eingetretenen Endtermins erloschen ist.

§ 24. ElsLothJZ. **13** 596 (Colmar). Die im Zusammenhange mit der Eintragungsbewilligung beurkundete Erklärung des Vertreters der Gläubigerin, daß „die bewilligte Sicherungshypothek nach Ablauf von zehn Jahren vom Tage der Eintragung ab gerechnet von Rechts wegen und ohne daß es einer Löschungsbewilligung oder sonstiger Förmlichkeiten bedürfe, auf bloßen Antrag des jeweiligen Eigentümers gelöscht werden solle", konnte weder als Verzicht auf die Beachtung der unter allen Umständen bindenden Vorschriften der GBO. in §§ 24, 23, noch als aufschiebend befristete Löschungsbewilligung wirksam werden, da zutreffender Auffassung nach einer bedingten oder befristeten Bewilligungserklärung aus gleichen Gründen nicht stattgegeben werden darf, wie einem Eintragungsantrag, dessen Erledigung an einen Vorbehalt geknüpft wird (§ 16 GBO.); sie hätte zur Geltung nur gelangen können im Wege eben der im § 23 Abs. 2 GBO. vorgesehenen Eintragung, daß zur Löschung der Hypothek der Eintritt des Endtermins genügen solle, die nicht erfolgt und auch nicht beantragt worden ist.

§ 25. 1. Güthe, GruchotsBeitr. **57** 1 ff. (53). Nicht zutreffend ist die Ansicht, es könnte bereits auf Grund des § 22 Abs. 1 GBO. die Löschung der Vormerkung erfolgen, falls eine Ausfertigung einer die einstweilige Verfügung aufhebenden rechtskräftigen Entscheidung vorgelegt würde, und es bestehe daher der Unterschied zwischen § 22 und § 25 nur darin, daß jener eine rechtskräftige, dieser nur eine vollstreckbare Entscheidung voraussetze. Diese Ansicht wäre nur dann richtig, wenn durch die die einstweilige Verfügung aufhebende Entscheidung schon nach den Bestimmungen der ZPO., also abgesehen von der Sondervorschrift des § 25 GBO. die Vormerkung ihre Wirkung verlöre. Dies ist aber nicht der Fall. Denn der § 776 ZPO. verlangt eine besondere Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln, also hier der eingetragenen Vormerkung auf Grund der den vollstreckbaren Schuldtitel aufhebenden Entscheidung, und gerade weil diese Entscheidung, selbst wenn sie rechtskräftig ist, nach den Bestimmungen der ZPO. nicht geeignet ist, die Löschungsbewilligung des Vorverkaufsberechtigten zu ersetzen, ist der § 25 in die GBO. eingestellt worden. Bewirkt daher die Aufhebungsentscheidung nach den Bestimmungen der ZPO. nicht ohne weiteres das Erlöschen der Vormerkung, so ist sie auch in keinem Abschnitt ihrer Entwickelung, also auch nicht, wenn sie die Rechtskraft beschritten hat, geeignet, die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachzuweisen. Im übrigen werden über die Bedeutung des § 25 GBO. drei Ansichten vertreten. Die eine Ansicht geht dahin, daß die auf Grund der Aufhebungsentscheidung erfolgende Löschung der Vormerkung niemals Grundbuchberichtigung sei. Die zweite Ansicht geht dahin, daß diese Löschung stets Grundbuchberichtigung sei. Die dritte Ansicht geht dahin, daß die Löschung in einzelnen Fällen Grundbuchberichtigung, in anderen Fällen Rechtsänderung sei. . . . Richtig ist die zweite Ansicht. Die Frage: Liegt eine Grundbuchberichtigung nur dann vor, wenn der Grund, der die einstweilige Verfügung unrechtmäßig macht, bereits zur Zeit ihrer Erlassung vorgelegen hat, oder genügt es auch, daß er später d. h. zwischen Erlassung und Aufhebung der einstweiligen Verfügung eingetreten ist, ist im Sinne der zweiten Möglichkeit zu beantworten. Die weitere Frage: Wird das Grundbuch beim Vorliegen eines die einstweilige Verfügung unrechtmäßig machenden Grundes schon mit dessen Entstehung oder erst mit dem Erlasse der Aufhebungsentscheidung unrichtig, ist im Sinne der ersten Möglichkeit zu beantworten.

2. KGJ. **43** 205 (KG.). Im § 25 ist für den Fall, daß eine Vormerkung oder ein Widerspruch auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen ist, vorgeschrieben, daß es zur Löschung nicht der Bewilligung des Berechtigten bedarf, wenn die einstweilige Verfügung durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben ist. Durch diese Vorschrift wird der Unrichtigkeitsnachweis für einen gewissen Fall erleichtert, eine auf Grund der allgemeinen Norm des § 22 GBO. vorzu-

nehmende Löschung dagegen nicht ausgeschlossen (KGJ. 32 B 18, Güthe, GBO.[2] § 25 Anm. 3, 24).

§ 27. 1. OLG. **26** 171 (KG.). Nach § 27 Abs. 1 GBO. bedarf es allerdings in jedem Falle der Löschung einer Hypothek der Zustimmung des Eigentümers. Diese ist aber nur dann eine der Genehmigung bedürfende Verfügung über die Hypothek, wenn sie zugleich eine materiell-rechtliche Erklärung enthält. Das trifft nur dann zu, wenn die Löschung der Hypothek rechtsändernder Natur ist. Denn in diesem Falle verlangt der § 1183 zur Aufhebung der Hypothek die Zustimmung des Eigentümers. Im Falle der Grundbuchberichtigung ist dagegen die Zustimmung des Eigentümers nach materiellem Rechte nicht erforderlich. Denn der § 894 BGB. erklärt die Zustimmung nur desjenigen für nötig, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird. Betroffen durch die Löschung einer erloschenen Hypothek wird aber nur der Hypothekar; der Eigentümer ist der Berichtigungsberechtigte. Da somit in dem Falle der berichtigenden Löschung die Zustimmung des Eigentümers nur formaler Natur ist, so bedarf sie nicht der vormundschaftlichen Genehmigung.

2. R. **13** Nr. 1654 (Hamburg). Zur Löschung einer auf den Namen einer Firma eingetragenen Hypothek genügt außer der Zustimmung des Grundeigentümers die Bewilligung desjenigen, der zur Zeit der Löschung Inhaber der Firma ist.

3. ElsLothNotZ. **13** 301 (Colmar). Die Bewilligung der Löschung einer zum Gesamtgute gehörigen Hypothek ist ohne Angabe des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts nur rechtswirksam, wenn sie von dem Ehemanne mit Einwilligung der Ehefrau erklärt wird.

4. ZBlFG. **13** 741 (LG. Leipzig). Zur Löschung einer das ganze Grundstück belastenden Hypothek auf dem Anteile des einen des Miteigentümers bedarf es der Zustimmung des anderen Miteigentümers und der nachfolgenden Hypothekengläubiger nicht.

5. BayNotZ. **14** 192 (Stuttgart). Ist der Schuldner zur Aushändigung einer Löschungsbewilligung verurteilt, so gilt diese als ausgehändigt, sobald das Urteil rechtskräftig geworden ist.

§ 29. I. Öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden. 1. **RG.** WarnE. **13** 504. Darüber, in welcher Weise der beurkundende Notar sich Gewißheit über die Persönlichkeit der Beteiligten zu verschaffen hat, ist im § 176 FGG. keine Vorschrift getroffen. Das Gesetz hat dies dem Ermessen des Notars überlassen. . . . Es kann daher bei der Beurkundung eines Vertrags auch nicht etwa als ausgeschlossen angesehen werden, daß der Notar sich diese Gewißheit auf Grund der Anerkennung der ihm unbekannten Vertragspartei durch die andere Vertragspartei verschafft. Diese Ansicht wird vertreten in der Rechtslehre von den Kommentaren und mit Anmerkungen versehenen Textausgaben zum FGG. von Jastrow, [5] Anm. 8, Keidel [2] Anm. 6 b, Rausnitz, Anm. 22, Weißler, Anm. 1, Dittrich [2] 17, Schneider, [3] Anm. 9 zu § 176; ferner von Schultze-Görlitz und Obernek PrFGG. Anm. 5 zu § 40, Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht, Teil I, Anm. 19 zu § 176 aaO. und Weißler, Das Notariat der preußischen Monarchie 242 Anm. 6. Die entgegengesetzte, die Zulässigkeit eines derartigen Verfahrens verneinende Meinung, welche im Anschluß an ein dies aussprechendes Reskript des preuß. Justizministers vom 13. April 1829 (bei v. Rönne, Ergänzungen zur allgemeinen Gerichtsordnung Teil II Tit. 2 § 23) besonders von Koch-Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht, [10] 73, Werner-Kroschel, Das deutsch-preußische Notariat, Anm. 9 zu Art. 40 PrFGG., Dorner, FGG. Anm. 4 f. zu § 176, Birkenbihl, FGG. Anm. 4 b zu § 176, Merkel, Das Notariat und die willkürliche Gerichtsbarkeit 42, und in einem bei Enderlein, Die Gesetzgebung

des Königreichs Bayern, II. Teil 11. Bd. 230 f., angeführten Urteile des Obersten Gerichtshofs für Bayern vertreten wird, ist nicht zu billigen. Ist hiernach die Anerkennung der Persönlichkeit der einen Vertragspartei durch die andere als Grundlage für die Feststellung der Persönlichkeit auch nicht durchaus ausgeschlossen, so ist eine Identitätsfeststellung auf dieser Grundlage doch wenig empfehlenswert, und es ist in einem solchen Falle äußerste Vorsicht geboten, zumal eine Kollusion leicht möglich ist (vgl. Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht, Anm. 19 zu § 176 FGG., Ebert-Dudeck-Lindemann, FGG. [2], Anm. 2 zu § 176, Schultze-Görlitz und Oberneck, PrFGG. Anm. 5 zu § 40, KG. in OLG. **10** 41). Wie der erkennende Senat erst kürzlich in dem Urteile vom 18. Dezember 1912, (JW. **13** 327) ausgesprochen hat, muß der Richtigkeit der Beglaubigung und Beurkundung im Verkehr unbedingtes Vertrauen entgegengebracht werden können, und dies verpflichtet den Notar, bei der Beglaubigung und bei der Aufnahme von Urkunden die äußerste Vorsicht zu gebrauchen, wenn der Erschienene ihm weder persönlich bekannt ist noch von zuverlässigen Personen als derjenige anerkannt wird, für den er sich ausgibt. Wie sich schon hieraus ergibt, erfordert die pflichtmäßige Vorsicht, daß der Notar, wenn ihm die Glaubwürdigkeit dessen, der die Persönlichkeit des ihm Unbekannten anerkennt, nicht bereits bekannt ist, auch diese Glaubwürdigkeit einer Prüfung unterziehen muß. Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Beurkundung und der Beglaubigung für den Verkehr darf der Notar sich nicht damit begnügen, daß Anhaltspunkte für die Unzulässigkeit oder Unglaubwürdigkeit des die Persönlichkeit eines anderen Anerkennenden nicht vorliegen; denn das Fehlen solcher Anhaltspunkte bietet nicht die mindeste Gewähr für die Zuverlässigkeit und Glaubwürdigkeit, und zwar auch dann nicht, wenn dem Notar der Anerkennende der Person nach schon von früher her bekannt ist. — Ist hiernach schon besondere Vorsicht im Falle der Anerkennung eines Beteiligten durch eine bei dem Rechtsgeschäfte nicht beteiligte Person geboten, wenn diese dem Notar nur der Person nach, nicht aber auch in bezug auf ihre Zuverlässigkeit bekannt ist, so muß dies in noch höherem Grade im Falle der Anerkennung einer Vertragspartei durch die andere gelten.

2. **RG. 81** 125. Auch nach dem heute geltenden Rechte ist der Notar, der eine Unterschrift beglaubigt, verantwortlich für die gebotene Prüfung der Identität des Ausstellers, wenngleich eine ausdrückliche Bestimmung, wie sie der § 8 PrNotariatsG. vom 15. Juli 1890 enthielt, nicht mehr besteht. Seine Beglaubigung verschafft der Urkunde die förmliche Beweiskraft dafür, daß sie von dem darin bezeichneten Aussteller herrühre und daß dieser die darin enthaltenen Erklärungen abgegeben habe. Der Richtigkeit der Beglaubigung muß im Verkehr ein unbedingtes Vertrauen entgegengebracht werden können. Dies verpflichtet den Notar, bei der Beglaubigung wie bei der Aufnahme von Urkunden die äußerste Vorsicht zu gebrauchen, wenn der Erschienene ihm weder persönlich bekannt ist noch von zuverlässigen Personen als derjenige anerkannt wird, für welchen er sich ausgibt. Der Notar ist allerdings berechtigt, auch die Erklärungen solcher Personen zu beurkunden oder zu beglaubigen, die ihm weder persönlich bekannt noch durch zuverlässige Zeugen vorgestellt sind, sofern er sich in anderer, sicherer Weise die Überzeugung von ihrer Identität verschaffen kann. Es ist deshalb auch nicht grundsätzlich auszuschließen, daß der Notar sich diese Überzeugung durch ihm vorgelegte Urkunden verschafft. Aber es ist hierbei, wie der erkennende Senat schon in dem Urteile, JW. **10** 628 Nr. 31 ausgesprochen hat, besondere Vorsicht geboten. So wenig wie Privatbriefe ohne besondere Bedeutung regelmäßig geeignet sind, einen Nachweis der Persönlichkeit zu bringen, so wenig kann amtlichen Schreiben, die nicht allgemein sorgfältig aufbewahrt zu werden pflegen, ein Wert für die Feststellung der Person beigemessen werden. Im allgemeinen werden nur eigentliche Legitimationspapiere und Urkunden von materiellem Werte, wie Hypothekenbriefe u. dgl. so sorg-

sam verwahrt, daß sie nicht in die Hände Unberufener kommen können. Nur sie können daher im allgemeinen genügen, um den Nachweis der Person zu erbringen. Und selbst bei Vorweisung derartiger Urkunden wird der Notar nicht von jeder weiteren Prüfung der Person schlechthin absehen dürfen, sondern zu erwägen haben, ob nicht gleichwohl eine Veranlassung besteht, dem Erschienenen zu mißtrauen.

3. **RG. 80** 400. Das Wort „Beteiligte" im § 176 Abs. 1 FGG. bezeichnet, wie die Motive ausdrücklich festlegen und nirgends in Zweifel gezogen wird, nur denjenigen, dessen Erklärung beurkundet werden soll, und gerade nicht die Partei, in deren Angelegenheiten oder in deren Namen die Erklärung abgegeben wird, und mit dem Ausdruck „die bei der Verhandlung mitwirkenden Personen" sind nicht die Erklärenden, sondern nur die Urkundspersonen der §§ 170, 173 FGG. gemeint. Der vom Berufungsrichter angenommene Unterschied zwischen der Schriftform einerseits und der Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung anderseits kann also aus § 176 FGG. nicht gefolgert werden. Ein solcher Unterschied besteht nicht; vielmehr stehen, wie das RG. bereits in **RG. 59** 219 und ebenso in JW. **05** 336 ausgesprochen hat, beide Formen unter der allgemeinen Vorschrift des § 133 BGB.

4. KGJ. **43** 26, RJA. **12** 141 (KG.). Der Schreibzeuge ist als Urkundsperson anzusehen; der Dolmetscher ist dasjenige Organ, durch das der der deutschen Sprache nicht mächtige Beteiligte seine Erklärungen abgibt. Eine Person kann an derselben Beurkundung nicht gleichzeitig als Schreibzeuge und als Dolmetscher teilnehmen. Ist zu einer Beurkundung die Zuziehung eines Schreibzeugen und eines Dolmetschers notwendig und sind beide Verrichtungen einer und derselben Person übertragen worden, so ist die Beurkundung nichtig.

5. KGJ. **44** 6 (KG.). Die Beglaubigung einer Unterschrift durch einen Reichskonsul kann, wenn dieser zur Ausübung der Gerichtsbarkeit befugt ist, durch einen einfachen mit Datum, Unterschrift und Siegel oder Stempel versehenen Vermerk bewirkt werden. Seitens eines nicht mit Gerichtsbarkeit ausgestatteten Konsuls ist eine Unterschriftsbeglaubigung nicht als schriftliches Zeugnis nach § 15, sondern nur in Form eines konsularischen Notariatsakts nach §§ 16, 17 KonsulatsorganisationsG. vom 8. November 1867 zulässig. Es ist also die Zuziehung zweier Zeugen und die Aufnahme einer Verhandlung in Protokollform geboten. Zur Beglaubigung der Unterschrift eines Ausländers unter einer einseitigen Erklärung, die nur gegenüber einem Deutschen abgegeben wird, ist ein Reichskonsul auf Grund des § 16 aaO. nicht zuständig.

6. **RG.** WarnE. **13** 222. Dem Umstande, daß die Ziffern vor den im Protokoll als erschienen Aufgeführten erst nach dem Abschlusse des Protokolls hinzugefügt und nicht mitvorgelesen sind, hat das Berufungsgericht mit Recht keine Bedeutung beigemessen. Es handelt sich bei diesen Ziffern um kein wesentliches Stück des Protokolls, namentlich um keines der im 1. Absatze des § 176 unter den Ziffern 1—3 aufgeführten Stücke, sondern um etwas, was für die Feststellung des beurkundeten Rechtsgeschäfts (nach Ort, Zeit, Beteiligung, Inhalt) ganz ohne Belang und nur der äußeren Ordnung halber hinzugesetzt ist. Eine Verletzung des § 177 ferner kann darin nicht gefunden werden, daß das Berufungsgericht keinen Anstoß daran genommen hat, daß den Beteiligten der in ihrer Erklärung in Bezug genommene Katasterauszug nicht in seinem ganzen Umfange, sondern nur in den sie angehenden Teilen vorgelesen worden ist, und daß die Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls nicht einheitlich in Gegenwart aller Beteiligten erfolgt ist, sondern in der Weise, daß der Richter die unter 2—39 aufgeführten Grundbesitzer in Gruppen abfertigte, jeder Gruppe den Kopf des Protokolls, ihre Namen und die Erklärung gesondert vorlas und sie nach Genehmigung und Unterzeichnung entließ. Es ist zwar richtig, daß sich die Vorschrift des § 177 Satz 1: das Protokoll müsse vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und

von ihnen eigenhändig unterschrieben werden, auf das ganze Protokoll und auch auf die in der Erklärung in Bezug genommene, ihr als Anlage beigefügte und damit Teil des Protokolls gewordene Schrift bezieht (vgl. **RG. 50** Nr. 48, **54** Nr. 55, **61** Nr. 35). Hiermit scheint aber wohl das beobachtete Verfahren auch vereinbar. Es handelt sich hier um die Beurkundung einer größeren Anzahl selbständiger Rechtsgeschäfte verschiedener Beteiligter oder zwischen verschiedenen Beteiligten in einem Protokolle. Daß es in einem solchen Falle dem Zwecke des Gesetzes entspricht, wenn jedem der Beteiligten nur diejenigen Teile des Protokolls und der Protokollanlage vorgelesen werden, die sich auf das Rechtsgeschäft beziehen, an dem er gerade beteiligt ist, erscheint nicht zweifelhaft; es wird dies aber auch durch seinen Wortlaut nicht ausgeschlossen. Mit Recht weist das Berufungsgericht ferner auf die Erörterungen in der RTKomm. (KommBer. 66) hin, und zutreffend erwägt es: in einem solchen Falle zerfalle das Protokoll eigentlich in eine Mehrheit nur äußerlich zusammengefaßter Protokolle, und weiter: es sei kein Grund ersichtlich, warum den einzelnen Beteiligten auch die Protokollteile vorgelesen werden sollten, die nur andere betreffen.

7. Josef, R. **13** 731. Die Vorschriften der Amtszuchtgesetze, wonach ein geisteskranker Notar zur Ruhe gesetzt werden soll und die Feststellung dieses Zustandes nur in einem genau geregelten förmlichen Verfahren erfolgen darf, rechtfertigt den Schluß, daß die bloße Tatsache eingetretener Geisteskrankheit den Verlust des Amtes als Notar, also der Zuständigkeit zu öffentlichen Beurkundungen, nicht zur Folge hat. Die Rechtsgültigkeit der notariellen Beurkundung wird danach nicht dadurch berührt, daß der Notar tatsächlich geisteskrank war.

8. **RG. 80** 400. Das angebliche Erfordernis der Klarstellung schlechthin durch die Urkunde an sich, durch die Urkunde allein verstößt gegen den anerkannten Satz, daß auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände zur Auslegung herangezogen werden dürfen, und ist, insbesondere bei vielfältigem Rechtsinhalte der Urkunde, oft unerfüllbar, insofern das Verständnis einer Urkunde von seiten Dritter, je nach Kenntnis der unterliegenden tatsächlichen Verhältnisse und der verfolgten Zwecke, häufig ein völlig verschiedenes sein kann oder gar sein muß. Die etwa durch Zeitablauf oder Parteiwechsel gegebene Schwierigkeit des Beweises für den Willen der Vertragsparteien darf nicht dazu führen, diesen gerade auch in der Wahl des Ausdrucks von ihnen verwirklichten Willen auszuscheiden und sich auf die meist vieldeutige Urkunde an sich zu beschränken. . . . Die Schriftform ist gewahrt, jedoch nicht, weil das Vertreterverhältnis der Frau R. eines Ausdrucks in der Mietvertragsurkunde nicht bedürfte, sondern weil es nach Sinn und Absicht der Parteien in dieser Urkunde ausgedrückt werden sollte und für sie genügend ausgedrückt ist.

9. KGJ. **43** 97 (KG.). An dem Satze, daß der Feststellungsvermerk nach § 2242 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht der Vorlesung und der Genehmigung durch den Erblasser bedarf, daher seiner Unterschrift auch nachfolgen kann, ist festzuhalten. Die Aufeinanderfolge, in der einerseits die Vorlesung und die Genehmigung und anderseits die Unterzeichnung des Testamentsprotokolls durch den Erblasser bei der Verhandlung zeitlich vor sich gehen und in dem Protokolle räumlich festgestellt werden, ist nicht von so wesentlicher Bedeutung, daß eine Abweichung von der logisch gebotenen Reihenfolge die Nichtigkeit des Testaments zur Folge hätte.

10. **RG. 81** 95. Grundsätzlich ist allerdings mit der bisherigen Rechtsprechung des Senats daran festzuhalten, daß die Vorschrift des § 2241 Nr. 1 BGB.: Das Protokoll muß enthalten: 1. Ort und Tag der Verhandlung. . . . die Bedeutung eines zwingenden Gebots hat, wodurch die richtige Angabe des Ortes und des Tages der Verhandlung vom Gesetze gefordert wird. Schon der

Wortlaut läßt hierüber keinen Zweifel. Es entspricht dies aber auch dem Wesen des Protokolls als einer öffentlichen Urkunde, für die das Gesetz nicht öffentlichen Glauben und prozeßrechtliche Beweiskraft in Anspruch nehmen könnte, ohne ihre Entstehung aufs strengste unter das Gebot der Urkundenwahrheit zu stellen. . . . Nach dem Urt. des III. Zivils. vom 16. Dezember 1910 (**RG. 74** 421 ff.) soll eine offensichtlich auf Versehen beruhende falsche Datierung des notariellen Testaments dessen Nichtigkeit mindestens dann nicht zur Folge haben, wenn das richtige Datum in anderer Weise festgestellt werden kann. Dem steht aber vor allem das Bedenken entgegen, daß der Nachweis einer unrichtigen Beurkundung, der gemäß § 415 Abs. 2 ZPO., wie bei anderen öffentlichen Urkunden, so auch bei dem öffentlichen Testamente zulässig ist, zwar in Ansehung aller durch den Gegenbeweis nicht widerlegten Beurkundungsbestandteile die öffentliche Urkunde mit ihrer Beweiskraft bestehen läßt, bezüglich der als unrichtig dargetanen Bestandteile aber nur zerstörende Wirkung haben kann, während es für das als positiv richtig Nachgewiesene an der gehörigen Beurkundung fehlt. Wo diese daher, wie bei dem Datum des Testaments, vom Gesetz als wesentlich erfordert ist, wird ihr Mangel nicht durch anderweite Feststellungen ersetzt werden können. . . Schon in seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Senat anerkannt, daß eine unrichtige Angabe des Ortes der Verhandlung bei öffentlichen Testamenten dann für unschädlich erachtet werden kann, wenn sich für die Bestimmung des richtigen Datums aus dem Protokolle selbst genügender Anhalt gewinnen läßt. . . . Ergibt das Protokoll selbst Zweifel über das wirkliche Datum, so handelt es sich nur um eine Klarstellung des Protokolls, wenn aus unmittelbar mit der Protokollierung zusammenhängenden und dem Gesetz entsprechenden Vorgängen die Richtigkeit der einen oder der anderen Tagesbezeichnung entnommen wird. Diesen Schritt über seine bisherige Rechtsprechung hinaus glaubt der Senat in Übereinstimmung mit dem vom III. Zivilsenat eingenommenen Standpunkt unbedenklich tun zu können.

11. **RG.** WarnE. **13** 259. Es ist anerkannten Rechtes, daß das über die Testamentserrichtung aufzunehmende Protokoll nicht in Gegenwart der Zeugen niedergeschrieben zu werden braucht, daß dazu vielmehr auch eine vorher gefertigte Niederschrift benutzt werden kann. Erforderlich ist nur, daß die mitwirkenden Personen während der Errichtung des Testaments, d. h. hier bei der mündlichen Erklärung der Erblasserin, daß die übergebene Schrift ihren letzten Willen enthalte, sowie bei der Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung des über die Errichtung des Testaments aufgenommenen Protokolls zugegen sind (**RG.** 31. Mai 1905, GruchotsBeitr. **50** 115, **RG. 63** 86; KG. 13. April 1905, DJZ. **05** 602). Es ist daher nicht rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht angenommen hat, daß zu der Zeit, zu welcher sich der Notar lediglich mit der Herstellung des Protokolls befaßte, eine „Verhandlung" im Sinne des § 2239 BGB. nicht stattfand. Andererseits fordert das BGB. keine Einheit des Errichtungsakts in dem Sinne, daß die zur Errichtung gehörigen Vorgänge sich in ununterbrochener Aufeinanderfolge abspielen müssen. Insbesondere kann eine kurze, durch besondere Gründe veranlaßte Entfernung einer Testamentszeugin, wie sie hier nach der eventuellen Annahme des Berufungsgerichts erfolgt ist, das Testament nicht ungültig machen, wenn während der Entfernung ein Fortgang der eigentlichen Verhandlung nicht stattfindet.

12. **RG.** WarnE. **13** 469. Von den zwei Vorstandsmitgliedern einer Gesellschaft kann nicht der eine als Vertreter der Gesellschaft, der andere als Vertreter des Gegenkontrahenten wirksam einen Vertrag abschließen.

13. KGJ. **44** 208 (KG.). Die öffentliche Urkunde liefert Urkundenbeweis für den beurkundeten Vorgang einschließlich aller Vorgangselemente, nicht aber auch für die einzelnen Vorgangselemente losgelöst von dem beurkundeten Vorgange. Ist in

einem notariellen Auflassungsprotokolle die im Grundbuch als Ehefrau eingetragene Grundstückseigentümerin als Witwe bezeichnet, so darf das Grundbuchamt zum Nachweis ihrer Verfügungsbefugnis daneben nicht noch eine Sterbeurkunde ihres Mannes verlangen. Unter der „zu dem Rechtsgeschäft erforderlichen Geschäftsfähigkeit" im Sinne des Art. 40 Abs. 1 PrFGG. ist nicht die Verfügungsbefugnis der Ehefrau zu verstehen.

14. **RG.** WarnE. **13** 298. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hatte sich B. bei der Aufnahme des Testaments einmal auf kürzere Zeit entfernt, ein Fortgang der eigentlichen Verhandlung hat während seiner Abwesenheit nicht stattgefunden. Daß eine Unterbrechung der festgestellten Art keinen Verstoß gegen die eine unitas actus nicht erfordernde Vorschrift des § 2239 BGB. enthält, ist vom Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen worden.

15. KGJ. **43** 23 (KG.). Durch den Aufdruck eines sog. Schwarzdrucksiegels kann ein Dienstsiegel nicht hergestellt werden. S. JDR. **11** zu § 29 Ziff. I 4 a.

16. DNotV. **13** 496 (Celle). Ein nicht preußischer Notar darf nicht in Preußen Verträge beurkunden.

17. Klein, BayNotZ. **13** 140. Einschaltungen und Streichungen in Urkunden.

II. Vollmacht und gesetzliche Vertretung. 1. **RG. 81** 325. In allen Fällen der Gesamtvertretung kann der eine Vertreter dem anderen durch eine an ihn gerichtete formlose Erklärung Vollmacht verschaffen. Auch von der Genehmigung muß das gleiche angenommen werden, da für eine unterscheidende Behandlung der vorherigen und der nachträglichen Zustimmung kein Grund ersichtlich ist. Damit ist der Gedanke der Teilwillenserklärung abgelehnt. Der Satz, daß die Zustimmung eines Gesamtvertreters nicht innere Angelegenheit der Vertreter bleiben dürfe, hat seine Berechtigung verloren. Nur darf hierbei ein Doppeltes nicht außer acht gelassen werden. Zunächst, daß die Zustimmung von der vertretenen Gesellschaft, Genossenschaft usw. ausgehen muß. Erklärt beim Vorhandensein von nur zwei Vertretern der zweite dem ersten nachträglich zu dessen Handeln seine Genehmigung, so setzt die Erklärung zu ihrer Wirksamkeit die Fortdauer des Einverständnisses des ersten Vertreters voraus. Sodann ist nicht zu übersehen, daß sich die Erklärung des handelnden Gesamtvertreters nach außen hin als fertige Vertragserklärung darzustellen hat. Ist z. B. die Urkunde von einem der beiden Vertreter unterschrieben, so darf dieser das so gezeichnete Schriftstück nicht erkennbar als bloßen Entwurf behandelt haben. . . . Daraus ergibt sich, daß eine Formvorschrift, sofern nicht ausdrücklich die Beobachtung durch jeden Gesamtvertreter angeordnet ist, bei Beobachtung durch einen von ihnen als erfüllt gilt. S. dagegen unten Ziff. 3.

2. **RG. 81** 1. Wer bei einer urkundlichen Erklärung eine andere mit eigener Handlungsfähigkeit ausgestattete Person zur Mitwirkung in der Weise beizieht, daß er ihr die Vollziehung seiner für die Abgabe der Erklärung entscheidenden Unterschrift überträgt, wird diese Person der Regel nach nicht als bloßes Werkzeug, sondern als rechtsgeschäftlichen Vertreter benutzen. Vgl. oben Ziff. 4 zu § 126 BGB.

3. **RG. 80** 180. Das RG. hat in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß in Fällen der Gesamtvertretung der von einem einzelnen Vertreter abgeschlossene Vertrag den Vertretenen erst dann bindet, wenn die erforderliche Zustimmung des oder der übrigen Vertreter dem anderen Vertragsgenossen gegenüber erklärt wird (vgl. **RG. 40** 17, **61** 223, R. **07** 823 Nr. 1783, JW. **08** 151, **11** 491; vgl. KG. JW. **98** 164. Es genügt also nicht eine bloß im Innenverhältnisse der Vorstandsmitglieder geäußerte Zustimmung. S. dagegen oben Ziff. 1.

4. RG. WarnE. **13** 238. Das Formerfordernis für Vollmachten zum Abschluß eines Vertrags ist stets nur dann angenommen worden, wenn der Vollmachtgeber sich schon durch die Vollmachtserteilung zur Veräußerung des Grundstücks verbindlich gemacht hatte, oder aber wenn die Vollmachtserteilung auch ihrerseits bereits einen Teil des Veräußerungsvertrags darstellte (**RG. 50** 167, **79** 212). Niemals ist dagegen das Formerfordernis auch dann angenommen worden, wenn es sich um selbständig (rein abstrakt) erteilte Vollmachten handelte (**RG. 62** 335, **76** 183). Unter solchen Umständen kann vielmehr nur der Grundsatz des § 167 Abs. 2 durchgreifen, daß die Vollmacht der Form des Hauptgeschäfts nicht bedarf.

5. R. **13** Nr. 2483 (KG.). Art. 48 PrFGG. unterscheidet 1. Anlagen, welche nach § 176 FGG. einen Teil des Protokolls selbst bilden und 2. andere Anlagen. Im Falle 1 bezieht sich der Ausfertigungsvermerk auch auf die Anlagen; im Falle 2 deckt der Ausfertigungsvermerk die Anlagen nicht; hier ist vielmehr außer dem Ausfertigungsvermerke noch eine Beglaubigung der Anlagen notwendig. Ob reine Vollmachtsurkunden zur Gruppe 1 oder 2 gehören, hängt von der Auslegung des § 176 Abs. 2 FGG. ab. Aus dem Zusammenhange mit Ziff. 3 Abs. 1 ergibt sich klar, daß Abs. 2 sich nur auf solche Schriften bezieht, in denen die zu beurkundende Erklärung ganz oder zum Teil enthalten ist. *Reine Legitimationsurkunden gehören nicht hierher;* dies hebt auch die Begründung zu Art. 48 PrFGG. (Ausgabe Heymann 72) hervor. Der Beglaubigungsvermerk unter der Abschrift der Ausfertigung deckt nicht etwa auch die Abschrift der Vollmacht; denn es erhellt, daß eine beglaubigte Abschrift einer Ausfertigung nicht weitergehende Urkundswirkung haben kann als die Ausfertigung selbst. Gegenstand dieser Beglaubigung ist nur die Richtigkeit der Abschrift des über dem Ausfertigungsvermerke stehenden Textes, nicht auch die Übereinstimmung der innerhalb dieses Textes stehenden Abschrift der Vollmacht mit der Urschrift, von der sie genommen ist. Ein notarielles Zeugnis über den Inhalt der Vollmacht, das auch gar nicht vorliegt, hätte nach dem Beschlusse vom 20. Mai 1912 (KGJ. **43** 154) nicht die Kraft einer öffentlichen Urkunde. S. JDR. **11** zu § 29 GBO. Ziff. II 1.

6. R. **13** Nr. 1570 (KG.). Die Vollmacht eines *Verstorbenen* kann im Grundbuchverkehre nur dann als ausreichender Nachweis der Vertretungsmacht angesehen werden, a) wenn sich ihre Fortgeltung über den Tod hinaus aus der Vollmachtsurkunde selbst ergibt, oder b) wenn durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird, daß der Vollmacht ein nach dem Tode des Machtgebers in Geltung gebliebenes Rechtsverhältnis zugrunde liegt (vgl. KG. 19. 6. 11, KGJ. **41** 168). Daraus, daß der in der Vollmacht erteilte Auftrag „zur Vertretung in allen Angelegenheiten, in denen rechtlich eine Vertretung zulässig ist", nicht auf ein bestimmtes, von dem Beauftragten auszuführendes Geschäft gerichtet ist, können Bedenken gegen seine Rechtswirksamkeit nicht entnommen werden. Denn der Auftrag kann begrifflich auch eine unbestimmte Vielheit von Geschäften zum Gegenstande haben und sich auf alle von dem Auftraggeber vorzunehmenden Rechtsgeschäfte und Handlungen beziehen. Bei Fortgeltung der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus sind als Machtgeber die Erben des verstorbenen Machtgebers anzusehen. Der Bevollmächtigte kann fortan nicht mehr für den Verstorbenen, sondern nur noch für dessen Erben handeln. **b**) KGJ. **43** 157 (KG.). Eine vom Machtgeber für sich und seine Erben erteilte Vollmacht, ihn in allen seinen Angelegenheiten zu vertreten, hat keine Geltung *über den Tod des Machtgebers hinaus,* wenn der Bevollmächtigte der alleinige Vorerbe des Machtgebers ist. **c**) HessRspr. **14** 26 (LG. Gießen). Für die Vollmacht als solche besteht *keine Rechtsvermutung, daß sie über den Tod hinaus wirkt.* Wer das Fortbestehen behauptet, muß beweisen, entweder, daß sie ausdrücklich als für die Zeit nach dem Tode wirkend erteilt wurde, oder daß sie auf Auftrag, Dienst- oder Werk-

vertrag beruht (Güthe, GBO. 2 1699 Anm. 3 a, RGRKomm., Anm. 3 zu § 672 BGB., RJA. 8 263). In Grundbuchsachen muß dieser Beweis in der vorgeschriebenen Form geführt werden, d. h. durch öffentliche Urkunden. Es muß sich also aus dem Wortlaute der Vollmacht ergeben, daß sie über den Tod wirken soll oder auf einem der genannten Rechtsverhältnisse beruht, oder aber es muß dem Gericht eine andere öffentliche Urkunde vorgelegt werden, aus der der Auftrag, der Werk- oder Dienstvertrag zweifelsfrei hervorgeht. Mit Vermutungen, Wahrscheinlichkeiten oder Schlußfolgerungen kann in Grundbuchsachen nicht operiert werden (OLG. **10** 436).

7. BayObLG. **14** 317, R. **13** Nr. 2630 (BayObLG.). Das Grundbuchamt hat die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten zu prüfen, wenn sich Zweifel darüber ergeben. Daß eine Vollmacht weiterbestehen soll, auch wenn der Vollmachtgeber geschäftsunfähig wird, muß dem Grundbuchamte, soweit es bei ihm nicht offenkundig ist, durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Beim Mangel eines solchen Nachweises kommen wegen des Fortbestehens oder Erlöschens der Vollmacht die allgemeinen Vorschriften des BGB., namentlich § 168, zur Anwendung. Die Anwendung des § 672 BGB. setzt aber den gemäß § 29 GBO. zu führenden Nachweis voraus, daß der Vollmacht ein Auftrag zugrunde liegt.

8. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 411. Liegt der Vollmacht, auch der in der Form einer Generalvollmacht erteilten, ein bestimmtes Rechtsverhältnis zugrunde, dann ist aus diesem zu ermitteln, welchen Zwecken die Generalvollmacht dient, und danach festzustellen, ob sie innerhalb und nach Maßgabe dieses Rechtsverhältnisses widerrufen werden kann. Nur insoweit es sich um einen Gebrauch der Generalvollmacht außerhalb des fraglichen Rechtsverhältnisses handeln würde, wäre die Generalvollmacht durch dieses nicht gedeckt und insoweit als jederzeit widerruflich anzusehen.

9. **RG** **80** 180. Nach § 42 GenG. kann der Betrieb von Geschäften der Genossenschaft und die Vertretung der Genossenschaft bei dieser Geschäftsführung auch einem Bevollmächtigten zugewiesen werden, und die Zuweisung erfolgt, da das Gesetz nichts anderes vorschreibt, durch den nach den §§ 24 ff. das. allgemein zur Vertretung der Genossenschaft berufenen Vorstand. Das Genossenschaftsgesetz bestimmt nun zwar nicht ausdrücklich, daß der Vorstand auch eines seiner Mitglieder bevollmächtigen kann und daß die Vollmacht sich nur auf die Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften erstrecken darf. Das eine wie das andere entspricht jedoch so sehr den Bedürfnissen der Genossenschaften wie den Bedürfnissen des mit ihnen verkehrenden Publikums, daß es auch ohne dies als vom Gesetze gewollt anzusehen ist (vgl. § 232 Abs. 1 Satz 2 HGB. und die D. zu § 228 des Entw. S. 139). Von diesem Standpunkt aus kann es aber keinen Unterschied machen, ob im einzelnen Falle die Satzung der Genossenschaft nur die gesetzliche Mindestzahl von zwei Vorstandsmitgliedern vorsieht oder ob sie bestimmt, daß aus der vorgesehenen größeren Zahl von Vorstandsmitgliedern schon zwei zur Vertretung der Genossenschaft ausreichen sollen. Denn indem das Gesetz die Mitwirkung des zu bevollmächtigenden Mitglieds bei der Vollmachterteilung namens der Genossenschaft im Falle des Vorhandenseins von nur zwei Mitgliedern für zulässig, ja sogar für geboten erklärt, erkennt es unzweideutig an, daß bei einer derartigen Vollmachterteilung die Mitwirkung des zu Bevollmächtigenden überhaupt kein Hindernis bildet.

10. KGJ. **43** 146 (KG.). Der gesetzliche Vertreter ist auch dann an der Vertretung des Mündels bei der Aufhebung einer Hypothek für eine dem Mündel gegen ihn zustehende Forderung verhindert, wenn er nicht Grundstückseigentümer ist. Ein Verstoß gegen § 1795 BGB. ist jedoch durch nachträgliche Genehmigung seitens des volljährig gewordenen Mündels heilbar.

11. ElsLothJZ. **13** 104 (Colmar). Hängt die Wirksamkeit der Mitteilung der

Genehmigung davon ab, daß der Notar von dem gesetzlichen Vertreter der Minderjährigen zur Mitteilung bevollmächtigt gewesen ist, so genügt zum Nachweise dieser Vollmacht, die in der durch § 29 GBO. erforderten Form zu führen wäre, die Vertragsurkunde nicht.

12. ElsLothZ. **13** 80 (Colmar). Wenn der Notar von den Parteien mit der Abwicklung des ganzen Kaufgeschäfts beauftragt ist, so muß er als bevollmächtigt gelten, die bei der Beurkundung noch fehlenden und zugesagten Zustimmungserklärungen für die Parteien entgegenzunehmen, womit sie dann durch die Abgabe gegenüber dem Notar auch diesem zugegangen sind (vgl. OLG. **5** 415 und KGJ. **34** A 256). Das Erfordernis des § 182 BGB. ist also erfüllt, wenn die Genehmigung dem Notar erklärt ist, der das zu genehmigende Rechtsgeschäft beurkundet hat.

13. Die Entsch. des KG. in JDR. **11** zu § 29 GBO. Ziff. II 1 auch KGJ. **43** 154.

14. OLG. Dresden in JDR. **10** zu § 29 Ziff. III 6 auch SächsOLG. **33** 65.

III. Urkunden öffentlicher Behörden. 1. Im allgemeinen. KGJ. **43** 143 (KG.). Unter Art. 9 AGGBO. fallen nicht nur solche urkundlichen Erklärungen einer Behörde, die sich als zur Eintragung erforderliche Erklärungen eines Beteiligten im Sinne des § 29 Satz 1 GBO. darstellen, sondern auch alle sonstigen Erklärungen rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Art, demzufolge auch die Bescheinigung der Hinterlegungsstelle über eine erfolgte Hinterlegung. Der Art. 9 AGGBO. ist eine bloße Ordnungsvorschrift. Die Bescheinigung der Hinterlegungsstelle ist auch ohne Untersiegelung eine öffentliche Urkunde. Hat das Grundbuchamt deshalb aus einem gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteil eine Sicherungshypothek eingetragen, obwohl die zum Nachweise der Sicherheitsleistung vorgelegte Bescheinigung der Hinterlegungsstelle nicht untersiegelt war, so ist durch diese unter Verletzung des Art. 9 AGGBO. vorgenommene Eintragung das Grundbuch nicht, wie im Falle eines Verstoßes gegen § 751 Abs. 2 ZPO. unrichtig geworden.

2. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. a) KGJ. **43** 63 (KG.). Die Einwilligung des Vormundes des Mannes in die Veräußerung eines eingebrachten Grundstücks durch die Frau bedarf keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. . . . . Die ehemännliche Nutznießung ist kein „Recht an einem Grundstück" in dem vom BGB. (Überschrift zum 2. Abschn. d. 3. Buches) gebrauchten technischen Sinne, insbesondere kein Nießbrauch; nur die Bestimmungen über den Erwerb der Nutzungen durch den Nießbraucher sind nach § 1383 BGB. auch für die ehemännliche Nutznießung maßgebend. Einer entsprechenden Anwendung des § 1821 Nr. 1 auf Fälle wie den vorliegenden aber steht die Erwägung entgegen, daß der Vormund oder Pfleger in der Vertretung des Mündels grundsätzlich frei ist; deshalb dürfen die gesetzlichen Vorschriften, welche die freie Vertretungsbefugnis für gewisse Fälle durch das Erfordernis der Mitwirkung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts einschränken, „nicht ausdehnend oder gar über den klaren Wortlaut hinaus" ausgelegt werden (KGJ. **40** 166). Die gegenteilige Auffassung würde auch, worauf Breit (ZBlFG. **3** 556) mit Recht hinweist, zu widerspruchsvollen Ergebnissen führen, indem die Frau zwar ein Rechtsgeschäft, durch das sie zu einer Verfügung über ihr Vermögen im ganzen verpflichtet wird (§ 1822 Nr. 1), und überhaupt alle sonstigen nach §§ 1821, 1822 BGB. genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte ohne gerichtliche Genehmigung vornehmen, nur gerade über eingebrachte Grundstücke nicht in dieser Weise verfügen dürfte. **b)** KGJ. **44** 280 (KG.). Der Vormund kann ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts über den Empfang einer dem Mündel geschuldeten Leistung wirksam Quittung erteilen, wenn er dieser Genehmigung zur Annahme der Leistung nicht bedarf. Nimmt der Vormund

mehrerer Mündel für diese gleichzeitig Leistungen in Empfang, die ihnen nicht gemeinschaftlich geschuldet werden, sondern denen sie als Einzelgläubiger ohne Rechtsgemeinschaft gegenüber stehen, so findet für die Beantwortung der Frage, ob der Anspruch, auf den die Leistung erfolgt, mehr als 300 M. beträgt, eine Zusammenrechnung der einzelnen Ansprüche nicht statt. Dies gilt auch dann, wenn die Mündel Geschwister sind. **c)** KGJ. **44** 128 (KG.). Sind bei einem Gesellschaftsvertrage, der zur Fortsetzung einer in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft eingegangen wird, Minderjährige beteiligt, so ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. **d)** ZBlFG. **13** 542 (KG.). Die Einwilligung des Abwesenheitspflegers des Ehemanns zu der Veräußerung von Grundstücken der Frau bedarf nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

3. Urkunden der Sparkassen. KGJ. **43** 174 (KG.). Der in KGJ. **38** A 200 aufgestellte Rechtssatz, daß der Vorstand der Sparkasse eines mit den Rechten einer öffentlichen Körperschaft ausgestatteten Sparkassenverbandes in Schleswig-Holstein nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Behörde hat, wird — auch gegenüber dem preuß. Zweckverbandsgesetze vom 19. Juli 1911 — aufrecht erhalten.

4. Urkunden der Gemeinden. **a)** Wohlfarth, JW. **13** 712. Die Bedeutung der Formvorschrift des § 88 Abs. 4 Ziff. 7 der Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen. **b)** Appel, JW. **13** 531. Rechtsgeschäfte der preußischen Gemeinden.

5. Urkunden der Kirchen. **a)** KGJ. **43** 166 (KG.). In Angelegenheiten ihres Pensionsfonds wird die evangelische Landeskirche der älteren preußischen Provinzen durch den evangelischen Oberkirchenrat ohne Mitwirkung des Generalsynodalvorstandes vertreten. Die Zugehörigkeit eines für die evangelische Landeskirche der älteren Provinzen eingetragenen Rechtes zum Pensionsfonds ist vom Grundbuchamt auf Grund einer bloßen formlosen Erklärung des evangelischen Oberkirchenrats anzunehmen. **b)** KGJ. **44** 203 (KG.). Die Aufsicht über eine Hospitalsstiftung, die lediglich zur Verpflegung oder Unterstützung hilfsbedürftiger Personen bestimmt ist, dagegen nicht der Kirche eigentümliche oder Erziehungszwecke verfolgt, steht nicht der Abteilung der Regierung für Kirchen- und Schulwesen, sondern allein dem Regierungspräsidenten zu. Dieser ist deshalb auch zuständig, die Genehmigung zur Veräußerung einer Grundstücksparzelle durch eine solche Stiftung zu erteilen.

6. Urkunden von Schulen. KGJ. **43** 179 (KG.). Der Verbandsvorsteher eines auf Grund des preuß. Schulunterhaltungsgesetzes gebildeten Gesamtschulverbandes ist eine öffentliche Behörde. Deshalb darf das Grundbuchamt, wenn ihm eine ordnungsmäßig ausgefertigte Erklärung des Verbandsvorstehers oder seines Stellvertreters vorgelegt wird, grundsätzlich nicht verlangen, daß sich der Unterzeichner der Erklärung durch eine Bescheinigung der Schulaufsichtsbehörde als der Verbandsvorsteher oder dessen Stellvertreter ausweise.

7. Urkunden in Zwangsvollstreckungssachen. KGJ. **44** 13 (KG.). Wenn nach der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde der Gläubiger einen Teil des Anspruchs an eine andere Person abtritt, so kann für diese wegen des abgetretenen Teilbetrags ohne Anordnung des AG. eine besondere vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden, sofern in der neuen Ausfertigung die Vollstreckungsklausel ausdrücklich auf den Teilbetrag beschränkt und auf der ursprünglichen Ausfertigung durch einen Vermerk ersichtlich gemacht wird, daß sie sich auf den abgetretenen Teilbetrag nicht mehr erstreckt und wegen des letzteren eine besondere vollstreckbare Ausfertigung erteilt

worden ist. In einem solchen Falle handelt es sich nicht um die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung im Sinne von § 797 Abs. 3, § 733 ZPO.

IV. Offenkundigkeit. 1. SächsOLG. 34 59 (Dresden). Hinsichtlich der gesetzlichen Erbfolge kann Offenkundigkeit überhaupt nicht in Frage kommen, weil es möglich ist, daß vom Erblasser ein eigenhändiges, nicht bei Gericht verwahrtes Testament errichtet würde. Eben mit Rücksicht hierauf kann, anders wie bei der Erbfolge auf Grund einer Verfügung von Todes wegen, der Nachweis der gesetzlichen Erbfolge im Grundbuchverfahren nur durch einen Erbschein geführt werden.

2. ElsLothJZ. 38 40 (Colmar). Das Grundbuchamt braucht nicht von Amts wegen aus den Nachlaßakten des AG., zu dem es gehört, Ermittelungen darüber anzustellen, ob die Eintragungsantragsteller, die die Auflassung erklärt haben, die Erben desjenigen sind, zu dessen Nachlaß die aufgelassenen Grundstücke gehören. Daß die Erbeigenschaft eines Antragstellers bei dem Grundbuchamt offenkundig sei, ist dadurch noch nicht festgestellt, daß die Nachlaßabteilung desselben AG. jenem Antragsteller einen Erbschein ausgestellt hat.

§ 33. 1. KGJ. **44** 137 (KG.). Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags einer Aktiengesellschaft, daß ein Vorstandsmitglied, welches die Gesellschaft in Gemeinschaft mit einem anderen Vorstandsmitgliede vertritt, die Gesellschaft in allen vor dem Grundbuchamt oder einer Hypothekenbehörde zu erledigenden Angelegenheiten allein vertreten kann, ist unzulässig.

2. KGJ. **43** 162 (KG.). Ist bei der in Ausführung eines Tauschvertrags erfolgenden gleichzeitigen Auflassung der vertauschten Grundstücke der eine Teil durch einen Prokuristen vertreten, so ist der Nachweis der besonderen Ermächtigung des Prokuristen zur Grundstücksveräußerung auch zur Eintragung des Eigentums an dem durch den Tausch für den Prinzipal erworbenen Grundstück erforderlich. Die besondere Ermächtigung des Prokuristen einer Aktiengesellschaft zur Veräußerung von Grundstücken kann allgemein durch die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags erteilt werden, daß die Gesellschaft durch ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen oder durch zwei Prokuristen vertreten wird.

3. KGJ. **44** 126 (KG.). Der einzige zur Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft ermächtigte Gesellschafter kann bei der Ausübung seiner Vertretungsmacht an die Mitwirkung eines Prokuristen nicht gebunden werden.

§ 36. I. Erbschein. 1. **RG.** WarnE. **13** 353. Vielfach wird, wie es auch in der D. 292 geschehen ist, auf die Ähnlichkeit hingewiesen, die zwischen der Erteilung des Erbscheins und der Eintragung in das Grundbuch (BGB. § 891 ff) besteht. Diese Ähnlichkeit ist, was die Aktiv- und Passivlegitimation des im Grundbuch Eingetragenen und den öffentlichen Glauben der Eintragung betrifft, nahezu eine vollständige. Die Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins kann jedoch mit der Vermutung der Richtigkeit der Eintragung nicht auf vollständig gleiche Stufe gestellt werden. Die Eintragung in das Grundbuch erfolgt auf Grund formeller Erklärungen, bei deren Prüfung nach dem Konsensprinzip auf das der Erklärung zugrunde liegende Rechtsverhältnis nicht einzugehen ist. Der Vermutung der Richtigkeit der Eintragung kann deshalb hier bei den klaren Grundlagen der Eintragung eine weitere Ausdehnung gegeben werden, was auf den Erbschein nicht ohne weiteres übertragen werden darf.

2. KGJ. **44** 99 (KG.). Ein einheitlicher Erbschein nach mehreren Erblassern ist nur im Sinne einer äußeren Zusammenfassung mehrerer selbständiger Erbscheine über die einzelnen Erbfälle möglich. Es müssen dabei die sachlichen und die förmlichen Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins in Ansehung jedes einzelnen Erbfalls besonders gegeben sein. Auch bei mehrfachem Erbgange dürfen nicht unter Überspringung der Zwischenglieder unmittelbar die

Erbeserben als Erben genannt werden, vielmehr sind dem rechtlichen Hergang entsprechend so viel Zeugnisse auszustellen, als Erbfälle vorliegen.

3. *Schwartze, GruchotsBeitr. **57** 308 ff., behandelt die Stellung des Grundbuchrichters zum Erbschein unter Hervorhebung von Bedenken gegen die Rechtsprechung des KG. *Von Amts wegen* hat der Grundbuchrichter über die Richtigkeit aller dem Inhalte nach einwandfreien Erbscheine *keine Ermittelungen* anzustellen. Bei öffentlichen Testamenten ist der Grundbuchrichter zur eigenen Feststellung der Erbfolge berechtigt. Werden dem Grundbuchrichter vom Antragsteller zum Nachweise der Erbfolge der Erbschein und das öffentliche Testament, auf dem der Erbschein beruht, übergeben, so braucht der Grundbuchrichter das Testament nicht einzusehen. Er darf sich auf die Richtigkeit des inhaltlich einwandfreien Erbscheins verlassen. Entsteht aber bei dieser Sachlage ein Streit über die Richtigkeit des Erbscheins vor dem Grundbuchrichter, oder wird dem Grundbuchrichter durch Einsicht des Testaments die Unrichtigkeit des Erbscheins bekannt, dann ist der Grundbuchrichter an den Erbschein nicht gebunden (abw. KG.). Der Grundbuchrichter ist befugt, das öffentliche Testament nach Form und Inhalt zu prüfen (abw. KG.). Die Erbfolge ist weder durch das Testament noch durch den vorgelegten Erbschein nachgewiesen, wenn das Testament wegen Formmangels oder aus anderen Gründen nichtig ist. Bei „bloßen Auslegungsfragen" ist der Grundbuchrichter an den Erbschein nicht gebunden (abw. KG.). Nur bei Auslegungszweifeln ist der Erbschein für den Grundbuchrichter maßgebend. Soweit der Erbschein im Privatverkehre mit gutgläubigen Dritten zwingt, hat der Grundbuchrichter sogar auf Grund eines als unrichtig erkannten Erbscheins Eintragungen vorzunehmen. Bescheinigt der Erbschein die Erbfolge auf Grund eines eigenhändigen Testaments und ersieht der Grundbuchrichter, daß der Erbschein unrichtig ist, so sind auf den Erbschein gestützte Anträge zu beanstanden, abgesehen von dem im vorhergehenden Satze erwähnten Ausnahmefalle. Der öffentliche Glaube des Erbscheins erstreckt sich nicht auf die Formgültigkeit des Testaments (abw. KG.). Die Verfügungsbefugnis des Erbscheinerben ist zu verneinen, wenn das eigenhändige Testament formell nichtig ist (abw. KG.). Auf die Auslegung eines formgültigen eigenhändigen Testaments darf sich der Grundbuchrichter nicht einlassen. Dem Grundbuchrichter ist die Unrichtigkeit des Erbscheins auch dann nachgewiesen, wenn der Erbscheinrichter ein völlig klares eigenhändiges Testament unzulässigerweise ausgelegt hat, oder wenn Tatsachen vorliegen, die vom Nachlaßgerichte nicht berücksichtigt sind und die Unrichtigkeit des Erbscheins ergeben. Entsprechendes gilt für den Erbschein als Zeugnis über die gesetzliche Erbfolge. Unklare, unverständliche und inhaltlich gesetzwidrige Erbscheine sind für den Grundbuchrichter wertlos.

4. KGJ. **44** 77 (KG.). Hat der Erblasser den Vorerben *nur von einzelnen der in § 2136 BGB. aufgeführten Beschränkungen oder Verpflichtungen befreit*, so sind auch diese Teilbefreiungen in dem den Vorerben zu erteilenden Erbschein anzugeben.

5. KGJ. **43** 92, RJA. **12** 118, OLG. **26** 354 (KG.). Ist ein *Testamentsvollstrecker zur Ausübung der Rechte des Nacherben bis zum Eintritte der Nacherbfolge* ernannt, so ist diese Ernennung in den dem Vorerben zu erteilenden Erbschein aufzunehmen. Ist aber die Ernennung des Testamentsvollstreckers für den Vorerben lediglich deshalb von Bedeutung, weil er ihm gegenüber die Rechte des Nacherben ausübt (§ 2222 BGB.), so ist in dem ihm zu erteilenden Erbschein außer der Ernennung des Testamentsvollstreckers anzugeben, daß dieser zur Ausübung der Rechte des Nacherben ernannt ist.

II. *Verfügung von Todes wegen.* **RG.** WarnE. **13** 399. Die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 BGB., wonach im Zweifel der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist, ist grundsätzlich auch für die unter der Herrschaft des *preußischen Landrechts* errich-

teten wechselseitigen Testamente zur Anwendung zu bringen, sofern der Erbfall, was hier zutrifft, unter der Herrschaft des neuen Rechtes eingetreten ist. Eine Ausnahme hiervon ist nur zu machen, wenn ersichtlich die Bestimmungen des Testaments den Vorschriften des preußischen Landrechts angepaßt sind und danach auf den Willen des Erblassers geschlossen werden darf, daß seine Bestimmungen im Sinne dieser Vorschriften zu verstehen sind.

III. Zeugnis über die fortgesetzte Gütergemeinschaft. 1. OLG. **27** 204 (KG.). Darüber, in welcher Weise der überlebende Ehegatte den in § 29 GBO. verlangten urkundlichen Nachweis, daß fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten ist, zu führen hat, gibt das Gesetz unmittelbar keinen Aufschluß. Im Falle der Ablehnung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§§ 1484, 1945), sowie im Falle des Verzichts aller Abkömmlinge (§§ 1517, 2348) wird ein solcher urkundlicher Nachweis unter Umständen durch Vorlegung der für das der Fortsetzung der Gütergemeinschaft entgegenstehende Ereignis maßgebenden Urkunden geführt werden können. Dasselbe kann der Fall sein, wenn durch öffentliche letztwillige Verfügung alle Abkömmlinge von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen sind (§ 1511, KGJ. **25** 228, **26** 55), und im Falle der Ausschließung der letzteren (§ 1508) wird unter Umständen eine beglaubigte Abschrift aus dem Güterrechtsregister ausreichen (vgl. OLG. 8 335). Bedenken können auch in diesen Fällen obwalten, wenn Zweifel an der Gültigkeit oder Wirksamkeit der Urkunde bestehen. Daneben gibt es aber auch wichtige Hinderungsgründe für die Fortsetzung der Gütergemeinschaft, die nicht bereits ihrem Wesen nach urkundlich belegt sind. Das gilt z. B. bei Erbunwürdigkeit sämtlicher Abkömmlinge (§§ 1506, 2344) und für den hier in Betracht kommenden Fall der Kinderlosigkeit. In Frage kommen kann ferner die Ausschließung sämtlicher Abkömmlinge durch eigenhändiges Testament, da dieses nach § 29 GBO. kein für den Grundbuchverkehr geeignetes Nachweismittel ist. Da nun, wie auch der vorliegende Fall zeigt, ein unabweisbares Bedürfnis nach einem für den Grundbuchverkehr ausreichenden Nachweismittel für die Nichtfortsetzung der Gütergemeinschaft besteht, muß unter Verwertung der in dem Gesetz als zutreffend anerkannten Rechtsgedanken und unter Fortentwickelung der positiven Vorschriften ein Ausweg gefunden werden. Zugrunde zu legen ist der § 1507, dessen Positivzeugnis ein Erzeugnis reiner Zweckmäßigkeitserwägungen ist (Prot. **5** 729 ff.). In Anknüpfung an den Erbschein ist dem Nachlaßgerichte die Ausstellung eines Positivzeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft auf Antrag des überlebenden Ehegatten oder seines Rechtsnachfolger in Gemeinschaft mit den anteilsberechtigten Abkömmlingen (vgl. KGJ. **41** 52) zur Pflicht gemacht, weil nach Ansicht der Mehrheit der Kommission ein solches Zeugnis im Rechtsverkehre nicht zu entbehren ist. Aus denselben Erwägungen muß der Nachlaßrichter für verpflichtet angesehen werden, auf Antrag des überlebenden gütergemeinschaftlichen Ehegatten auch ein Zeugnis des Inhalts auszustellen, daß die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht eingetreten ist; denn ist der urkundliche Nachweis der Nichtfortsetzung der Gütergemeinschaft nicht zu entbehren, die Nachweisurkunde aber in vielen Fällen und namentlich in dem praktisch wichtigsten Falle der Kinderlosigkeit nicht ohne weiteres vorhanden, so muß dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit geboten werden, die Urkunde in der Form eines gerichtlichen Zeugnisses zu erlangen, und die zuständige Stelle für die Erteilung dieses Zeugnisses ist unter Berücksichtigung des § 1507 naturgemäß das Nachlaßgericht. Auch das Negativzeugnis ist wie das Positivzeugnis des § 1507 nicht etwa nur ein Tatsachenzeugnis (vgl. Art. 31 PrFGG., § 9 Abs. 3 HGB., § 162 FGG.), sondern ein Urteilszeugnis mit dem Charakter des Erbscheins.

2. KGJ. **44** 108 (KG.). a) Die unabgefundenen eigenen Kinder des überlebenden Ehegatten, mit denen dieser die Gütergemeinschaft nach westfälischem Rechte fortsetzt, sind in Ansehung des auf sie übergegangenen Anteils

des verstorbenen Ehegatten nicht dessen Erben, sondern Gütergemeinschaftsgenossen des überlebenden Teiles. Es ist daher hinsichtlich jenes Anteils nicht den Kindern ein Erbschein, vielmehr dem überlebenden Ehegatten ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu erteilen. b) Der kraft Gesetzes eintretende Übergang des Anteils eines während der fortgesetzten Gütergemeinschaft ohne Hinterlassung von Abkömmlingen oder eines Ehegatten versterbenden Kindes an die übrigen anteilsberechtigten Kinder beruht nicht auf Erbfolge, sondern auf Anwachsung kraft Güterrechts. c) Ist nur ein Kind (Abkömmling) vorhanden und stirbt dieses ohne Hinterlassung von Abkömmlingen oder eines Ehegatten, so wächst auch schon nach westfälischem Rechte der Anteil des Kindes dem überlebenden Ehegatten (Elternteile) kraft Güterrechts an. d) In den Fällen zu b und c kann die sich aus dem Tode eines Kindes ergebende veränderte Anteilsberechtigung nicht durch einen Erbschein nachgewiesen werden, vielmehr ist — wie nach BGB. — dem überlebenden Ehegatten ein Zeugnis über die mit den nunmehr vorhandenen Teilhabern fortgesetzte Gütergemeinschaft zu erteilen oder, falls bereits früher ein Zeugnis ausgestellt worden ist, dieses entsprechend zu ergänzen.

IV. Testamentsvollstreckerzeugnis. 1. **RG.** WarnE. **13** 398. Wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat (vgl. **RG. 56** 327, **61** 139), ist der Testamentsvollstrecker nicht Vertreter eines anderen, insbesondere auch nicht des Erben, sondern Inhaber eines (nicht öffentlichen) Amtes zu eigenem Rechte. Das ist auch die Auffassung, die der Novelle zur ZPO. vom Jahre 1898 zugrunde liegt (vgl. die Denkschrift 111 zu § 293 e des Entwurfes). . . . Die Eigenart seiner Stellung bringt es für das bürgerliche Recht mit sich, daß der Testamentsvollstrecker, obgleich er selbst Vertragsteil ist, Rechte und Verbindlichkeiten nicht in seiner Person, sondern für und gegen den Nachlaß zur Entstehung bringt (vgl. **RG. 56** 330, **59** 361, **68** 258, **76** 126).

2. MecklZ. **32** 309, OLG. **26** 351 (Rostock). Der Beschluß des Landgerichts und die Verfügung des Grundbuchamtes beruhen insofern auf einer Verletzung des Gesetzes als in ihnen als Regel aufgestellt ist, daß der Testamentsvollstrecker Verfügungen in seinem Interesse nicht treffen dürfe. Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes ist zunächst mit der Entscheidung des RG. in **RG. 61** 139 davon auszugehen, daß § 181 BGB. auf den Testamentsvollstrecker keine Anwendung findet, weil er nicht Vertreter der Erben ist, sondern seine Befugnisse zu eigenem Rechte ausübt (RG. aaO. 145 oben). Weiter muß aber mit dieser Entscheidung als Grundsatz aufgestellt werden, daß der Testamentsvollstrecker, mag er Miterbe sein oder nicht, zu allen Verfügungen, auch solchen zu seinen Gunsten, berechtigt ist, falls nicht ein abweichender Wille des Erblassers erhellt oder ein offenbarer Interessenwiderspruch vorliegt.

3. KGJ. **43** 88, RJA. **12** 112 (KG.). Der Testamentsvollstrecker kann auch für einen Teil seines Amtes in der Weise kündigen, daß er sich die Führung des Amtes für einen bestimmten anderen Wirkungskreis vorbehält. Ist der Testamentsvollstrecker zur Ernennung eines Nachfolgers ermächtigt, so kann er bei teilweiser Kündigung einen Nachfolger für denjenigen Geschäftskreis berufen, betreffs dessen er selbst das Amt niederlegt. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen Kündigung und Nachfolgerernennung ist jedoch, daß sich ein entsprechender Wille des Erblassers feststellen läßt.

4. KGJ. **44** 81, OLG. **26** 346 (KG.). Ein Mindestumfang der Rechte des Testamentsvollstreckers ist im BGB. nicht vorgeschrieben. Der Erblasser kann daher die gesetzlichen Befugnisse des Vollstreckers beliebig schmälern, sofern nur irgend etwas übrig bleibt, was den Namen eines Testamentsvollstreckers zu rechtfertigen vermag. Demgemäß kann ein Testamentsvollstrecker auch mit der Bestimmung ernannt werden, daß lediglich seine Zustimmung zur Wirksamkeit der

von dem Erben getroffenen Verfügungen über Nachlaßgegenstände erforderlich sein soll.

5. a) OLG. **26** 349, ElsLothNotZ. **13** 121 (Colmar). Ein Vollstrecker kann wirksam erst nach Beginn seines Amtes verfügen, und dieses beginnt erst mit der Annahmeerklärung des Ernannten gegenüber dem Nachlaßgerichte. . . . . Verfügungen, die nur kraft eines Amtes getroffen werden können, werden, wenn sie vor Beginn des Amtes, also ohne amtliche Befugnis getroffen worden sind, dadurch nicht wirksam, daß derjenige, der sie getroffen hat, später das Amt und damit die Verfügungsbefugnis erlangt. Eine Ausdehnung des im § 185 enthaltenen Grundsatzes auf diesen Fall ist ausgeschlossen. **b)** ElsLothNotZ. **13** 59 (LG. Colmar). Rechtsgeschäfte, die ein Testamentsvollstrecker vor seiner dem Nachlaßgerichte gegenüber erklärten Annahme des Amtes vornimmt, sind unwirksam.

6. ElsLothJZ. **13** 274 (Colmar). Bei einem aus einer Mehrheit von Abteilungen, insbesondere aus einer Nachlaßabteilung und einem Grundbuchamte bestehenden AG. kann die im § 2202 BGB. vorgeschriebene Amtsannahmeerklärung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Nachlaßgerichte wirksam nicht dadurch abgegeben werden, daß der Notar das Protokoll, in dem er die Annahme und daran anschließend eine Auflassungserklärung des Testamentsvollstreckers beurkundet hat, dem Grundbuchamte mit dem Antrag auf Eintragung der Eigentumsänderung einreicht.

7. KGJ. **43** 86 (KG.). Mit dem Ablaufe der auf Grund des § 2202 Abs. 3 BGB. bestimmten Erklärungsfrist gilt das Testamentsvollstreckeramt auch dann als abgelehnt, wenn der Betroffene während der Frist der Ansicht war, daß er nicht zum Testamentsvollstrecker ernannt sei und gegen die Fristbestimmung die sofortige Beschwerde eingelegt hatte.

8. **RG.** WarnE. **13** 296. In der Anordnung einer unzulässigen Pflegschaft kann die Anordnung einer Testamentsvollstreckung gefunden werden.

9. KGJ. **44** 87 (KG.). Für den Testamentsvollstrecker besteht keine gesetzliche Verpflichtung, Nachlaßgeld nach den für Mündelgeld geltenden Vorschriften anzulegen und die einer Verwaltung unterliegenden Wertpapiere (bei einer Hinterlegungsstelle oder der Reichsbank) zu hinterlegen. Dies gilt auch dann, wenn ein Nacherbe vorhanden ist.

§ 37. KGJ. **44** 233 (KG.). In dem Zeugnisse des Nachlaßgerichts, auf Grund dessen bei einer Nachlaßhypothek ein Miterbe als neuer Gläubiger eingetragen werden soll, muß die Erbfolge und das Vorliegen der Eintragungsbewilligungen bescheinigt werden. Die Erteilung eines Überweisungszeugnisses mit Bezug auf eine Hypothek oder ein Grundstück zum Zwecke der Eintragung eines der Beteiligten als neuer Gläubiger oder Eigentümer ist auch möglich bei der Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft von Todeswegen, die nach märkischem Provinzialrechte durch die Einwerfung des Vermögens des überlebenden Ehegatten zwecks Teilung nach dem Statut entstanden ist.

§ 39. I. Allgemeines. du Chesne, R. **13** 223. Der Konkurs-, Vormundschafts- und Vollstreckungsrichter, der zugleich Grundbuchrichter ist, wird seinen Willen, in das Grundbuchverfahren überzugehen, in den Akten irgend wie zum Ausdrucke bringen müssen. Hierzu wird es aber genügen, wenn er das ins Grundbuchverfahren zur weiteren Förderung einzuführende Interesse schriftlich — in Beschlußform — kennzeichnet und etwa die Vorlegung dieses Beschlusses bei der Grundbuchabteilung, die ja nicht nur aus ihm allein besteht, anordnet. Das ist keine Mitteilung, auch nicht eine solche durch schlüssige Handlungen, sondern lediglich die aktenmäßige Kundgabe des Entschlusses, in das Grundbuchverfahren überzugehen, und die Vornahme der zur Ausführung dieses Entschlusses nötigen Handlungen. Ein solcher Akt muß aber genügen, um die Vor-

aussetzung für das Grundbuchverfahren im Sinne des § 39 GBO. zu schaffen, d. i. er muß als Ersuchen im Sinne dieser Vorschrift gelten. Der im „Ersuchen“ sprachgebräuchlich liegende Sinn der Mitteilung ist somit rechtlich nicht begriffswesentlich, vielmehr nur auf den gewöhnlich vorgestellten Fall abgestellt, daß ersuchender und ersuchter Richter nicht identisch sind. Ebenso wird der Grundbuchrichter, wenn er nunmehr unschwer zu beschaffende Eintragungsvoraussetzungen vermißt, nicht gezwungen sein, sich selbst als dem ersuchenden Richter eine Frist zur Beschaffung zu setzen (§ 18 GBO.); vielmehr wird er in diesem Falle in der Erwägung, daß § 18 zunächst auf den Fall des Antrags, also der notwendigen Personendifferenz, gemünzt ist, ohne weitere Form das Konkurs-, Vormundschafts- oder Vollstreckungsverfahren wieder aufnehmen und in ihm für Nachbringung der fehlenden Eintragungserfordernisse sorgen dürfen.

II. Ersuchen des Vollstreckungsgerichts. 1. KGJ. **44** 292 (KG.). Ist das Recht des Erstehers mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist im Falle der Nichtberichtigung des Bargebots die Übertragung der Forderung des Versteigerungsschuldners gegen den Ersteher auf diesen und die Eintragung einer Eigentümersicherungshypothek zur Sicherung dieser Forderung zulässig. Ob dieser Satz auch auf andere Fälle anwendbar ist, ist für das Grundbuchverfahren unerheblich. Das Grundbuchamt hat vielmehr in jedem Falle dem Ersuchen des Vollstreckungsgerichts um Eintragung einer Sicherungshypothek für den Ersteher zur Sicherung der auf ihn übertragenen Forderung des Versteigerungsschuldners stattzugeben. Insbesondere hat es nicht das Recht, dieses Ersuchen auf Grund des § 118 Abs. 2 ZVG. zu beanstanden.

2. BayObLG. **14** 258, ZBlFG. **14** 223, SeuffBl. **13** 529, BayRpflZ. **13** 279, OLG. **27** 218 (BayObLG.). Das Grundbuchamt ist gegenüber dem Ersuchen einer Behörde (§ 39 GBO.) berechtigt, zu prüfen, ob das Ersuchen sich im Rahmen der gesetzlichen Vorschrift hält, nach welcher die Behörde zu dem Ersuchen befugt ist, und ob sich nicht aus dem Inhalte des Grundbuchs Bedenken gegen die verlangte Eintragung ergeben. Die Aufgabe des Vollstreckungsgerichts bezüglich der Eintragung des Erstehers beschränkt sich auf die Herbeiführung der Eintragung desjenigen, der in dem Zuschlagsbeschluß als Ersteher bezeichnet ist. Das Vollstreckungsgericht kann daher, wenn der Ersteher nach der Erteilung des Zuschlags gestorben ist, nicht das Grundbuchamt auf Grund des § 130 ZVG. um die Eintragung der Rechtsnachfolger des Erstehers als Eigentümer ersuchen, sondern es muß in dem Ersuchschreiben den Verstorbenen als den Ersteher bezeichnen und um seine Eintragung ersuchen; es kann aber den Antrag der Rechtsnachfolger um Eintragung des Eigentumsüberganges auf sie entgegennehmen und dessen Vollziehung im Anschluß an das auf § 130 ZVG. beruhende Ersuchen vermitteln.

3. ElsLothJZ. **13** 600 (Colmar). Ob die in dem Ersuchen angegebenen, die Gesetzlichkeit des Löschungsersuchens nach § 130 ZVG. bedingenden Voraussetzungen wirklich gegeben waren, unterlag nach der zutreffenden Auffassung des Beschwerdegerichts zufolge § 39 GBO. der Prüfung des Grundbuchrichters nicht. . . . Das Ersuchen, welches gegebenenfalls auf die Löschung im besonderen aller nach dem Versteigerungsvermerk eingetragenen Rechte zu erstrecken war, brauchte in diesem Falle nach der herrschenden Auffassung (vgl. Jäckel-Güthe 1912 Anm. 11 zu § 130 ZVG.) eine Bezeichnung der einzelnen nach dem Versteigerungsvermerk eingetragenen Rechte nicht zu enthalten.

4. Foerder, JW. **13** 1026. Eine Kollision zwischen Zwangsversteigerungsrichter und Grundbuchamt.

III. Ersuchen der Generalkommission. 1. KGJ. **43** 197 (KG.). Ist auf einem Grundbuchblatte die Vormerkung über die eingeleitete Rentengutsbegründung eingetragen, so ist die Generalkommission befugt, das Grundbuchamt um die Löschung der vor oder nach der Vormerkung eingetragenen Hypotheken und Grundschulden zu ersuchen. Das Ersuchen braucht mit dem Ersuchen um Umschreibung des Eigentums auf den Rentengutsnehmer nicht verbunden zu werden, kann vielmehr gestellt werden, bevor die Rentengutsbegründung bis zur Bestätigung des Vertrags durchgeführt ist. Das Grundbuchamt darf die Löschung nicht von der Vorlegung einer Zustimmungserklärung des Eigentümers oder einer Löschungsbewilligung der Gläubiger abhängig machen.

2. KGJ. **43** 191 (KG.). An der Stammstelle eines Zukaufrentenguts kann ein Wiederkaufsrecht nicht begründet und deshalb auch auf Ersuchen der Generalkommission nicht eingetragen werden. Nach der Bestätigung des Rentengutsrezesses bezeichnet der Rezeß die Grenzen der Zuständigkeit der Generalkommission zu Eintragungsersuchen an das Grundbuchamt.

§ 40 1. *Breme, DNotV. **13** 377 ff. Auch eine Vormerkung gemäß § 883 BGB. ist auf Grund der Bewilligung des als Vormerkungsbegünstigten im Grundbuch eingetragenen auf den von ihm bezeichneten Rechtsnachfolger zu umschreiben. Desgl. ist ein an der gesicherten Forderung bestelltes Pfandrecht auf Antrag bei der Forderung zu vermerken. § 40 GBO. ist für diese Eintragungen maßgebend und anwendbar, wenngleich die Vormerkung begrifflich nicht ein Recht am Grundstücke, sondern nur eine Sicherung eines auf dingliche Rechtsbestellung oder -änderung gerichteten persönlichen Anspruchs ist, und die Rechtsnachfolge in der gesicherten Forderung (ebenso wie der Erwerb eines Pfandrechts an ihr) sich außerhalb des Grundbuchs vollzieht. Die rechtliche Natur dieser Eintragung ist die „Berichtigung". Sie dient zwar nicht zur Herbeiführung der Rechtsänderung, ist aber zur Sicherung des wirklich Berechtigten dringend nötig, der sonst vor Löschungsbewilligungen des eingetragenen Berechtigten nicht geschützt ist. Auch hat er ein berechtigtes Interesse an der Benachrichtigung von der grundbücherlichen Eintragung eines neuen Eigentümers, insbesondere aber der Zuziehung zur Zwangsversteigerung (§§ 41, 9 ZVG.). Beides wird aber nur gewährleistet, wenn der wirklich Berechtigte als solcher im Grundbuch eingetragen ist. Auch liegt es im berechtigten Interesse der zur Einsicht des Grundbuchs Befugten, daß das Grundbuch möglichst der materiellen Rechtslage entspricht.

2. KGJ. **43** 256 (KG.). Der § 40 Abs. 1 GBO. versteht unter demjenigen, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird, denjenigen, dem das betroffene Recht selbst, nicht denjenigen, dem die Befugnis zur Verfügung über dieses Recht zusteht. Es ist daher die Eintragung einer in Gütergemeinschaft lebenden Frau auch dann notwendig, wenn der Mann zu der Verfügung über das betroffene Recht der Einwilligung der Frau nicht bedarf.

3. KG., JDR. **11** zu § 40 GBO. Ziff. 1 auch OLG. **26** 193.

§ 41. I. Vor- und Nacherbe. 1. **RG. 81** 364. Das Wesen der entgeltlichen Verfügung oder des ihr zugrunde liegenden entgeltlichen Rechtsgeschäfts darf nicht ausschließlich in objektiven Begriffsmerkmalen gesucht werden. Ist es doch nur der subjektive Wille der Beteiligten, der die auf beiden Seiten in Betracht kommenden Leistungen zueinander in das sog. synallagmatische, in das Verhältnis von Leistung um einer anderen Leistung willen, oder von Leistung und Gegenleistung zu setzen vermag. Wie hoch hierbei jeder Beteiligte die eigene Leistung und die seines Vertragsgegners einschätzt, steht im allgemeinen in seinem Ermessen. Keinesfalls wäre es gerechtfertigt, wegen eines etwaigen auffallenden Mißverhältnisses zwischen dem Werte der beiderseitigen Leistungen die Entgeltlichkeit des Geschäfts ganz verneinen oder

das einheitliche Geschäft in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil zerlegen zu wollen. . . . Im Sinne des Gesetzes liegt deshalb, bei Beurteilung der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit einer vom Vorerben getroffenen Verfügung für sich allein weder den objektiven noch den subjektiven Maßstab entscheiden zu lassen. Vielmehr geben die §§ 2120, 2130 BGB. an die Hand, hierfür den Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung heranzuziehen und danach zu prüfen, ob und inwieweit sich ein guter Haushalter, d. h. ein Vorerbe, der auf seine künftige Herausgabeverpflichtung gegenüber dem Nacherben gebührend Rücksicht nimmt, nach den ganzen Umständen des Falles zu einer Verfügung über Nachlaßgegenstände zugunsten eines Dritten bewogen finden durfte, der mit mehr oder weniger unbegründeten Ansprüchen gegen den Nachlaß an ihn herantrat.

2. SchlHolstAnz. **13** 41 (KG.). Nach der Auffassung des RG. (RG. **69** 257, 260) stehen der im § 29 Satz 2 GBO. gesetzlich anerkannten Offenkundigkeit der Entgeltlichkeit einer Verfügung die Fälle gleich, daß die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen ist. Der zweite Fall liegt nach dem vom KG. in der Entsch. vom 5. Juli 1909 (KGJ. **38** A 223) aufgestellten und seitdem ständig festgehaltenen Grundsatze regelmäßig dann vor, wenn die Bewilligung des Vorerben Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Geschäfts ist. Das gleiche gilt nach wiederholten Entscheidungen des KG. (s. z. B. RJA. **11** 123, OLG. **24** 87) dann, wenn die von dem Vorerben erklärte Auflassung auf einem notariell beurkundeten Kaufvertrage beruht. Ein solcher Fall ist hier gegeben. Denn der Auflassung vom 25. Mai 1903 liegt *der notariell beglaubigte Kaufvertrag* vom 6. April 1903 zugrunde. Irgendwelche Anhaltspunkte für eine durch diesen Kaufvertrag verdeckte Schenkung sind nicht ersichtlich. Wenn das OLG. Colmar in der Entsch. vom 29. Februar 1912 (ElsLothNotZ. **12** 119, JDR. **11** zu § 41 GBO. Ziff. I 8) eine andere Auffassung vertritt, so nötigt dies das KG. nicht zu einer Vorlegung der Sache an das RG. (§ 79 GBO.), weil der Standpunkt des KG. sich, wie bemerkt, an die reichsgerichtliche Rechtsprechung anlehnt und diese auch auf solche Fälle *überträgt*, die dem RG. noch nicht zur Entscheidung vorgelegen haben. Das gleiche gilt gegenüber dem Beschlusse des BayObLG. vom 1. Dezember 1911 (RJA. **11** 300). Das BayObLG. hat übrigens in einem Beschlusse vom 22. März 1912 (BayObLG. **13** 176, JDR. **11** zu § 41 GBO. Ziff. I 6) sich dem vom KG. vertretenen Standpunkt insofern angeschlossen, als es in einem Falle, in dem ein Nachlaßgrundstück im Wege der öffentlichen Versteigerung auf einen Dritten übergegangen war, die Unentgeltlichkeit der Verfügung durch die Sachlage für ausgeschlossen erachtet hat. S. auch unten Nr. 5.

3. OLG. **26** 322 (KG.). Das LG. hat die Entgeltlichkeit verneint, weil dafür die einseitige Erklärung der Vorerbin ebensowenig wie die Bescheinigung des Erwerbers der Hypothek genüge und eine gewisse, aber nicht irgend erhebliche Wahrscheinlichkeit nur aus der Übernahme der Kosten durch den Eigentümer folge. Es hat aber außer acht gelassen, daß die Witwe die Mutter der Nacherben ist und daß daher zwischen ihr und den Kindern durch das Familienband von vornherein eine erhebliche Gemeinschaftlichkeit der Interessen gegeben ist, die nach der Erfahrung des täglichen Lebens sich regelmäßig auch im rechtsgeschäftlichen Verkehre wirksam erweist. Würde eine Schenkung vorliegen, so würde die Vorerbin nicht nur sich selbst, sondern auch ihren eigenen Kindern 4000 M. entzogen haben. Es kommt weiter hinzu, daß die Hypothek zugunsten einer Person abgetreten ist, die, dem Namen nach zu urteilen, mit der Vorerbin nicht verwandt ist, so daß auch hieraus kein Anhalt für eine etwaige Begünstigungsabsicht der Vorerbin entnommen werden kann. Diese beiden Umstände genügen zur Erbringung des Nachweises der Entgeltlichkeit der Abtretung, wenn sie im Zusammenhange mit der Erklärung des Eigentümers, daß er von der Abtretung Kenntnis nehme und die Kosten übernehme, betrachtet werden.

4. SächsOLG. **34** 52 (Dresden). Es enthält keine Verletzung gesetzlicher Vorschriften, wenn das Grundbuchamt in eine Prüfung der Entgeltlichkeit der Auflassung eintrat und die Entgeltlichkeit — für die von ihm zu bewirkende Eintragung — auf Grund des notariellen Protokolls über die Auflassung bejahte. Denn danach darf unbedenklich angenommen werden, daß die Auflassung zur Erfüllung eines Kaufvertrags erfolgte, wie denn der Beschwerdeführer den Abschluß eines solchen Vertrags auch gar nicht bestreitet. An der Ernstlichkeit des Kaufvertrags war um so weniger zu zweifeln, als dem Notar nach seiner Bezeugung der auf den Beschwerdeführer entfallende Teil des Kaufpreises zur Aushändigung an den Beschwerdeführer übergeben worden war. Ebensowenig bestand unter den obwaltenden Umständen ein Grund zu dem Verdachte, daß der Kaufpreis geflissentlich, um dem Käufer ein Geschenk damit zu machen, zu niedrig festgesetzt worden sei. Deshalb konnte auch der Widerspruch des Beschwerdeführers nicht verhindern, daß die Eintragung A.s als Eigentümer der ihm von der Vorerbin aufgelassenen erbschaftlichen Grundstücke in der beantragten Weise, nämlich ohne vorherige Eintragung der Vorerbin und des Rechtes der Nacherben, erfolgte.

5. BayNotZ. **13** 50 SeuffBl. **13** 66, ZBlFG. **13** 544, BayObLG. **13** 609, OLG. **26** 322, BayRpflZ. **12** 485 (BayObLG.). Aus dem Zwecke, den die Eintragung des Rechtes der Nacherben verfolgt, ergibt sich, daß diese Eintragung gegenstandslos wird, wenn der Vorerbe eine Verfügung trifft, welche das Recht des Nacherben nicht beeinträchtigen oder vereiteln kann. Die Vereitelung oder Beeinträchtigung des Rechtes des Nacherben ist ausgeschlossen, wenn der Nacherbe die Verfügung des Vorerben gegen sich gelten lassen muß. Dies ist der Fall, wenn er der Verfügung des Vorerben zugestimmt hat oder — bei dem befreiten Vorerben — wenn die Verfügung entgeltlich ist. Die Eintragung des Rechtes des Nacherben ist daher auf Antrag zu löschen, wenn dem Grundbuchbeamten durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird, daß der Nacherbe der Verfügung des Vorerben zugestimmt hat, oder daß die Verfügung des befreiten Vorerben eine unentgeltliche ist. Dies ist für einen Fall angenommen, daß die Entgeltlichkeit der Auflassung durch das Vorliegen eines Kaufvertrags nachgewiesen werden soll.

6. OLG. **26** 326 (KG.). Eine einseitige Erklärung des Vorerben reicht zum Beweise der Entgeltlichkeit nicht aus; das gilt besonders für das Empfangsbekenntnis in einer Quittung (OLG. **21** 327, **RG. 70** 333), mag auch darin die Zahlung der Schuld durch eine Stadtgemeinde behauptet werden. Auch die Einreichung dieser Urkunde durch den Magistrat zur Begründung des Löschungsantrags ist einer ausdrücklichen Erklärung des Vertragsgegners über die Entgeltlichkeit des Geschäfts nicht gleichzustellen.

7. KGJ. **43** 263, OLG. **26** 323 (KG.). Die Aufhebung einer an der letzten Stelle im Grundbuche stehenden Eigentümergrundschuld durch den Eigentümer des Grundstücks ist stets ein entgeltliches Geschäft, falls nicht etwa gleichzeitig mit der Löschung der Eigentümergrundschuld ein anderes Recht eingetragen wird. Der befreite Vorerbe bedarf daher zur Herbeiführung der Löschung nicht der Zustimmung des Nacherben.

8. **RG.** R. **13** Nr. 3260. Eine von dem Vorerben bestellte Hypothek wird mit dem Eintritte der Nacherbschaft, sofern nicht ein gutgläubiger Erwerb vorliegt, hinfällig.

9. Busse, R. **13** 599. Die Not der Nacherbenfrage im Grundbuchverkehre.

II. Das sonstige Anwendungsgebiet des § 41. 1. KGJ. **44** 238 (KG.). Dem Erben des eingetragenen Berechtigten steht im Sinne des § 41 Abs. 1 GBO. derjenige gleich, der von dem Miterben eines eingetragenen Berechtigten einen Erbanteil gemäß § 2033 Abs. 1 BGB. erworben hat.

2. OLG. Dresden in JDR. **10** zu § 41 Ziff. II 3 auch SächsOLG. **33** 71.

§ 42. 1. RJA. **12** 356, KGJ. **44** 256 (KG.). Nach dem Wortlaute des § 42 Abs. 1 Satz 1 GBO. muß angenommen werden, daß der § 42 für alle bei einer Hypothek erfolgenden Eintragungen, soweit sie nicht nur tatsächliche Bedeutung haben, also auch für die Eintragungen gilt, durch die die Rechtsstellung des Hypothekengläubigers nur verbessert wird. Da zu diesen verbessernden Eintragungen die Eintragung der Rangänderung bei der vortretenden Post gehört, so muß auch der über diese gebildete Brief vorgelegt werden, bevor die auch bei der vortretenden Post notwendige Eintragung der Rangänderung bewirkt werden darf. S. auch unter Ziffer 2 a. E.

2. OLG. **26** 159, KGJ. **44** 250, RJA. **12** 267 (KG.). Nach § 42 Satz 1 GBO. soll bei einer Briefhypothek eine Eintragung nur erfolgen, wenn der Brief vorgelegt wird. Diese Vorschrift dient nicht nur zum Nachweise des Verfügungsrechts des von der Eintragung betroffenen Gläubigers, sondern auch zur Erhaltung der Übereinstimmung zwischen Grundbuch und Brief (§ 62 Ziff. 1 GBO.) und ist aus diesem Grunde ihrem umfassenden Wortlaute gemäß auch dann anwendbar, wenn durch die vorzunehmende Eintragung das Recht des Hypothekars nicht beeinträchtigt, sondern verbessert wird, wie dies im Beschlusse des KG. (oben Ziff. 1) näher dargelegt ist. — Als eine Eintragung im Sinne des den § 42 umschließenden mit „Eintragungen in das Grundbuch" überschriebenen 2. Abschnitts der GBO. stellt sich, wie schon in den Mot. (50/51) und in der D. hervorgehoben und in der Rechtslehre allgemein anerkannt ist, nur eine solche Einschreibung in das Grundbuch dar, welche über die Rechtsverhältnisse des Grundstücks Auskunft zu geben bestimmt ist. Rein tatsächliche Angaben scheiden also aus. Über die Rechtsverhältnisse des Grundstücks Auskunft zu geben bestimmt aber sind nicht nur rechtsändernde, sondern auch berichtigende, nicht nur endgültige, sondern auch vorläufige Eintragungen, wie der Widerspruch und die Vormerkung. In einem engeren Sinne ist der Begriff in dem § 71 Abs. 2 des 4. Abschnitts sowie in dem mit dieser Vorschrift unmittelbar zusammenhängenden § 54 des 2. Abschnitts der GBO. gebraucht. Beide Vorschriften beziehen sich, wie in KGJ. **26** 238, **27** 82 aus der Entstehungsgeschichte und inneren Gründen nachgewiesen ist, nur auf solche Eintragungen, welche an sich unter dem Glauben des Grundbuchs stehen, und demgemäß nicht auf den Widerspruch und die Vormerkung. Die für diese einschränkende Auslegung entwickelten Gründe berühren indessen nicht die Ordnungsvorschrift des § 42. Daß dieser § 42 auch Eintragungen betrifft, welche keinen öffentlichen Glauben genießen, geht schon aus der Ausnahme hervor, die im Abs. 1 Satz 2 für gewisse durch eine einstweilige Verfügung angeordnete Widersprüche von der Notwendigkeit der Briefvorlegung gemacht ist. Diese Ausnahme wäre unverständlich, wenn bereits die Regel-Vorschrift für Widersprüche nicht gälte. — Der Vorlegung des Hypothekenbriefs bedarf es auch dann, wenn bei der Hypothek eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs des Hypothekengläubigers auf eine Verbesserung seines Rechtes, z. B. auf eine Zinserhöhung eingetragen werden soll. S. dazu oben Ziff 1.

3. Amberg, DJZ. **13** 807. Der § 42 Satz 1 soll einen Schutz gegen die Gefahren des Publizitätsprinzips bilden (s. Materialien). Er soll verhindern, daß rechtlich geschützte Interessen, die aus dem Grundbuche nicht ersichtlich sind, durch die schroffe Durchführung des Publizitätsprinzips Schaden erleiden. Es wäre allzu formalistisch, diesen Schutz nur auf dingliche Rechte zu beziehen; vielmehr muß zu diesen Interessen auch das Recht auf den Besitz des Briefes gezählt werden, welches einem Dritten zu dem Zwecke eingeräumt ist, dem Gläubiger die Möglichkeit der Verfügung über die Hypothek zu nehmen. Daß das hiermit eingeräumte obligatorische Besitzrecht ein schutzwürdiges ist, erkennt das RG. an, indem es dem Berechtigten sogar eine Klage auf Herausgabe des Briefes zugesteht (**RG.**

66 25 ff., **68** 387 ff.). Es wäre durchaus unbefriedigend, wenn dieses Recht dadurch vereitelt werden könnte, daß sein Träger den Brief vertrauensvoll zu irgendwelchen Zwecken in die Hände des Grundbuchamts legt. Man kann somit billigerweise nicht zulassen, daß die nach § 42 erforderliche Vorlegung des Briefes ohne weiteres dadurch als ersetzt gilt, daß der Brief sich bereits im Gewahrsame des Grundbuchamts befindet. Hiermit wird man auch dem Wortlaute des Gesetzes gerecht; denn dieses begnügt sich nicht damit, daß der Brief „vorliegt", sondern es verlangt, daß er „vorgelegt wird". Auf der anderen Seite wird man nicht soweit gehen, den körperlichen Vorgang der Vorlegung gerade durch den Antragsteller zu verlangen. Der Hauptnachdruck ist auf die in der Vorlegung zum Ausdrucke gelangende Willenskundgebung des Briefbesitzers zu legen, daß er gegen die fragliche Eintragung nichts einzuwenden habe. Man wird daher als entscheidend ansehen, ob die Vorlegung zum Zwecke der verlangten Eintragung erfolgt. Soweit dieser Zweck nicht aus den Umständen unzweifelhaft erhellt, also namentlich dann, wenn der Brief von einem Dritten oder doch in einer anderen Sache überreicht worden ist, wird sich der Grundbuchbeamte — in der Regel wohl durch Zwischenverfügung — Gewißheit darüber verschaffen müssen, daß der Überreicher mit der Verwendung des Briefes in der fraglichen Sache einverstanden ist.

4. KGJ. **44** 275 (KG.). Zur Pfändung einer Forderung, für welche eine Briefhypothek besteht, ist außer dem Pfändungsbeschluß auch dann die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger erforderlich, wenn der Gläubiger eine Gerichtskasse ist und der Brief sich bei dem Grundbuchamt oder einer Verwahrungsstelle desselben Bundesstaats befindet.

5. BreslauAK. **13** 17 (LG. Hirschberg). Zur Löschung einer aufgebotenen Hypothek braucht nicht eine vollständige Ausfertigung des Ausschlußurteils vorgelegt zu werden; es genügt die Ausfertigung der Formel.

§ 44. Egelhaaf, WürttZ. **13** 326. Die Eintragung des neuen Gläubigervertreters im Grundbuch ist eine Eintragung bei der Hypothek im Sinne des § 44 Abs. 1 GBO.; sie betrifft den Inhalt der Hypothek selbst. Nach § 44 Abs. 2 GBO. ist die Vorlegung der Schuldurkunde und der Vermerk des Grundbucheintrags auf ihr entbehrlich, wenn eine Eintragung auf Grund der Bewilligung eines nach § 1189 BGB. bestellten Vertreters bewirkt werden soll. Nun wird in der Praxis und von der Wissenschaft, z. B. Engelhard, ZBlFG. **11** 295, der Standpunkt vertreten, wenn der ernannte, aber im Grundbuch noch nicht eingetragene Treuhänder seine Eintragung und zusammen damit noch weitere Eintragungen bei der Hypothek beantrage, finde die Ausnahmebestimmung des § 44 Abs. 2 GBO. Anwendung, bedürfe es also der Vorlegung der Urkunden nicht. Diese Auffassung steht aber in offensichtlichem Widerspruch mit dem Wortlaut des § 44 Abs. 2 GBO.; denn ein nichteingetragener Treuhänder ist eben kein bestellter" Treuhänder (§ 1189 Abs. 1 S. 2 BGB.).

§ 47. HansGZ. **13** Beibl. 49 (Hamburg). Bei Übertragung eines Grundstücksteiles auf ein anderes Grundbuchblatt müssen die Dienstbarkeiten von Amts wegen mitübertragen werden.

§ 48. 1. MecklZ. **32** 306 (Rostock). Die Eintragung einer Grundschuld für mehrere hintereinander Berechtigte (Sukzessivgrundschuld) ist unzulässig.

2. *Melsbach, Nassauisches Errungenschafts- und Leibzuchtsrecht und seine Behandlung im Grundbuch, FrankfRundsch. **13** 239 ff. (Vgl. o. I zu Art. 200 EGBGB.).

§ 49. KGJ. **44** 250, RJA. **12** 267, OLG. **26** 159 (KG.). Der § 49 spricht von der nachträglichen Belastung eines Grundstücks mit dem an einem anderen Grundstücke bereits bestehenden Rechte und der § 63 von der Belastung eines Grundstücks mit der auf einem anderen Blatte bereits eingetragenen Hypothek. Beide Vorschriften setzen also voraus, daß das neu einzutragende Recht ebenso geartet ist wie das bereits

eingetragene, und treffen daher hier, wo auf drei Grundbuchblättern eine Gesamthypothek eingetragen ist und auf vierzehn weiteren Blättern eine bloße Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung der gleichen Hypothek eingetragen werden soll, jedenfalls nicht unmittelbar zu. Auch eine analoge Anwendung erscheint ausgeschlossen. Die §§ 49, 63 behandeln den Fall des Gesamtrechts. Ein solches kann aber nur aus gleichartigen Rechten bestehen (vgl. § 1132 BGB., **RG. 70** 245, **77** 175, KGJ. **22** A 164). Ein Gesamtrecht, das aus einer Hypothek und einer Vormerkung bestände, ist unmöglich. Daraus folgt, daß auf das Verhältnis einer Hypothek zur Vormerkung die für Gesamtrechte geltenden Vorschriften, also auch die §§ 49, 63 GBO. unanwendbar sind. Es ist daher die Eintragung der Vormerkung weder bei der bereits eingetragenen Hypothek im Grundbuch erkennbar zu machen, noch auf dem Hypothekenbriefe zu vermerken. Solche Vermerke sind auch aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht erforderlich. Sie haben im Falle des Vorliegens eines Gesamtrechts den Zweck, die Vervielfältigung des Gesamtrechts zu verhüten. Eine solche Vervielfältigung kann bei einem Zusammentreffen von Hypothek und Vormerkung zunächst durch eine Verfügung über die Hypothek nicht herbeigeführt werden. Über diese kann ohne Rücksicht auf die Vormerkung verfügt werden. Der Hypothekengläubiger A. kann z. B. die Hypothek ohne die zu seinen Gunsten eingetragene Vormerkung an B. abtreten. Die Vormerkung verliert dadurch allerdings ihre Bedeutung. Denn, wenn die Hypothek für B. eingetragen ist, kann später die Vormerkung nicht in eine Hypothek für A. umgeschrieben werden. Um den Grundbuchrichter aber darauf hinzuweisen, daß er eine solche Umschreibung nicht vornehmen darf, genügt die Eintragung der Vormerkung auf den für diese in Betracht kommenden Grundstücken auch ohne Eintragung des Mithaftvermerks auf den mit der Hypothek belasteten Grundstücken. Denn der vorgemerkte Anspruch lautet auf Eintragung einer Gesamthypothek auf bestimmten, teils mit der Hypothek bereits belasteten, teils noch zu belastenden Grundstücken. Der Grundbuchrichter darf darum die Vormerkung nicht eher umschreiben, als bis er sich durch Einsicht in das Grundbuch vergewissert hat, daß ein anderer Gläubiger nirgends eingetragen ist. Anderseits kann auch eine Verfügung über die Vormerkung, wenn eine solche Verfügung unabhängig von einer Verfügung über die Hypothek bewirkt wird, nicht zu einer Vervielfältigung des vorgemerkten Rechtes führen. Denn bei der späteren Umschreibung der Vormerkung gilt das eben Gesagte. Die §§ 49, 63 GBO. kommen hiernach erst zur Anwendung, wenn die Vormerkung in eine Hypothek umgeschrieben wird. Erst dann tritt der Fall ein, daß „mit einem an einem Grundstücke bestehenden Rechte nachträglich noch ein anderes Grundstück belastet wird".

§ 50. Traub, WürttZ. **13** 197 (199). Der § 50 GBO., der nur deshalb in die GBO. aufgenommen wurde, weil das BGB. keine Bestimmungen über den Altenteil enthält, der somit eigentlich materiellrechtlicher Natur ist, soll eine Erweiterung des § 874 BGB. darstellen, wenn er nicht überflüssig sein soll. Während sonst Dienstbarkeiten und Reallasten je besonders als solche im Grundbuche bezeichnet werden müssen, ist dies nicht erforderlich bei den Dienstbarkeiten und Reallasten, die unter den Sammelnamen Leibgeding fallen. Hier genügt als Charakterisierung „Leibgeding".

§ 52. 1. BayNotZ. **14** 469 (BayObLG.). Das KG. hat in dem Beschlusse vom 3. März 1912 (KGJ. **42** A 228, JDR. 11 zu § 52 GBO. Ziff. I) angenommen, daß im Falle der Verpfändung des Nacherbrechts als betroffenes Recht im Sinne des § 40 GBO. das Recht des Vorerben anzusehen ist. Dem KG. ist nun allerdings darin beizustimmen, daß das Recht des Vorerben durch die Verpfändung des Rechtes des Nacherben berührt wird. Denn nach § 1276 BGB. kann ein verpfändetes Recht durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers geändert werden,

sofern die Änderung das Pfandrecht beeinträchtigt. Der Vorerbe bedarf also zu einer jeden Verfügung über ein zu der Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstücke nicht nur der Zustimmung des Nacherben, sondern auch der des Pfandgläubigers. Allein es kann dahin gestellt bleiben, ob aus diesem Grunde das Recht des Vorerben schon als durch die Verpfändung des Rechtes des Nacherben betroffen im Sinne des § 40 angesehen werden kann oder ob das Erfordernis der Zustimmung des Pfandgläubigers des Nacherben zu der Verfügung des Vorerben nicht nur eine Reflexwirkung, eine lediglich mittelbare Wirkung der Verpfändung ist. Denn keinesfalls wird durch die Verpfändung des Rechtes des Nacherben *nur das Recht des Vorerben* betroffen. *Betroffen wird vielmehr in erster Linie das Recht des Nacherben selbst.* Dieses muß also mindestens auch eingetragen sein, damit der Vorschrift des § 40 genügt erscheint. Das Recht des Nacherben ist aber nicht eingetragen. Es ist nur nach § 52 GBO. im Grundbuche vermerkt. Da indessen der Pfandgläubiger durch die Verpfändung ein dingliches Recht an dem einzelnen Nachlaßgegenstand nicht erwirbt, hat der nach § 52 GBO. erfolgte Vermerk des Rechtes des Nacherben nicht die Bedeutung eine dingliche Berechtigung des Nacherben grundbuchmäßig erkennbar zu machen (vgl. **RG. 61** 374 ff.). Demgemäß ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtslehre die Eintragungsfähigkeit der Verpfändung des Nacherbenrechts zu *verneinen*. Der Senat würde deshalb die weitere Beschwerde als unbegründet zurückweisen; er sieht sich aber hieran gehindert durch den mehrerwähnten Beschluß des KG. und legt deshalb in Anwendung des § 79 GBO. die Sache dem RG. zur Entscheidung vor.

2. BayNotZ. **14** 355 (BayObLG.). Das Recht des Nacherben ist *übertragbar* und folglich nach § 1274 BGB. auch *verpfändbar* (vgl. *Planck*, Vorbem. zu §§ 2100 ff., Anm. 4 b, **RG. 67** 428, **80** 384). . . . . Die Verpfändung des Nacherbenrechts erfordert gemäß § 2274 Abs. 1 BGB. gleichfalls die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Verpfändungsvertrags.

3. KGJ. **44** 77 (KG.). Im § 2137 Abs. 2 BGB. wird nicht die Rechtsfolge einer dem Vorerben vom Erblasser eingeräumten Verfügungsmacht im gesetzestechnischen Sinne der Verfügung festgesetzt, sondern eine Regel für die Auslegung eines Ausdrucks des Lebens gegeben.

4. KGJ. **43** 304 (Rostock). Bei der Grundbucheintragung eines Vorerben ist zugleich auch das Recht des *Ersatznacherben* von Amts wegen einzutragen.

§ 54. 1. *Inhaltlich unzulässige Eintragungen.* KGJ. **44** 182 (KG.). Ist die eine Vervielfältigung eines Gesamtrechts bedeutende, auf dem Blatte nur eines Grundstücks bewirkte Eintragung einer Rechtsänderung inhaltlich unzulässig, so ist *weder eine spätere Nachholung der fehlenden Eintragungen noch eine Heilung der Unzulässigkeit durch einen späteren Rechtsakt möglich.* . . . . Es läßt sich nicht verkennen, daß auch bei ordnungsmäßigem Verfahren, namentlich dann, wenn die beiden belasteten Grundstücke in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken liegen, eine Rechtslage entstehen kann, die darin mit dem hier vorliegenden Rechtszustand übereinstimmt, daß ein Pfandrecht an einer Gesamthypothek eine Zeitlang nur auf dem einen Grundstück eingetragen steht. Denn wenn der Grundbuchrichter des einen Bezirks das Pfandrecht eingetragen hat, so verstreicht notwendigerweise eine gewisse Zeit, bis die Eintragung auch auf dem Grundstücke des anderen Bezirkes bewirkt werden kann. In einem solchen Falle kann unmöglich die erste Eintragung als unzulässig in dem Sinne angesehen werden, daß sie gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. von Amts wegen zu löschen wäre. Denn alsdann wäre die Eintragung des Pfandrechts in einem solchen Falle überhaupt undurchführbar. Von einer inhaltlichen Unzulässigkeit kann indes hier keine Rede sein. Denn es handelt sich um ein einheitliches Verfahren, das gerade dazu dient, eine Vervielfältigung des Gesamtrechts zu verhindern.

Der einzelne Eintragungsvermerk kommt daher, soweit die Frage der inhaltlichen Zulässigkeit zu beantworten ist, nicht für sich allein, sondern nur in seinem Zusammenwirken mit den anderen Eintragungsvermerken in Betracht, und es ist unstatthaft, diesen Zusammenhang unbeachtet zu lassen und die Einheitlichkeit des Verfahrens durch einen willkürlichen Einschnitt zu zerstören. Mit diesem Falle hat der weitere Fall einige Berührungspunkte, daß der von den Beteiligten gestellte Antrag darauf gerichtet ist, die Veränderung des Gesamtrechts auf den Blättern aller belasteten Grundstücke einzutragen, dieser Antrag aber versehentlich nur hinsichtlich eines Grundstücks erledigt wird. Ob in einem solchen Falle die Eintragung nur als unvollständig anzusehen und daher die spätere Ergänzung durch Eintragung der Veränderung auf den Blättern der anderen Grundstücke zulässig ist — Predari nimmt dies für den entsprechenden Fall an, daß einer Eintragung ein wesentliches Erfordernis, wie z. B. die Angabe des Berechtigten, fehlt (GBO. § 54 Anm. 13, s. a. du Chesne, RheinZ. **4** 196 ff.) — bedarf keiner Entscheidung. Denn ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

2. R. **13** Nr. 1379 (KG.). Ist eine Eintragung so wenig klar, daß sie auch bei Anwendung der dem Grundbuchrichter zur Verfügung stehenden Auslegungsmittel die Feststellung ausschließt, welchen Inhalt das eingetragene Recht hat, so liegt inhaltliche Unzulässigkeit vor.

3. R. **13** Nr. 3179 (Stuttgart). Wird gegen den Erwerber eines Grundstücks, noch bevor er als Eigentümer eingetragen ist, eine Verfügungsbeschränkung (Veräußerungsverbot auf Grund einstweiliger Verfügung) im Grundbuch eingetragen, so wird zwar das Grundbuch nicht unrichtig, aber die Eintragung ist ihrem Inhalte nach unzulässig.

4. R. **13** Nr. 3180 (Stuttgart). Der Eintrag eines relativen Veräußerungsverbots im Grundbuch ist seinem Inhalte nach unzulässig, wenn er die Person nicht ergibt, zu deren Gunsten das Verbot erging.

5. Güthe, GruchotsBeitr. **57** 1 ff. (43). Eine Vormerkung ist und zwar gleichviel, ob sie auf einer Bewilligung oder einer einstweiligen Verfügung beruht, dann inhaltlich unzulässig, wenn sie nicht mit dem gesetzlich gebotenen oder erlaubten Inhalt eingetragen ist. Dies trifft zu, wenn der Eintragungsvermerk keinen Vormerkungsberechtigten oder zwar einen Vormerkungsberechtigten, aber einen solchen angibt, der weder eine natürliche noch eine juristische Person ist. Ferner gehört der Fall hierher, daß der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nicht bezeichnet ist. Endlich kommt auch der Fall in Betracht, daß der gesicherte Anspruch zwar angegeben, aber nicht vormerkungsfähig, insbesondere auf Einräumung eines dinglichen Rechtes gerichtet ist, das im jetzt geltenden Rechte keine Anerkennung gefunden hat. Dies gilt z. B. für eine Vormerkung zur Sicherung schulden- und -lastenfreier Eigentumsabtretung, d. h. zur Sicherung der Verpflichtung zur Wegschaffung der vor der Vormerkung eingetragenen Rechte, für eine Vormerkung zur Sicherung des Rückgewähranspruchs aus § 7 AnfG., für eine Vormerkung zur Sicherung eines auf eine Geldzahlung lautenden Titels für eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs aus einem Pfändungsbeschlusse, für eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines dinglichen Wiederkaufsrechts außerhalb der Rechtsgebiete, für die das Landesgesetz ein solches Recht als dingliches zugelassen hat, — anders die Vormerkung zur Sicherung eines persönlichen Wiederkaufsrechts — und für die Vormerkung zur Sicherung eines durch die neue Gesetzgebung beseitigten Rechtes wie der Antichrese.

6. *Ricks, Die Grundbuchpraxis 223. Die Hypothekenbriefe müssen immer vorliegen. Auch wenn es sich um inhaltlich unzulässige Eintragungen handelt. KGJ. **42** A 178. Diese Entscheidung trifft nicht zu, weil die inhaltlich unzulässige Hypothek schon kraft Gesetzes nicht besteht und es für diese selbstverständliche Löschung nicht

mehr des § 62 GBO. bedurfte, sowie, weil die inhaltliche Unzulässigkeit als erkennbar gegen jeden Briefbesitzer wirkt.

II. Ergänzung einer Eintragung. OLG. 27 177 (KG.). Es sollte eine Hypothek für Hauptforderung und Kosten eingetragen werden. Diesem Antrag hat das Grundbuchamt aber nur unvollständig entsprochen. Die Beschwerde bezweckt die Ergänzung der Eintragung. Eine solche Ergänzung ist aber nicht zulässig (KGJ. 42 256). Die Annahme der Beschwerde, daß das LG. die Löschung der unvollständigen Eintragung und eine neue vollständige Eintragung hätte anordnen müssen, ist nicht zutreffend. Ohne Antrag kann die Eintragung nur gelöscht werden, wenn sie inhaltlich unzulässig ist (§ 54 GBO.). S. auch unten § 71 GBO. Ziff. I 3.

§ 55. PosMSchr. **13** 63 (KG.). Der nicht eingetragene Erwerber einer Hypothek kann nicht einen Vermerk in den Grundakten über seine Rechtsnachfolge und Bekanntmachungen gemäß § 55 GBO. oder Aufnahme in das Wohnungsblatt nach § 46 Abs. 4 Geschäftsordnung verlangen.

Dritter Abschnitt. Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldbrief.

§ 56. Leibfried, WürttZ. **13** 72. Zur Frage der Berichtigung eines othekenbriefs.

§ 58. SächsOLG. **33** 73 (Dresden). Bei gerichtlichen und notariellen Urkunden vertritt im Verkehre die Ausfertigung die Stelle der Urschrift, und mit Rücksicht hierauf ist mit dem Hypothekenbriefe, wenn die Schuldurkunde gerichtlich oder notariell aufgenommen worden ist, nicht die Urschrift, sondern eine Ausfertigung der Urkunde zu verbinden (vgl. Güthe [2] Anm. 6, Fuchs-Arnheim Anm. 4, Turnau-Förster [3] Anm. 1, Achilles-Strecker, Anm. 3 zu § 58 GBO.).

§ 61. KGJ. **43** 268 (KG.). Im Falle der Pfändung einer Teilbriefgrundschuld, die ein früherer Grundstückseigentümer erworben hat, ist der Antrag des Pfändungsgläubigers auf Herstellung und Aushändigung eines Teilbriefs auch dann, wenn das Pfandrecht noch nicht entstanden ist, begründet, wenn der Resthypothekengläubiger den Brief dem Grundbuchamte mit dem Bemerken überreicht, daß der Pfändungsgläubiger weitere Anträge stellen würde.

§ 65. SächsOLG. **33** 73 (Dresden). Die GBO. sieht im § 65 Abs. 2 selbst einen Fall vor, in welchem die mit dem Hypothekenbriefe verbundene Schuldurkunde abzutrennen und eine neue Schuldurkunde mit dem Briefe zu verbinden ist; dies nämlich dann, wenn bei der Ersetzung der Forderung, für welche die Hypothek besteht, durch eine andere Forderung nicht die Erteilung eines neuen Briefes beantragt wird (vgl. Güthe, Anm. 11 zu § 65 GBO. und die von ihm angeführte Literatur). Ebensowenig wie in einem solchen Falle kann auch sonst die Ersetzung der mit dem Hypothekenbriefe verbundenen Schuldurkunde durch eine andere Urkunde der Gültigkeit des Hypothekenbriefs Eintrag tun. Der Hypothekenbrief entnimmt seine Gültigkeit aus sich selbst; die mit ihm verbundene Schuldurkunde bildet, wie schon die Eigenschaft des § 58 Abs. 1 Satz 1 GBO. als Sollvorschrift ergibt, nicht einen wesentlichen Bestandteil des Briefes, insbesondere nicht dergestalt, daß ihre Ersetzung durch eine andere unzulässig wäre. Eine Verletzung des Hypothekenbriefs dabei, die allein Anlaß zu Zweifeln an der Gültigkeit des Briefes geben könnte, läßt sich unschwer dadurch vermeiden, daß zur Lösung der vorhandenen Verbindung die Schnur durchschnitten wird. Selbstverständlich ist es, daß die neue Urkunde wiederum durch Schnur und Siegel mit dem Briefe verbunden wird.

Vierter Abschnitt. Beschwerde.

§ 71. I. Zulässigkeit der Beschwerde. 1. KGJ. **44** 213, OLG. **26** 178 (KG.). Es ist möglich, daß die Ablehnung der Beurkundung aus Gründen

des Geschäftsbetriebs erfolgt, z. B. wegen Inanspruchnahme des Richters durch andere Dienstgeschäfte oder weil die beantragte Aufnahme des Aktes an einem Orte außerhalb der Gerichtsstelle nicht angemessen oder wegen ansteckender Krankheit eines Beteiligten mit einer Lebensgefahr für den Richter verbunden sei. Gegen eine so begründete Ablehnung findet nur die Dienstaufsichtsbeschwerde statt. Dies ist in der Literatur unstreitig, auch in der Begründung zu Art. 89 Nr. 1 b PrAGBGB. (Art. 87 Entw.) insofern anerkannt, als dort mit Bezug auf die durch den angeführten Art. aufgehobenen Vorschriften der §§ 203, 204 I. 12 PrALR. über die Verpflichtung des Gerichts zur Auf- oder Annahme des Testaments einer von einer ansteckenden Krankheit befallenen Person in deren Wohnung bemerkt ist, daß diese Vorschriften dienstrechtlichen Inhalts und deshalb an sich vom Reichsrechte nicht berührt seien. Es ist anderseits möglich, daß die Ablehnung der Beurkundung aus Gründen des materiellen oder des Verfahrensrechts erfolgt, insbesondere gemäß Art. 40 Abs. 2 PrFGG. deshalb, weil der Inhalt des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts gegen ein Strafgesetz verstoße, oder das Geschäft, z. B. als Scheingeschäft, offenbar ungültig sei. In solchem Falle liegt die Entscheidung in einer Rechtsangelegenheit vor, eine Verfügung im Sinne des § 19 FGG. oder, wenn es sich um eine Auflassung handelt, — jedenfalls in denjenigen Rechtsgebieten, in denen nach § 925 BGB. bei dem Fehlen einer abweichenden, durch den Vorbehalt in Art. 143 EGBGB. gedeckten landesgesetzlichen Vorschrift für die Beurkundung der Auflassung das Grundbuchamt ausschließlich zuständig ist, dieses also als solches über die Entgegennahme der Auflassung zu entscheiden hat — die Entscheidung in einer Grundbuchsache, eine Entscheidung des Grundbuchamts im Sinne des § 71 Abs. 1 GBO. Gegen eine derartige Entscheidung findet die Sachbeschwerde statt.

2. ElsLothJZ. **13** 602 (Colmar). Gegen die Zurückweisung eines Eintragungsantrags steht dem Antragsteller auch dann die Beschwerde zu, wenn auf einen erneuten Antrag hin die zuerst zurückgewiesene Eintragung schon erfolgt ist. Eine Gesetzesverletzung kann vorliegen, wenn ein Antrag abgewiesen wurde, während es angezeigt gewesen wäre, dem Antragsteller zunächst durch Zwischenverfügung eine Frist zur Hebung von Eintragungshindernissen zu bestimmen. Dies ist aber nicht der Fall, wenn entweder eine Änderung des Eintragungsantrags nötig wird, oder die Hindernisse sich nicht in kurzer Zeit beheben lassen. Ob letzteres zutrifft, ist im wesentlichen Sache tatsächlicher Beurteilung und der Nachprüfung durch das Gericht der weiteren Beschwerde im allgemeinen entzogen. Nur insoweit ist diese Nachprüfung vorzunehmen, als sie zur Prüfung der Frage erforderlich ist, ob der Antrag von den Vorinstanzen unrichtig behandelt wurde und ob deshalb eine Niederschlagung von Gebühren nach § 16 GKG. einzutreten hat.

3. ElsLothJZ. **13** 106 (Colmar). Durch die Unvollständigkeit der Eintragungen wird das Grundbuch nicht unrichtig. Die Belastung für die hier fraglichen Nebenleistungen ist mangels Eintragung zufolge § 873 BGB. überhaupt noch nicht zur Entstehung gelangt. . . . . Die Ergänzung unvollständiger Eintragungen kann daher nicht durch Beschwerde erreicht werden. S. auch § 54 GBO. Ziff. II.

4. **a)** R. **13** Nr. 2484 (KG.). Auch wegen der Kosten allein kann Beschwerde erhoben werden. **b)** HessRspr. **14** 124 (Darmstadt). Die Beschwerde ist auch wegen der Kosten zulässig. Die Vorschrift des § 99 ZPO. ist eine Sonderbestimmung, die für das Gebiet der GBO. nicht gilt. **c)** ElsLothNotZ. **13** 288 (Colmar). Beschwerde und weitere Beschwerde gegen die Abweisung eines Eintragungsantrags durch das Grundbuchamt kann wegen des Kostenpunkts noch erhoben werden, nachdem die Eintragung auf Grund neuen Antrags erfolgt ist.

5. HessRspr. **13** 345 (Mainz). Gegen die Zurückweisung eines Eintragungsantrags ist Beschwerde mit der Begründung zulässig, daß eine Zwischenverfügung zu erlassen gewesen wäre.

II. Beschwerdeberechtigung. 1. Josef, ElsLothJZ. **13** 541 (552). In Grundbuchsachen steht die Beschwerde jedem zu, dem die Verfügung zum Nachteile, zur Beschwernis gereicht, der an ihrer Beseitigung ein Interesse hat. Folglich steht, wenn das Testament mit der Erbeinsetzung zugleich eine Vermächtnisanordnung enthält, das Grundbuchamt aber die Eintragung des Eigentums des Erben ablehnt, weil das Testament formungültig sei, die Beschwerde hiergegen auch dem Vermächtnisnehmer zu. Denn ihm gereicht jene Verfügung zur Beschwernis, weil ihre Begründung mit der Formungültigkeit des Testaments mittelbar zugleich die Unwirksamkeit des Vermächtnisses behauptet.

2. Josef, SeuffBl. **13** 361 (365). Der Behörde, der die Aufsicht über die Vermögensverwaltung einer juristischen Person zusteht, gereicht es zur Beschwernis, wenn im Grundbuche des jener gehörigen Grundstücks eine unrichtige Eintragung bewirkt ist; die Aufsichtsbehörde hat ein Interesse an deren Beseitigung und folglich das Beschwerderecht nach Maßgabe des § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO. Gegen KGJ. **42** 184.

3. BayObLG. **14** 258, ZBlFG. **14** 223 (BayObLG.). Das Vollstreckungsgericht ist zur Einlegung der Beschwerde und weiteren Beschwerde berechtigt, wenn sein auf Grund des § 130 ZVG. gestelltes Eintragungsersuchen vom Grundbuchamt abgelehnt worden ist.

4. ZBlFG. **14** 226 (Dresden). Der Notar ist nicht befugt im eigenen Namen Beschwerde zu erheben. Nach § 15 GBO. gilt der Notar, der die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt hat, als ermächtigt, im Namen eines Antragsberechtigten die Eintragung zu beantragen. Zugleich ist ihm deshalb die Befugnis zuzusprechen, im Falle der Abweisung des Antrags für die Beteiligten Beschwerde und gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts weitere Beschwerde einzulegen. Dagegen steht ihm das Recht nicht zu, für seine Person Beschwerde zu erheben.

5. Josef, SeuffBl. **13** 361. Ist der Antrag des Eigentümers, eine Eintragung als gegenstandslos geworden (wegen eingetretener Unrichtigkeit des Grundbuchs) zu löschen, zurückgewiesen und hat er demnächst das Grundstück veräußert, so steht ihm, wenn er, wie zu vermuten, dem Erwerber gegenüber zur Herbeiführung der Löschung verpflichtet ist, auch nach der Veräußerung gegen die Zurückweisung die Beschwerde zu. Denn die zurückweisende Verfügung ist für das Verhältnis des Erwerbers zum Veräußerer bindend; dieser hat also ein Interesse an der Beseitigung der Verfügung und hiermit das Beschwerderecht (365).

6. ElsLothNotZ. **13** 20 (Colmar). Dem Grundbuchanlegungsrichter steht wegen Verletzungen des öffentlichen Rechtes ein Beschwerderecht zu, nicht aber wegen solcher des bürgerlichen Rechtes.

7. RJA. **12** 152, KGJ. **44** 353 (Darmstadt). Das großherzoglich hessische Kreisamt ist berechtigt, Beschwerde einzulegen gegen eine Verfügung des Grundbuchamts, daß ein Grundstückserwerb trotz Verletzung der Vorschriften über den gewerbsmäßigen Handel mit ländlichen Grundstücken in das Grundbuch eingetragen sei.

III. Der Beschwerdeantrag. du Chesne, ThürBl. **60** 1. (5): Es ist festzustellen, daß der dem Abhilfeverlangen (Beschwerdeeinlegung) etwa noch hinzugefügte besondere Antrag das Beschwerdegericht nur dann angeht und bindet, wenn er Erläuterung, Beschränkung oder Erweiterung, überhaupt Abänderung des bloßen Abhilfeverlangens bedeutet. Hierin liegen aber nicht etwa zwei einander unter Umständen widersprechende Anträge. Vielmehr ist das, was bisher als Abhilfeverlangen bezeichnet wurde, nur das aus der rechtlichen

Natur der Beschwerde und der Sachlage der vorinstanzlichen Entscheidung durch Auslegung zu findende Ziel des Beschwerdeverlangens, das demnach im Zweifel als dem Willen des Beschwerdeführers entsprechend anzusehen ist, während der sog. Beschwerdeantrag die ausdrückliche, die Auslegung überflüssig machende und an ihre Stelle tretende Erklärung des Willens des Beschwerdeführers ist. Derjenige „Beschwerdeantrag" aber, d. i. derjenige Ausdruck des Willens des Beschwerdeführers, der über eine Erläuterung oder Abänderung des Auslegungsergebnisses hinsichtlich des Abhilfeverlangens hinausgeht, ist überhaupt nicht Beschwerdeantrag, sondern im Zweifel nur irregegangener selbständiger, für das Grundbuchamt bestimmter Antrag. S. die Erl. zu § 74 GBO.

IV. Beschwerde gegen eine Eintragung. 1. PosMSchr. **13** 151 (KG.). Wie das KG. in ständiger Rechtsprechung ausgeführt hat (vgl. die Nachweisungen bei Güthe, GBO. [2] § 71 Anm. 8), ist die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines auf den Nachweis der Unrichtigkeit gestützten Berichtigungsantrags unzulässig, soweit die Unrichtigkeit auf einer von vornherein unrichtigen Eintragung beruht, da sich die Beschwerde hier in Wahrheit nicht oder wenigstens nicht nur gegen die Zurückweisung des Berichtigungsantrags, sondern gegen die Vornahme der Eintragung, also gegen die erste Eintragung des Grundbuchamts richtet, mithin der Tatbestand des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO. vorliegt. Andererseits hat das KG. im Beschl. vom 31. Januar 1910 (KGJ. **39** A 282) die Beschwerde zugelassen, wenn der Berichtigungsantrag nicht auf den Nachweis der Unrichtigkeit, sondern auf die Bewilligung des Betroffenen gestützt war.

2. ElsLothJZ. **13** 610 (Colmar). Die zunächst von Amts wegen zu prüfende Frage, ob im Hinblick auf § 71 Abs. 2 GBO. die Beschwerde gegen den die Berichtigung ablehnenden, also die Eintragung vom Jahre 1902 aufrechterhaltenden Beschluß des Grundbuchamts überhaupt zulässig war (vgl. zu der Streitfrage Güthe [3] zu § 71 Note 7 u. 8; **RG. 55** 404; KGJ. **39** A 283), ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht zu bejahen, da im vorliegenden Falle es sich um zeitweilige Zurückweisung eines Berichtigungsantrags handelt, der nicht etwa darauf gestützt wird, daß der Nachweis der ursprünglichen Unrichtigkeit der zu berichtigenden Eintragungen erbracht sei, sondern darauf, daß trotz der Berichtigungsbewilligung sämtlicher Betroffener dem Antrage nicht entsprochen sei.

3. PosMSchr. **13** 62 (KG.). Die Rüge einer falschen Schreibweise des Namens einer in das Grundbuch als berechtigt eingetragenen Person, deren Identität, wie das Grundbuchamt in der angefochtenen Verfügung festgestellt hat, zweifellos ist, berührt den materiellen Inhalt der unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs stehenden Eintragung nicht. Der § 71 Abs. 2 Satz 1 ist deshalb unanwendbar, die über die Rüge vom Grundbuchamte getroffene Entscheidung unterliegt vielmehr nach der Regel des § 71 Abs. 1 GBO. der Anfechtung.

V. Wirkung der Beschwerde. ElsLothNotZ. **13** 12 (Colmar). Durch Einlegung einer Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung wird das Grundbuchamt nicht gehindert, über den Antrag selbst zu erkennen.

VI. Verzicht auf die Beschwerde. Josef, SeuffBl. **13** 354 ff. und 401 ff. (409): Die GBO. und das FGG. haben zwar keine ausdrückliche Vorschrift, daß ein Verzicht auf die Beschwerde zulässig sei. Wie dieser Verzicht aber in der streitigen Gerichtsbarkeit, obwohl die ZPO. keine ausdrückliche Vorschrift hierüber hat, dennoch zulässig ist, so ist er auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich in Grundbuchsachen, zulässig. Denn das Wesen dieser Rechtsangelegenheiten steht der Zulässigkeit eines Beschwerdeverzichts nicht entgegen und seine Zulässigkeit erscheint behufs gesicherter Erledigung der Angelegenheiten auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit geboten. Dieser Verzicht ist ganz wie der Verzicht auf ein Beweismittel, oder wie die Beschwerdeeinlegung eine pro-

zessuale Maßregel, eine bloße Verfahrenshandlung, die folglich keiner Annahme seitens des Gegenbeteiligten bedarf und daher rechtswirksam ist, wenn sie gegenüber dem Gericht abgegeben wird, bei dem die Rechtsangelegenheit anhängig ist, also beim Amtsgerichte (GBA.). Dem Beschwerdegerichte gegenüber kann diese Erklärung nicht abgegeben werden, weil ein Beschwerdegericht erst besteht, wenn Beschwerde bereits eingelegt ist, während die Verzichtserklärung begrifflich vor Einlegung der Beschwerde abgegeben wird und nach diesem Zeitpunkte nur noch eine Rücknahme der eingelegten Beschwerde in Frage kommt. Die Verzichtserklärung kann schon abgegeben werden in dem Zeitpunkte, wo die schriftlich abgesetzte Verfügung der Gerichtsschreiberei zur Ausführung übergeben ist. Ein vertragsmäßiger Verzicht des Beschwerdeberechtigten ist rechtswirksam und die dem zuwider erhobene Beschwerde unzulässig. Denn Voraussetzung des Einschreitens des Beschwerdegerichts ist ein Antrag, d. h. die Beschwerdeerklärung; diesen Antrag kann der Beschwerdeberechtigte zulässigerweise aber nicht stellen, wenn er vertragsmäßig auf die Beschwerde verzichtet hat. Das Abkommen über den Ausschluß des Rechtsmittels kann rechtswirksam auch schon in dem Zeitpunkte getroffen werden, wo die Verfügung noch nicht beantragt war. Das Beschwerdegericht hat durch Beweisaufnahme zu ermitteln, ob der vom Gegner des Beschwerdeführers behauptete Verzicht vorliegt. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts hat aber nur grundbuchrechtliche Bedeutung, weil sie nur über den Eintragungsantrag ergeht. Folglich kann, wenn das Beschwerdegericht das Vorliegen des Verzichts verneint und der Beschwerde stattgibt und der Beschwerdeführer hieraus Rechte herleitet, der Gegner geltend machen, daß nach dem materiellen, unter den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse die Beschwerde gegenstandslos gewesen sei.

VII. Rücknahme der Beschwerde. Josef, SeuffBl. **13** 354 ff. und 401 ff. (409): Die Rücknahme der Beschwerde ist nur das Gegenteil ihrer Einlegung; sie hat folglich nur die Wiederaufhebung der Geltendmachung des Beschwerderechts, nicht aber die Aufhebung des Beschwerderechts selbst (also nicht den Verzicht auf dieses) zur Folge. Die zurückgenommene Beschwerde kann also von neuem eingelegt werden. Die beschwerdegerichtliche Entscheidung wird erst durch die Bekanntmachung wirksam, d. h. geeignet, die ihr innewohnenden Wirkungen herbeizuführen. Erst durch die Bekanntmachung tritt die beschwerdegerichtliche Entscheidung also an die Stelle der angefochtenen Verfügung, und erst mit diesem Zeitpunkt erlischt folglich das Recht des Beschwerdeführers zur Rücknahme des Antrags (Beschwerdeverlangens).

§ 73. KGJ. **43** 1 (KG.). In Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann die Einlegung der Beschwerde zum Protokolle des Richters erster Instanz, wenn das Protokoll vom Beschwerdeführer unterschrieben ist, als Einreichung einer Beschwerdeschrift angesehen und daher für formgerecht erachtet werden.

§ 74. 1. Josef, PosMSchr. **13** 55. (58): Ist Voraussetzung einer Verfügung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Antrag und hat das Gericht diesem stattgegeben, hält aber der Antragsteller die so zu seinen Gunsten ergangene Verfügung für unrichtig, so kann er sie nicht durch Beschwerde anfechten. Denn das Rechtsmittelverfahren ist ein bloßer Abschnitt des vom AG. eingeleiteten Verfahrens; dieses Verfahren hatte den Zweck, den Antrag zu bescheiden, und dieser Zweck ist für den Antragsteller erreicht durch den seinem Antrage gemäß ergehenden Bescheid. Neue Anträge kann er wieder nur beim AG. stellen, folglich kann er nicht die Abänderung des gestellten Antrags durch Beschreitung der Beschwerdeinstanz erreichen. Wo dagegen die gerichtliche Verfügung von Amts wegen erfolgen muß, ist ein etwa auf deren Erlassung gerichteter Antrag nur eine Anregung des Gerichts zum Vorgehen von Amts wegen und bedeutungslos, nachdem das Gericht der Anregung Folge geleistet hat.

Der Antragsteller hat hier dieselbe Rechtsstellung wie jeder sonstige sachlich Interessierte, und seinem Beschwerderechte steht daher der Umstand nicht entgegen, daß er selbst früher die jetzt angefochtene Verfügung für richtig und rätlich erachtet hat.

2. R. **13** Nr. 3061 (BayObLG.). Ein neuer Antrag kann mittels weiterer Beschwerde nicht gestellt werden.

§ 77. 1. KGJ. **43** 243 (KG.). Über eine von dem LG. dem Grundbuchamte zur Entscheidung vorgelegte Beschwerde muß, wenn diese einen einheitlichen Antrag enthält, das Grundbuchamt eine vollständige oder gar keine Entscheidung treffen.

2. KGJ. **44** 4 (KG.). Das LG. ist als Beschwerdegericht nur mit der Nachprüfung des angefochtenen Beschlusses des AG. befaßt; er allein ist Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Das LG. darf nicht darüber hinaus Anordnungen treffen, die Sache des Gerichts erster Instanz sind.

§ 78. 1. KGJ. **43** 141, ZBlFG. **13** 633 (KG.). Ist gegen den eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts bestätigenden Beschluß des LG. weitere Beschwerde eingelegt, so wird, falls die weitere Beschwerde begründet ist, die Aufhebung der Vorentscheidungen grundsätzlich nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Grundbuchamt nach Erlaß des landgerichtlichen Beschlusses den Antrag endgültig zurückgewiesen hat; die Folge der Aufhebung der Vorentscheidungen ist die Anweisung an das Grundbuchamt, den Zurückweisungsbeschluß von Amts wegen aufzuheben. Dieser Grundsatz gilt nicht, wenn gegen den Beschluß, durch den das LG. die Zwischenverfügung des Grundbuchamts wegen zweier von diesem angenommener Eintragungshindernisse bestätigt hat, nur mit Bezug auf den einen Beanstandungsgrund weitere Beschwerde eingelegt ist.

2. BayObLG. **13** 727, ZBlFG. **13** 700 (BayObLG.). Die weitere Beschwerde in Grundbuchsachen bedarf keiner Begründung, das darüber entscheidende Gericht hat vielmehr, auch ohne daß der Beschwerdeführer die Beschwerde begründet, von Amts wegen zu prüfen, ob die Entscheidung nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht.

3. Josef, SächsRpflA. **13** 481. (488): Während nach den §§ 384, 385 StPO. der Beschwerdeführer zu Protokoll des Gerichtsschreibers Revisionsanträge zu stellen und sie nach je ihrem Gegenstande zu begründen hat, bedarf die weitere Beschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die nach § 29 Abs. 4 mit § 21 Abs. 2 gleichfalls zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden kann, keiner Anträge noch einer Begründung. Daraus ist als Absicht des Gesetzes zu schließen, daß die Form, in der der Gerichtsschreiber die Protokollierung der ihm etwa mitgeteilten Gründe bewirkt, gleichgültig ist. Es genügt also, daß er ein ihm vom Beschwerdeführer überreichtes Schriftstück, das die Einlegung des Rechtsmittels und die Begründung enthält, mit der bei Protokollen üblichen Einigungs- und Schlußformel versieht oder wegen der Gründe auf ein beigefügtes Schriftstück verweist oder sie durch wörtliches Abschreiben oder auf Diktat, danach ohne eigene Prüfung bewirkt. Denn wenn trotz gänzlichen Fehlens der Gründe das Rechtsmittel wirksam eingelegt ist, so kann die Form der etwa vorhandenen Begründung niemals eine Unwirksamkeit des Rechtsmittels zur Folge haben. Wenn dagegen der Beteiligte eine von ihm verfaßte Erklärung über die Einlegung der weiteren Beschwerde dem Gerichtsschreiber überreicht und das von diesem aufgenommene Protokoll nur die Einreichung des beigefügten Schriftstücks erwähnt, so ist die weitere Beschwerde nicht „durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers" eingelegt, sondern das Protokoll enthält nur ein Zeugnis darüber, daß der Beteiligte die Anlage überreicht hat; diese Anlage enthält dann nur die privatschriftliche, danach unwirksame Erklärung über Einlegung der weiteren Beschwerde. Wenn nach ordnungsmäßiger Einlegung der weiteren Beschwerde noch weitere schriftliche Erklärungen des Beteiligten von diesen

für nötig gehalten oder vom Gerichte verlangt werden, so ist für diese Erklärungen, die für die Einlegung der weiteren Beschwerde vorgeschriebene Form nicht erforderlich; sie bedürfen also nicht der Unterzeichnung durch einen Rechtsanwalt oder der Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers. Denn nur die Erklärung des Willens, Beschwerde einzulegen, ist an eine Form geknüpft. Der § 549 ZPO., wonach die Revision nicht gestützt werden kann auf Verletzung ausländischen Rechtes, ist im § 27 FGG. nicht als auf die weitere Beschwerde anwendbar aufgeführt, wohl aber der § 550, wonach die Revision gestützt werden kann auf Verletzung jeder Rechtsnorm. Zu den Rechtsnormen gehören aber auch die Vorschriften des ausländischen Rechtes; daher kann die weitere Beschwerde auch gestützt werden auf Verletzung ausländischen Rechtes, obwohl dessen Klärung und Weiterentwickelung an sich den deutschen Gerichten nicht obliegt. Die Vorlegungspflicht aus § 28 Abs. 2 FGG. ist bei der Anwendung des ausländischen Rechtes nicht vorgeschrieben, weil der Gesetzgeber die Einheitlichkeit der Anwendung des ausländischen Rechtes nicht für so erheblich hielt, um jene Pflicht zu begründen.

4. PosMSchr. **13** 63 (KG.). Die weitere Beschwerde ist unzulässig, wenn sie einen in den Vorinstanzen nicht gestellten neuen Antrag verfolgt.

5. ElsLothJZ. **38** 40 (Colmar). Die weitere Beschwerde in Grundbuchsachen läßt sich nicht darauf gründen, daß in dieser Instanz der Antragsteller die in den Vorinstanzen versäumte Bezugnahme auf den in den Nachlaßakten vorhandenen Beweis seiner Erbeigenschaft nachholt.

6. KGJ. **44** 88 (KG.). Wenn in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegen die Entscheidung des AG. die Sachbeschwerde zulässig ist, wird die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde nicht dadurch ausgeschlossen, daß das LG. seine die Beschwerde zurückweisende Entscheidung außer auf sachliche Gründe auch auf Bedenken stützt, die dem Gebiete der Justizverwaltung entnommen sind und daher im Wege der Dienstaufsichtsbeschwerde auszutragen sein würden.

7. Josef, PosMSchr. **13** 28 (30). Der § 18 FGG. bezweckt, dem Gerichte, das mit der fortlaufenden und fortdauernden Bearbeitung einer Angelegenheit betraut ist, zu ermöglichen, jede nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen und demgemäß die erlassene Verfügung zu ändern. Diese Erwägung kommt nur in Betracht für das Gericht erster Instanz, nicht für das Beschwerdegericht, dessen Tätigkeit vielmehr darin besteht, die Beschwerdeentscheidung behufs endgültiger Regelung einer streitigen Sachlage zu erfassen und dessen Verrichtung hiermit beendigt ist. Insbesondere kann das Gericht der weiteren Beschwerde nicht die von ihm auf dieses hin erlassene Entscheidung ändern. Eine solche Änderung ist auch durch das Interesse der Beteiligten nicht geboten, da es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine formelle Rechtskraft der Verfügung nicht gibt, die Beteiligten also durch Stellung neuer Anträge beim AG. von diesem eine neue Entscheidung verlangen können und ihnen gegen die Ablehnung ihres Antrags die Beschwerde und die weitere Beschwerde zusteht. Bei der Entscheidung über diese im neuen Verfahren eingelegte weitere Beschwerde ist das OLG. an die Rechtsauffassung seiner früheren Entscheidung nicht gebunden, ebensowenig, wenn es eine Sache in die Instanz zurückverwiesen hat und gegen die in diesem neuen Verfahren ergehende neue Entscheidung des Beschwerdegerichts wiederum weitere Beschwerde eingelegt wird. Denn die frühere Entscheidung des OLG. ist in die neue jetzt angefochtene Entscheidung aufgenommen und hat dadurch ihre rechtliche Bedeutung verloren. Das OLG. hat im neuen Verfahren eine selbständige Entscheidung zu treffen, ändert also nicht seine auf die weitere Beschwerde des früheren Verfahrens ergangene Entscheidung, sondern nur seine frühere Rechtsansicht.

§ 79. KGJ. **43** 275 (Darmstadt). Im Großherzogtume Hessen ist die Rentkammer eines Standesherrn keine Behörde. Die von einer solchen ausgehende weitere Beschwerde muß deshalb von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

§ 80. SeuffBl. **13** 39 (BayObLG.). Zwar enthält die Beschwerdeschrift keine Begründung und keinen Antrag. Dieser Mangel ist aber unschädlich, da das über die weitere Beschwerde entscheidende Gericht von Amts wegen zu prüfen hat, ob nicht die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Es braucht deshalb nicht einmal angegeben zu werden, welche Rechtsnorm der Beschwerdeführer für verletzt hält.

Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 91. 1. Wagner, DJZ. **13** 528. Es kommt häufig vor, daß Grundstücke, die noch nicht gebucht sind, nach 1900 erworben werden und das Grundbuchamt erst davon erfährt, wenn der Besitzer, um über das Grundstück durch Auflassung oder Belastung verfügen zu kennen, gemäß § 40 GBO. seine Eintragung begehrt. Da er nicht glaubhaft machen kann, daß er bereits vor dem 1. Januar 1900 Eigenbesitz hatte, und sich daher bereits in seiner Person der Eigentumserwerb außerhalb des Grundbuchs vollendet hatte, ist, wie das KG. (KGJ. **29** A 119) ausführt, seine Eintragung nicht möglich. Andererseits stößt das Verlangen des KG., es solle sich zunächst der Vorbesitzer eintragen lassen, auf Schwierigkeiten. Denn der Einzutragende muß nach Art. 20 KV. noch zur Zeit der Eintragung Eigenbesitz haben. Über diese Schwierigkeit hilft nur die Konstruktion hinweg, daß der Vorbesitzer noch jetzt Eigenbesitz (§ 872 BGB.) hat, indem der jetzige Besitzer auf Grund eines leiheähnlichen Verhältnisses als Besitzmittler für ihn den Besitz ausübt.

2. KGJ. **43** 122 (KG.). Die Ausbuchung eines Grundstücks kann nur durch Abschreibung erfolgen. Hat sich die Zurückführung des Grundbuchs auf das Kataster versehentlich nur auf einen Teil des Grundstücksbestandes bezogen, so ist der Restbestand daher auch dann als noch gebucht anzusehen, wenn die Angaben des den bisherigen Bestand enthaltenen alten Titelblatts rot unterstrichen sind und ein neues Titelblatt eingefügt ist. Der Fall der Anlandung ist grundbuchrechtlich ebenso zu behandeln wie der Fall, daß eine Parzelle größer ist als im Grundbuch angegeben. Es kommt demnach lediglich eine Berichtigung der Bestandsangaben, nicht die Neuanlegung eines Grundbuchblatts in Frage.

3. OLG. **26** 189 (KG.). Wenn mit dem Vermerke „nebst darauf haftender Gastwirtsgerechtigkeit" das Bestehen einer mit dem Grundstücke verbundenen Gerechtigkeit hätte ausgedrückt werden sollen, so hätte bei der Einfügung des Einlegebogens die Gerechtigkeit in das Verzeichnis der mit dem Eigentume verbundenen Rechte aufgenommen werden müssen. Die Unterlassung bedeutet keine Löschung der Gerechtigkeit, sondern eine Unvollständigkeit der Übertragung, die jederzeit von Amts wegen beseitigt werden kann (KG. in BreslauAZ. **06** 910; BreslauRspr. **11** 10).

4. KGJ. **43** 117 (KG.). Ein im Grundbuch auf dem alten Titelblatte verzeichnetes Recht gelangt nicht dadurch zur Löschung, daß es bei Anlegung eines neuen Titelblatts auf dieses oder bei Anlegung eines Bestandsverzeichnisses auf das Verzeichnis der mit dem Eigentume verbundenen Rechte nicht mitübertragen wird Die Übertragung ist vielmehr jederzeit von Amts wegen nachzuholen.

Konkursordnung.

(1912 und 1913.)

Literatur: Becher, Gesetzwidrige Beschlüsse des Gläubigerausschusses und Aufsicht des Konkursgerichts, LeipzZ. 14 266 ff. — Becker, Die Wirkung des Zwangsvergleichs auf Schadens- und Bereicherungsansprüche aus der vorläufigen Vollstreckung, R. 13 713. — Bendix, Zur Auslegung der §§ 43, 46 KO., LeipzZ. 12 213 ff. — Derselbe, Das Verhältnis des § 55 Nr. 1 zu § 17 KO., ABürgR. 38 93 ff. — Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte. Berlin 1912. — Deumer, Ist der Konkursverwalter zur Verfolgung von Rückgriffsrechten ermächtigt, die den Gesellschaftsgläubigern selbständig den Gesellschaftsorganen gegenüber zustehen? SächsRpflA. 12 461 ff. — Ebbecke, Die Eigentümerhypothek, R. 12 463 ff. — Freudenthal, Konkursrechtliche Streitfragen, R. 12 282 f. — Fürst, Zur Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Generalversammlungen bei Aktiengesellschaften, LeipzZ. 12 513 ff. — Gareis, Zwangsvergleich zur Konkursabwendung, LeipzZ. 12 644 ff. — Hansen, Die Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Leistung des Offenbarungseids, BuschsZ. 43 495 ff. — Jäger, Kommentar zur KO. (3. u. 4. Aufl.). Fünfte Lieferung bis Schluß. Berlin 1913. — Derselbe, Aus der Praxis des Konkursrechts, LeipzZ. 12 286 ff. — Derselbe, Die Pfändung anfechtbar veräußerter Gegenstände, LeipzZ. 13 23 ff. — Derselbe, Sondervollstreckung im Auslande während des Inlandkonkurses, LeipzZ. 13 257 ff. — Derselbe, Vorstand und Aufsichtsrat im Konkurse der Aktiengesellschaft, LeipzZ. 13 355 ff. — Josef, Konkurs eines Mitmieters, LeipzZ. 13 128 ff. — Kieferauer, Das Recht des Kontokorrents. Würzburger Preisarbeit 1912. — Kirchmann, Die Lebensversicherung im Konkurse des Versicherungsnehmers, LeipzZ. 12 614. — Derselbe, Einiges aus der Praxis der Lebensversicherungsgesellschaften im Konkursfalle des Versicherungsnehmers, LeipzZ. 13 131 ff. — Kleinfeller, Zwei Streitfragen zu § 146 KO., R. 12 33 ff. — Kretzschmar, Umfang der Pfändungsbeschränkungen im Nachlaßkonkurs und bei der Herausgabe des Nachlasses an die Nachlaßgläubiger, LeipzZ. 14 363 ff. — List, Konkursrechtliche Streitfragen, GoldschmidtsZ. 72 104 ff. — Meikel, Einfluß des Güterstandes auf die Passivlegitimation bei Anfechtungsprozessen, R. 13 158 ff. — Mendelssohn-Bartholdy, Inländisches Vermögen im ausländischen Konkurse, GoldschmidtsZ. 73 45 ff. — Merckens, Ausfallsicherheiten im Bankverkehre, LeipzZ. 12 801 ff. — Meuret, Der Einfluß des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs auf das Absonderungsrecht des § 157 VVG., LeipzZ. 12 59 ff. — Moser, Die Fortsetzung einer durch die Eröffnung des Konkurses aufgelösten Genossenschaft nach der Beendigung des Konkursverfahrens, LeipzZ. 13 55 ff. — Pakuscher, Darf der Konkursverwalter die vom Gemeinschuldner bereits vor der Konkurseröffnung geleisteten Anzahlungen zur Masse einfordern, wenn er die weitere Erfüllung des Vertrags ablehnt? JW. 13 723 ff. — Potnka, Die Rechtsstellung des Konkursverwalters im allgemeinen und insbesondere den Absonderungsgläubigern gegenüber, GoldschmidtsZ. 70 490 ff., 71 121 ff. — Richter, Tod des Gemeinschuldners im Zwangsvergleichsverfahren, LeipzZ. 12 439 ff. — Ricks, Anfechtung von rechtswirksamen Hypotheken im Konkurse, DNotV. 13 729 ff. — Schneider, Konkurs- und Haftpflichtversicherung, LeipzZ. 12 26 ff. — Sieburg, Beweislastfragen beim Aussonderungsrechte der Ehefrau, JW. 13 1087. — Stepp, Kann sich ein Konkursgläubiger bindend verpflichten, einem Zwangsvergleichsvorschlage zuzustimmen? R. 13 165. — Sternberg, Der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im Konkurse des Verkäufers, JW. 13 851. — Strecker, Kann sich ein Konkursgläubiger bindend verpflichten, einem Zwangsvergleichsvorschlage zuzustimmen? R. 13 4 ff. — Thein, Die Masseschulden nach der Reichskonkursordnung. Leipzig 1913. — Voß, Die Löschungspflicht aus § 1179 BGB. im Konkurse des Eigentümers, LeipzZ. 12 277 ff., 354 ff. — Wackenthaler, Die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs. Leipzig 1913. — Walsmann, Der Verzicht auf die Eigentümerhypothek und seine Wirkung im Konkurse, ABürgR. 39 14 ff. — Wernecke, Anfechtungsrecht und Widerspruchsklage, LeipzZ. 12 816 ff. — Wulff, Die Legitimation des Konkursverwalters bei Anfechtungsklagen nach § 272 HGB., LeipzZ. 13 177 ff.

Erstes Buch. Konkursrecht.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

§ 1. Bestandteile der Masse. 1. Im allgemeinen. *Mendelssohn-Bartholdy, GoldschmidtsZ. 73 45 ff. Zur Konkursmasse gehört grundsätzlich, nach deutschem wie nach englischem und englisch-kolonialem

Rechte, das gesamte Vermögen ohne Rücksicht auf seine Lage im Inland oder Ausland. Der Grundsatz leidet Ausnahmen, wenn im Staate der res sita ebenfalls der Konkurs eröffnet ist oder von einzelnen Gläubigern die Vollstreckung in die Sache betrieben wird. Die Zugehörigkeit zur Konkursmasse wird nicht durch die Zulässigkeit solcher Einzelvollstreckung, sondern nur durch ihre wirkliche Durchführung ausgeschlossen.

2. Im einzelnen. a) Miet- und Pachtrechte. LeipzZ. **13** 794 (Celle). Miet- und Pachtrechte des Gemeinschuldners fallen, wie sich insbesondere aus §§ 19 ff. KO. ergibt, in die Konkursmasse (Jäger § 19 Anm. 1). Was von den Pachrechten im allgemeinen, gilt auch vom Jagdpachtrecht im besonderen (Jäger § 19 Anm. 3). Der Konkursverwalter hat daher das Recht, über den Gegenstand des Pachtrechts zu verfügen und z. B. einen Afterpachtvertrag darüber zu schließen. **b)** Versicherungsansprüche. α. *Kirchmann, LeipzZ. **12** 614. Die Rechte aus einer Lebensversicherung gehören im vollen Umfange zur Konkursmasse. Ein höchstpersönliches Recht des Versicherungsnehmers auf Kündigung der Lebensversicherung kann ebensowenig anerkannt werden wie ein höchstpersönliches Recht des Widerrufs eines etwa begünstigten Dritten. Hat der Konkursverwalter aber eine etwaige Begünstigung nicht widerrufen und tritt der Versicherungsfall ein, so fällt die Versicherungssumme nicht in die Konkursmasse (originärer Rechtserwerb des Begünstigten; analoge Ausdehnung des § 331 BGB.: Eintritt des Todes — Eintritt des Versicherungsfalls). →Nachträglich wird dem Verfasser noch eine Entscheidung des OLG. Celle vom 22. März 1912 bekannt, die sich für die Höchstpersönlichkeit des Kündigungsrechts ausspricht. Allein auch diese Entscheidung verfällt in den Fehler, daß sie wohl die Höchstpersönlichkeit behauptet, einen Beweis oder eine Begründung dieser Behauptung aber vermissen läßt; ganz abgesehen davon, daß das Gericht eine Erörterung, wie sich die Frage der Höchstpersönlichkeit des Kündigungsrechts im Konkursfalle stellt, absichtlich unterläßt, vielmehr diese Frage nur unter dem Gesichtspunkte des Vorliegens einer Pfändung des Versicherungsanspruchs behandelt.← β. **RG.** R. **12** Nr. 1949. War der Versicherungsvertrag nicht zugunsten einer dritten Person abgeschlossen worden, so konnte Inhaber des der Versicherungsgesellschaft gegenüber begründeten und zunächst bedingten Forderungsrechts nur der Versicherungsnehmer sein, und mußte das mit dessen Tode als Wesensbestandteil der Forderung zur Entwicklung gelangte Recht auf den Bezug der Versicherungssumme einen Bestandteil seines Nachlasses bilden. Den Erben fiel dann das Bezugsrecht nicht unmittelbar aus dem Versicherungsvertrage, sondern als ein Teil des Nachlasses mit und aus diesem zu. **c)** Eigentümergrundschuld. *Walsmann, ABürgR. **39** 69 ff. Der Prozeßverzicht auf die Eigentümerhypothek hat gegenüber der Konkursmasse nur dann Wirkung, wenn der Eigentümer die Eigentümerhypothek hat löschen lassen, oder wenn seine Verpflichtung durch Vormerkung dinglich gesichert ist. **d)** Dienstbarkeit. α. Josef, LeipzZ. **13** 458. Ist dem Berechtigten die beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu Zwecken des gewerblichen Betriebs eingeräumt, so kann er sie bei Veräußerung des gewerblichen Betriebs nicht auf den Erwerber übertragen (§ 1092); die Dienstbarkeit steht dem Erstberechtigten aber zu, solange sein Geschäftsbetrieb besteht, folglich, da die Konkurseröffnung eine Beendigung des Geschäftsbetriebs nicht zur Folge hat, auch seiner Konkursmasse. Daher hat diese gegen die Löschung der Dienstbarkeit die Beschwerde. β. Vgl. auch zu § 6 III. 1 b. **e)** Andere Ansprüche. α. *Bergk: Ein Wechselblankett, welches sich zur Zeit der Konkurseröffnung im Vermögen des Gemeinschuldners befindet, gehört mit der Wirkung zur Konkursmasse, daß der Konkursverwalter das Blankett ausfüllen und die Wechselforderung für die Konkursmasse geltend machen kann. β. OLG. **24** 325 (Naumburg). Das Fideikommißgut gehört in den Konkurs seines derzeitigen

Besitzers, doch dürfen die Rechte der Anwärter nicht benachteiligt werden. Die Verpachtung des Gutes durch den Konkursverwalter des Allodialvermögens ist zulässig. γ. Stern, LeipzZ. **14** 171. Nach § 11 Abs. 4 WeinG. sind der Verwertbarkeit des Haustrunks enge Grenzen gezogen. Er ist aber ein Wertobjekt und gehört deshalb zur Konkursmasse, es sei denn, daß nach der Sachlage die Möglichkeit jeder Verwertung oder wenigstens einer die Kosten der Zwangsvollstreckung übersteigenden Verwertung ausgeschlossen ist. δ. **RG.** LeipzZ. **13** 306, R. **13** Nr. 2001. Im Konkurs einer Gewerkschaft alten Rechtes gehört das ganze, in sich geschlossene, von der Gewerkschaft bisher vertretene Sondervermögen zur Konkursmasse. Der Konkursverwalter kann die Bewilligung der Löschung einer auf dem Bergwerkseigentum eingetragenen Grundschuld verlangen, die formell auf den Namen zweier Gewerken eingetragen, in Wirklichkeit aber Vermögen der Gewerkschaft ist. ε. **RG.** LeipzZ. **12** 683. Verpflichtet sich ein Gläubiger, Gegenstände seines Schuldners nicht zu pfänden, so besteht der aus der Verletzung der Verpflichtung entstehende Schadensersatzanspruch in der Freigabe der Sachen. Es besteht auch ein vertraglicher Erfüllungsanspruch auf Freigabe. Dieser Anspruch ist nicht persönlicher, sondern vermögensrechtlicher Natur und fällt deshalb in die Konkursmasse. ζ. LeipzZ. **12** 92 (Hamburg). Der Anspruch auf Rechnungslegung aus einem Agenturvertrage kann im Konkurse des Agenten nicht gegen den Verwalter erhoben und ein darüber anhängiger Prozeß nicht gegen ihn aufgenommen werden. Der Rechtsstreit betrifft nicht die Konkursmasse, wird durch den Konkurs nicht unterbrochen und kann ohne weiteres gegen den Gemeinschuldner fortgesetzt werden.

§ 2. LeipzZ. **13** 493 (Colmar). Entscheidend für die Zugehörigkeit einer Sache oder eines Rechtes zur Konkursmasse ist der Augenblick der Konkurseröffnung. Das gilt auch für ein nach § 2 KO. zur Masse gehörendes Gesamtgut, das danach von der Konkurseröffnung ab nicht mehr in die Masse fällt, sondern ein konkursfreies Gesamtgut darstellt. Die Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses oder der Eintritt der Gütertrennung ist ohne Bedeutung (Jäger, KO. § 2 Anm. 3, 9).

§ 3. 1. Konkursforderungen. „Zur Zeit der Konkurseröffnung begründet." **a)** SeuffA. **68** 211 (Augsburg). Die Frage, wann der Anspruch des Staates auf die Kosten der Strafverfolgung und Strafvollstreckung als im Sinne des § 3 KO. begründet zu gelten habe, ist streitig (vgl. die angeführte Literatur). Sie ist dahin zu beantworten, daß der Anspruch bereits mit dem Zeitpunkt entsteht, in welchem staatliche Organe erstmals zwecks Strafverfolgung in Tätigkeit treten. Das rechtskräftige Urteil stellt den Anspruch nur fest, es begründet ihn nicht, es hat nur deklaratorische, nicht konstitutive Bedeutung. Die Geltendmachung des Anspruchs allein ist durch die rechtskräftige Verurteilung bedingt (ebenso **RG.** [Straff.] **13** 141, **32** 299; ferner **RG. 20** 260, **52** 332, JW. **95** 504). Vgl. auch JDR. **10** § 3 zu 2 a. **b)** BadRpr. **13** 34 (Karlsruhe). Konkursforderung ist nur eine solche Forderung, die zur Zeit der Konkurseröffnung wenigstens bedingt begründet ist. Eine Forderung aus einem Rechtsverhältnisse, bei dem sich erst in Zukunft entscheidet, ob vielleicht Ansprüche daraus entstehen, unterliegt nicht dem Konkurs und einem Zwangsvergleiche.

2. Die Stellung des Bürgen im Konkurse des Hauptschuldners. LeipzZ. **12** 410 (Hamburg). Hat ein Bürge mit dem Gläubiger vereinbart, daß Rechte des Gläubigers erst dann auf ihn übergehen sollten, wenn dieser für seine gesamten Ansprüche an den Hauptschuldner befriedigt ist, so kann der Bürge trotz dieser Abrede das Recht auf Ersatz des von ihm bezahlten Betrags gemäß § 670 BGB. im Konkurse des Hauptschuldners geltend machen. — Hierzu bemerkt Nöldeke aaO. Der Bürge kann zwar im allgemeinen seine Regreßforderung im Konkurse des Hauptschuldners anmelden. Voraussetzung ist aber, daß der Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erloschen ist. Daher dürfte

im vorliegenden Falle der Bürge nur eine von der vollständigen Befriedigung des Gläubigers abhängige Forderung anmelden.

3. Konkursforderung und Absonderungsrecht. **RG.** DJZ. **12** 1530, R. **12** Nr. 3426. Forderungen gegen den Gemeinschuldner können, soweit nicht Absonderungsrechte für sie bestehen, nur als Konkursforderungen nach ihrem Schätzungswerte in Geld geltend gemacht werden. Hierher gehören auch Ansprüche an den Gemeinschuldner auf Begründung oder Abtretung dinglicher Rechte (vgl. GruchotsBeitr. **53** 1124, **RG. 54** 127).

4. LeipzZ. **12** 788 ff. (KG.). Bei einem Gruppenakkorde, bei dem der Arbeitgeber nur mit einem Arbeitnehmer in der Weise abschließt, daß sein Vertragsgegner zugleich im Namen künftiger unbestimmter und teilweise ihm selbst noch unbekannter Mitglieder aufgetreten ist und diese durch ihren Beitritt die Erklärungen jenes Arbeitnehmers genehmigt haben, sind im Konkurse des Arbeitgebers die Arbeiter berechtigt, die Entrichtung des Gesamtlohns an alle zusammen zu verlangen oder für jeden einen verhältnismäßigen Betrag der Gesamtforderung geltend zu machen. Für einen Schaden, den einer oder mehrere Gemeinschafter durch vertragswidriges Verhalten dem Arbeitgeber zugefügt haben, haftet die ganze Gruppe gesamtschuldnerisch; der Konkursverwalter ist insoweit zur Zurückhaltung des Arbeitslohns berechtigt. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts hat zur Folge, daß die angemeldeten Forderungen mit der Maßgabe zur Tabelle festgestellt werden, daß die auf jede Forderung entfallende Konkursdividende nur Zug um Zug gegen Berichtigung der gesamten Gegenforderung auszuzahlen ist.

§ 6. I. Zu Abs. 1. Stellung des Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung. 1. Im allgemeinen. **a)** Bei Grundstücken. α. BayObLG. **12** 35. Trotz des im § 6 KO. getroffenen Verfügungsverbots kann der Gemeinschuldner über Massegrundstücke zugunsten gutgläubiger Erwerber mit voller Wirksamkeit verfügen (Jäger § 6 Anm. 24). β. Ebbecke, R. **12** 468. Wird über das Vermögen des Grundeigentümers Konkurs eröffnet, so hat dies auf die Eigentümerhypothek nur den Einfluß, daß die Rechte aus ihr infolge der Konkursbeschlagnahme (§§ 6, 7 KO.) nur von dem zur Wahrnehmung der Rechte der Gläubiger bestellten Konkursverwalter ausgeübt werden können. Durch die Beschlagnahme wird nicht etwa der Grundeigentümer an dem Erwerbe der Eigentümerhypothek gehindert. Er gewinnt aber dieses Recht, da es sich im Grunde nur um eine Eigentumserweiterung, nicht um einen Neuerwerb handelt, nur als ein dem Verfügungsrechte der Konkursgläubiger unterworfenes. **b)** BayRpflZ. **13** 309 (Bamberg). Der Gemeinschuldner ist Beteiligter im Sinne des § 9 ZVG. mit der Einschränkung, daß er nicht in die Ausübung der ihm entzogenen und dem Verwalter übertragenen Verwaltung und Verfügung eingreifen darf (Wolff in LeipzZ. **11** 99; Reinhard, ZVG. § 172 Bem. 3). **c)** GewuKfmG. **18** 40 (KfmG. Mannheim). Die Ausstellung eines Zeugnisses für einen Handlungsgehilfen ist eine höchstpersönliche Verpflichtung des Prinzipals, in welche der Konkursverwalter ebensowenig eintritt, wie höchstpersönliche Rechte zur Masse gehören. Nur der Prinzipal ist zur Ausstellung des Zeugnisses berechtigt und verpflichtet. Dies gilt auch für den Nachlaßkonkurs, hier geht die Verpflichtung auf den Erben über. Daher kann auch nur dieser für einen Schaden wegen verzögerter Erteilung des Zeugnisses haften. **d)** OLG. **27** 242, BayRpflZ. **13** 445, R. **13** Nr. 3068 (BayObLG.). Ist der Gläubiger einer Zwangshypothek gestorben und über seinen Nachlaß der Konkurs eröffnet, so ist als Gläubiger nicht der Konkursverwalter oder die Masse, sondern der oder die Erben des Gemeinschuldners einzutragen (Jäger § 1 Anm. 51, § 6 Anm. 17).

II. a) Stellung des Gemeinschuldners und des Konkursverwalters zu Versicherungsverträgen. Kirchmann, LeipzZ. **13** 131 ff. 1. Der Konkurs hindert den Gemeinschuldner nicht, einen Antrag

auf Versicherung seines Lebens zu stellen. Die Antragstellung wird von dem schwebenden Konkursverfahren nicht berührt. 2. Bei einer bereits bestehenden Versicherung sind im Konkursfall alle rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Gesellschaft, wie z. B. Mahnung und Kündigung, an den Konkursverwalter zu richten. Erklärungen an den Gemeinschuldner sind unwirksam, selbst wenn sie in Unkenntnis der Konkurseröffnung abgegeben sind. 3. Der Konkursverwalter ist zur Verfügung über die Rechte aus dem Versicherungsvertrage befugt, da diese Bestandteile der Konkursmasse werden; alle Leistungen aus dem Vertrage sind an den Konkursverwalter zu bewirken. 4. Die Gesellschaft wird durch einen schwebenden Konkurs nicht gehindert, dem Versicherungsnehmer zur Zahlung von Prämien eine Stundung zu gewähren. 5. Dem Konkursverwalter steht das Recht auf Aushändigung des Versicherungsscheins gegen den Gemeinschuldner zu. Ist der Schein zufällig im Besitze der Gesellschaft, so ist diese berechtigt, ihn an den Gemeinschuldner auszuhändigen. **b)** Nebenintervention des Gemeinschuldners im Feststellungsprozesse. Kleinfeller, R. **12** 38 f. Das RG. verneint die Zulässigkeit der Nebenintervention des Gemeinschuldners im Feststellungsprozesse, den der Konkursverwalter mit dem anmeldenden Gläubiger über die streitige Forderung führt (vgl. **RG. 28** 422 ff., JW. **93** 343). Die Nebenintervention ist aber als zulässig anzusehen, weil das Urteil, welches eine Forderung zu Lasten der Masse feststellt, in die rechtlichen Beziehungen des Gemeinschuldners zu seinem Vermögen eingreift, und dieser deshalb ein aus dem Rechte abzuleitendes, also ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Urteil die Masse nicht belastet, sondern entlastet.

III. Zu Abs. 2. Stellung des Konkursverwalters. 1. Im allgemeinen. a) Dogmatisch. α. *Potyka, GoldschmidtsZ. **70** 490 ff., **71** 121 ff. Die Rechtsstellung des Konkursverwalters kann nicht als Organ der Konkursmasse oder Organ der Staatsgewalt zur Durchführung des Konkurses (so RG.) bezeichnet werden; unter den Gläubigern kommt mit der Konkurseröffnung kein rechtlicher Organismus zustande, dessen Organ er sein könnte. Der Konkursverwalter ist im allgemeinen gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners, in Wahrnehmung des Anfechtungsrechts Vertreter der Gläubiger. Der Gemeinschuldner verliert sein Verfügungsrecht über die Masse nur der Ausübung nach, also die Verfügungsbefugnis; er behält die Sachlegitimation, dagegen fehlt ihm die Prozeßlegitimation. (Über das Verhältnis des Konkursverwalters zu den Absonderungsgläubigern vgl. unten zu 126, 127). β. *Kormann, AnnDtschR. **11** 905. Der Konkursverwalter ist „Repräsentant". Vgl. JDR. **11** zu §§ 164 ff. BGB. γ. Vgl. ferner über die rechtliche Stellung des Konkursverwalters Walsmann, ABürgR. **39** 60 ff. **b)** Aus der Praxis. α. **RG.** LeipzZ. **12** 559, BayRpflZ. **12** 256. Der Konkursverwalter vertritt bei der Ausübung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts über die Masse kraft seines öffentlichen Amtes vor allem den Gemeinschuldner (**RG. 2** 24, **53** 352). Nimmt er zugunsten der Masse und in Ausübung seines Verwaltungsrechts eine Erwerbshandlung vor, durch die die Masse eine Erweiterung oder Verbesserung erfährt, so wirkt diese Rechtshandlung auch über die Dauer des Konkursverfahrens hinaus zugunsten des Gemeinschuldners, wie wenn er sie selbst vorgenommen hätte (**RG.** aaO., **59** 369). Eine solche Rechtshandlung ist die Befreiung eines zur Masse gehörenden Gegenstandes von einem Pfandrechte. Daher erlischt das Pfandrecht an einer zur Masse gehörenden Briefhypothek, wenn der Pfandgläubiger den Hypothekenbrief dem Konkursverwalter übergibt und dieser in seiner Eigenschaft als Verwalter davon Besitz ergreift (vgl. §§ 1253, 1278 BGB.). β. ZBlFG. **13** 411 (Braunschweig). Der Konkursverwalter ist zu einer Beschwerde wegen Löschung eines konkursfreien Rechtes im Grundbuche nicht legitimiert. Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist unübertragbar und gehört deshalb auch nicht zur Konkursmasse. γ. PosMSchr. **12** 150 (Stettin). Wenn der Verwalter auch nach § 36 KO.

das Anfechtungsrecht ausübt, so ist er doch nicht ermächtigt, Schadensansprüche der Konkursgläubiger auf Grund der §§ 823, 826 BGB. geltend zu machen. Sie gehören nicht zur Konkursmasse (Jäger § 29 Anm. 5). δ. **RG.** LeipzZ. **12** 151 Nr. 28. Das Prozeßgericht hat den Mangel der Vertretungsmacht des Konkursverwalters nach § 56 ZPO. von Amts wegen zu berücksichtigen. Bestehen Bedenken, so muß es sich Bestallungsurkunde und Eröffnungsbeschluß vorlegen lassen.

2. Einzelfälle. a) Konkurs der Aktiengesellschaft. α. **RG.** LeipzZ. **13** 765. Der Konkurs der Aktiengesellschaft macht die Erfüllung der im § 222 Abs. 4 HGB. genannten Erfordernisse nicht unmöglich. Die Organe der Gesellschaft, die während des Konkurses fortbestehen, können die Übertragung noch genehmigen. (⇸ Zusatz der Schriftleitung: Zur Zustimmung nach § 222 Abs. 2 HGB. ist nach § 6 KO. der Konkursverwalter legitimiert, wenn es sich um noch nicht voll bezahlte Aktien handelt [**RG. 72** 292] ⇷). β. Fürst, LeipzZ. **12** 513, wendet sich gegen das Urteil des **RG. 76** 244 (JDR. **10** III. 2 b β). Bei der Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen nach § 272 HGB. sowie bei allen Beschlüssen, welche die Vermehrung oder Verringerung des Massevermögens betreffen können, ist der Konkursverwalter der richtige Beklagte, weil er materiell über den Anspruch zu verfügen hat. Es würden sich sonst unannehmbare Differenzen zwischen dem Verwalter und dem Vorstand und Aufsichtsrate der Aktiengesellschaft ergeben, diesen Organen auch die Möglichkeit gegeben sein, der Masse eine vielleicht sehr erhebliche Kostenverpflichtung aufzuladen. Es braucht nicht für jede Anfechtungsklage behufs Feststellung der Passivlegitimation untersucht zu werden, ob ihr Erfolg nur günstig für die Konkursmasse sein kann, sondern der Verwalter ist zur Vertretung berufen, soweit die Anfechtung überhaupt für die Masse von Bedeutung ist. Der Verwalter tritt an die Stelle des Vorstandes, so daß neben ihm auch der Aufsichtsrat zur Vertretung der Gesellschaft berufen ist wie außerhalb des Konkurses. γ. Wulff, LeipzZ. **13** 177 ff. Der Konkursverwalter ist nicht nur legitimiert, Rechte und Ansprüche, deren Geltendmachung eine Vermehrung des Massebestandes mit sich bringt, zu vertreten, sondern er ist auch auf der Passivseite legitimiert, soweit irgendein Anspruch vermögensrechtlicher Art gegen die Masse geltend gemacht wird. Für die Frage hinsichtlich der Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung ist der jeweilige Inhalt des Beschlusses entscheidend. Je nachdem er das zur Konkursmasse gehörige Vermögen betrifft oder nicht, sind der Konkursverwalter oder der Vorstand, der letztere allein oder zusammen mit dem Aufsichtsrate aktiv und passiv legitimiert. Entschließt sich der Konkursverwalter zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses, so darf er, falls ein Aktionär ihm die Anfechtungsklage hat zustellen lassen, den Klaganspruch anerkennen, ohne an die Zustimmung des Aufsichtsrats gebunden zu sein. Dieser ist, wenn und soweit der Verwalter die Aktiengesellschaft zu vertreten hat, gänzlich ausgeschlossen und es findet nicht etwa eine kumulative Vertretung durch beide statt. Der Verwalter kann auch eine Anfechtungsklage nach § 272 HGB. gegen die Aktiengesellschaft erheben, wenn durch den anzufechtenden Beschluß die Konkursmasse berührt wird. In diesem Prozesse wird die Gesellschaft durch Vorstand und Aufsichtsrat vertreten. Hat der Vorstand zur Zeit der Konkurseröffnung die Anfechtungsklage schon erhoben, so tritt der Verwalter nicht als Nebenintervenient bei, sondern er verdrängt den Vorstand. Hat ein Aktionär die Klage vor Konkurseröffnung erhoben, so kann der Verwalter nach seiner Wahl als Nebenintervenient die Klage unterstützen oder selbständig Klage erheben. Die Anfechtung von Beschlüssen, deren Inhalt keine Wirkung auf den Bestand der Konkursmasse auszuüben geeignet ist, erfolgt, ohne daß der Konkursverwalter irgendwie an dem Rechtsstreite teilnimmt und ohne daß ihm eine Zustellung gemacht wird. Für die Frage, ob ein Beschluß die Konkursmasse berührt, sind nicht nur rechtliche, sondern auch rein wirtschaftliche Beziehungen genügend. δ. **RG. 74** 428. Die Gläubiger einer Aktiengesellschaft

können die ihnen nach §§ 241 Abs. 4, 249 Abs. 3 HGB. zustehenden Ersatzansprüche gegen die Gesellschaftsorgane während der Dauer eines über das Vermögen der Gesellschaft eröffneten Konkursverfahrens auch dann nicht geltend machen, wenn der Konkursverwalter die Erhebung der Regreßklage ablehnt. Der gesetzgeberische Grund für die den Gläubigern eingeräumte Rechtsstellung liegt darin, daß sie gegen die ihren Interessen widerstreitenden Einflüsse geschützt werden sollen, die sich in bezug auf die Verfolgung solcher Ansprüche innerhalb der Gesellschaft geltend machen können. Dieser Grund fällt mit der Konkurseröffnung weg, und eine Kollision der Interessen der Gesellschaft und ihrer Gläubiger erscheint ausgeschlossen. Es ist deshalb eine entsprechende Anwendung der §§ 171 Abs. 2, 217 Abs. 2 HGB. geboten und der Konkursverwalter als allein berechtigt zu erachten, die Regreßklage zu erheben. ε. Deumer, SächsRpflA. **12** 461 ff., wendet sich gegen diese Entscheidung und das gleichliegende Urteil des OLG. Kolmar (JDR. **10** zu III 2 c). Eine entsprechende Anwendung der §§ 171 Abs. 2, 217 Abs. 2 HGB. ist unstatthaft, weil es sich hier um mitgliedschaftliche Haftung, in den §§ 241, 249 HGB. aber um die Ersatzpflicht von Organträgern handelt. Mangels einer jenen Vorschriften entsprechenden Norm muß die allgemeine gesetzliche Konsequenz dahin gehen, den Gläubigern ihre selbständigen Ansprüche auch während des Gesellschaftskonkurses zu belassen. Da die haftpflichtigen Organe auch nach Konkurseröffnung tätig bleiben, ist eine Beeinflussung des Konkursverwalters durch sie sehr wohl denkbar, und es besteht deshalb auch ferner eine Interessenkollision. Da es sich bei den Ansprüchen der Gläubiger im Verhältnisse zu der in Konkurs geratenen Gesellschaft um Ansprüche Dritter gegen Dritte handelt, könnten solche Ansprüche nur kraft besonderer Bestimmung in den Gesellschaftskonkurs hineingezogen werden (vgl. bezüglich weiterer Bedenken Wieland, GoldschmidtsZ. **56** 469 ff.). b) Verschiedenes. α. Oetker, DJZ. **12** 332. Ein Rechtsanwalt, der, zum Konkursverwalter bestellt, für Konkursgläubiger Forderungen anmeldet, begeht nicht das Delikt der Prävarikation (§ 356 StGB.). β. Erlanger, LeipzZ. **12** 533 ff., teilt folgenden Fall mit: ein Gläubiger hatte zur Vollstreckung eines Arrestes eine Sicherheit hinterlegt, einigte sich aber nach Konkurseröffnung mit dem Verwalter dahin, daß er die Pfändung aufhob, während der Verwalter in die Auszahlung der Sicherheit willigte. Dieser gab auch eine entsprechende Erklärung ab, während sie vom Gemeinschuldner, dessen Zustimmung die Hinterlegungsstelle forderte, aus Schikane verweigert wurde. In einem solchen Falle ist die Zustimmung des Gemeinschuldners nicht erforderlich. Die Schadensersatzforderung aus § 945 ZPO. ebenso wie das zu ihrer Sicherung bestimmte Pfandrecht an den hinterlegten Papieren fällt in die Konkursmasse, Verwaltung und Verfügung darüber stehen allein dem Verwalter zu. Sein Verzicht bindet den Gemeinschuldner, auch für die Zeit nach Beendigung des Konkurses. Die Erklärung des Konkursverwalters enthält nicht eine Freigabe der Rechte aus der Masse, die zur Folge hätte, daß der Gemeinschuldner wieder die Verfügung darüber erlangt. γ. LeipzZ. **12** 247 (Colmar). Ist eine Klage gegen den Beklagten als Konkursverwalter, eventuell gegen ihn persönlich erhoben, so ist sie in letzterer Beziehung als unzulässig abzuweisen, weil eine Klage, die durch den Ausfall der Entscheidung gegenüber einem anderen Beklagten bedingt sein soll, unstatthaft ist. Die Umwandlung dieser Klage in eine gleichzeitig gegen den Beklagten als Verwalter und gegen ihn persönlich gerichtete Klage ist eine unzulässige Klagänderung.

3. Freigabe von Massegegenständen durch den Verwalter und Einwirkung der Erklärung auf schwebende Prozesse. a) BuschsZ. **43** 399 (LG. Dresden). Die Ausscheidung eines Massebestandteils erfordert eine Erklärung des Verwalters an den Gemeinschuldner. Durch die anderweite Kenntnisnahme von der Löschung des Konkursvermerkes nach § 114 KO. auf dem Grundbuchblatte wird die Erklärung des Verwalters nicht ersetzt, weil

die Löschung auch die Aufhebung des ganzen Konkurses bedeuten kann. Die Löschung hat jedenfalls keine rechtsändernde, sondern nur deklarative Bedeutung (Jäger § 113 Anm. 2, 7). **b)** **RG.** R. **12** Nr. 1950. Der Konkursverwalter ist gemäß § 6 KO. legitimiert, einzelne zur Konkursmasse gehörige Vermögenswerte auszuscheiden und dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung zu überlassen (**RG. 60** 107). Solche Freigabe setzt nicht notwendig voraus, daß der Konkursverwalter die bestimmte Kenntnis oder Überzeugung von der Zugehörigkeit des Vermögenswertes zur Masse hat. Es ist auch nicht erforderlich, daß der Verwalter über das dem Gemeinschuldner überlassene Recht in allen seinen Einzelheiten unterrichtet war. Vielmehr genüge es, wenn er die ungefähren Umrisse des rechtsbegründeten Tatbestandes kannte, die auf den Bestand eines individuellen Rechtes des Schuldners hinwiesen. Die Freigabe kann nicht mehr widerrufen werden, wenn schon vor Erhebung der Klage vom Gemeinschuldner über den freigegebenen Anspruch rechtswirksam durch Abtretung verfügt worden ist (vgl. **RG. 60** 109). **c)** **RG. 79** 28, JW. **12** 595, LeipzZ. **12** 758 Nr. 28, R. **12** Nr. 1366. In einem vom Konkursverwalter aufgenommenen Aktivprozesse kann der Gemeinschuldner selbst gegen das Urteil erster Instanz wirksam Berufung einlegen, wenn ihm der Konkursverwalter erklärt hat, daß er ihm den Anspruch freigibt. Mit der Freigabeerklärung hört die Zugehörigkeit des Rechtes zur Masse auf. Die Freigabeerklärung ist in ihrer Wirkung für den einzelnen Gegenstand der Wirkung der Konkursbeendigung für die ganze Masse gleichzustellen. Der Gemeinschuldner ist auch nicht Rechtsnachfolger des Konkursverwalters im Sinne des § 265 ZPO. **d)** SächsOLG. **33** 557, OLG. **25** 330. Sobald der Konkursverwalter Sachen, hinsichtlich deren Aussonderungsansprüche geltend gemacht werden, rechtswirksam freigegeben hat, ist er regelmäßig den Aussonderungsansprüchen gegenüber nicht mehr passiv legitimiert, gleichgültig, ob sie im Wege der Leistungs- oder der Feststellungsklage verfolgt werden. Aus dem Wesen der Freigabe als der dauernden Ausscheidung der Sachen aus der Konkursmasse zugunsten des Gemeinschuldners folgt, daß die Freigabe diesem zu erklären ist (**RG. 60** 108 ff., OLG. **4** 166, **15** 222 ff.). Trotz der Freigabeerklärung ist ein Anspruch des Dritten gegen den Konkursverwalter in Ansehung der freigegebenen Sachen dann möglich, wenn der Verwalter durch sein Verhalten die Durchführung der Rechte des Dritten hindert, und die Belastung des Verwalters mit den Prozeßkosten oder einem Teile davon kommt in Frage, wenn er es unterlassen haben sollte, den Aussonderungsansprüche erhebenden Kläger von der Freigabe rechtzeitig in Kenntnis zu setzen (OLG. **15** 223). **e)** Sächs.-OLG. **33** 114. Wird der Konkursverwalter, der behauptet hat, daß der Konkursmasse ein Schadensersatzanspruch gegen jemanden zusteht, von diesem im Wege der negativen Feststellungsklage in Anspruch genommen, und erklärt er im ersten Verhandlungstermine, daß er die gegen den Kläger etwa bestehenden Schadensersatzansprüche aus der Konkursmasse freigebe, so ist damit der Rechtsstreit erledigt. Eine sachliche Entscheidung kann nicht mehr ergehen, weil ein Feststellungsinteresse gegenüber dem Konkursverwalter nach seiner Freigabeerklärung nicht mehr besteht. Ein solches würde nur vorhanden sein, wenn das gegen den Konkursverwalter beantragte Urteil dem Gemeinschuldner gegenüber Rechtskraftwirkung hätte. Im allgemeinen ist ein gegen den Konkursverwalter ergangenes Urteil auch für den Gemeinschuldner bindend, das ist aber nicht der Fall, soweit der Gemeinschuldner als Subjekt seines *konkursfreien* Vermögens in Frage kommt.

§§ 6, 7. *Sperre des Grundbuchs durch die Konkurseröffnung?* **a)** ZBlFG. **13** 580 (KG.). Der Umschreibung einer Vormerkung steht, da sie außerhalb des Grundbuchs übergeht, und ihre Umschreibung daher nur eine Berichtigung des Grundbuchs ist, die nach Abschluß des Abtretungsvertrags erfolgte Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Bewilligenden nicht entgegen. Das gleiche gilt für die Umschreibung einer Briefhypothek. (Vgl. auch

JDR. **10** zu §§ 6, 7 b.) **b)** LeipzZ. **13** 323, ZBlFG. **13** 671 (Colmar). Das Grundbuch ist während des Konkurses für Eintragungen auf Grund von Verfügungen des Gemeinschuldners gesperrt, wenn diese erst nach Eröffnung des Konkurses getroffeu oder beim Grundbuchamt eingereicht werden (**RG. 71** 38). Aus §§ 6, 7 KO. kann aber eine den Konkurs überdauernde und unheilbare Nichtigkeit der vom Gemeinschuldner während des Konkurses vorgenommenen Verfügungen nicht hergeleitet werden. Vielmehr tritt, wenn ein Massegegenstand, über den der Gemeinschuldner während des Konkurses verfügt hat, nach Aufhebung oder Einstellung des Konkursverfahrens in seine freie Verfügung zurückkehrt, eine Heilung der ursprünglichen Unwirksamkeit ein (vgl. Jäger § 7 Anm. 12, RGRKomm. § 185 Anm. 4). Vgl. auch ZBlFG. **12** 170.

§ 7. 1. **RG.** R. **13** Nr. 3184. Die Worte „gegenüber den Konkursgläubigern" bedeuten im § 7 wie im § 15, daß die Unwirksamkeit so weit reicht, als das Interesse der Konkursgläubiger es erheischt; die Unwirksamkeit einer Forderungsübertragung kann daher auch vom Drittschuldner geltend gemacht werden.

2. Zu Abs. 3. *Eckstein, GruchotsBeitr. **57** 654. Die gesetzliche Vermutung ist durch bloße Gegenvermutung zu entkräften (vgl. zu § 292 ZPO. Ziff. I 2).

§ 9. Kipp, JW. **12** 13. Ist der Anfall der Erbschaft oder des Vermächtnisses zur Zeit der Konkurseröffnung bereits erfolgt, so gehört das Recht aus dem Anfall an sich zur Masse, und der Konkursverwalter hätte darüber zu entscheiden. Diese Folgerung sollte durch § 9 KO. abgelehnt werden. Dadurch wird auch die Anfechtbarkeit beseitigt, § 29 betrifft nur Handlungen, die vor der Konkurseröffnung vorgenommen sind. Vgl. auch zu § 1 AnfG. B Ziff. 4.

§ 10. 1. Fälle von Aktivprozessen. **a) RG.** R. **12** Nr. 928. Hat der zur Zahlung verurteilte Beklagte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung die Urteilssumme an den Kläger bezahlt und gerät derselbe demnächst in Konkurs, so bildet der Rückforderungsanspruch einen Aktivanspruch der Konkursmasse, und es kann daher in einem solchen Falle der Konkursverwalter nach § 10 KO. das gemäß § 240 ZPO. unterbrochene Verfahren aufnehmen. **b)** RheinA. **109** 223 (Köln). Wird eine Klage nach Konkurseröffnung über das Vermögen des Beklagten zurückgenommen, so kann der Konkursverwalter den Prozeß nicht aufnehmen, um dem Kläger die Kosten auferlegen zu lassen. § 10 KO. ist nicht anwendbar, weil eine wirksame Klagerücknahme nicht vorliegt und der etwaige Anspruch des Gemeinschuldners auf Kostenersatz für den Fall des Obsiegens den Rechtsstreit nicht zu einem für den Gemeinschuldner anhängigen machen kann (**RG. 16** 360). Die Aufnahme des Prozesses kann nur nach §§ 12, 146 KO. erfolgen und setzt das Bestreiten der Forderung im Prüfungstermine voraus.

2. Ablehnung der Aufnahme durch den Verwalter. **a) RG.** LeipzZ. **14** 192, R. **13** Nr. 3293, 3294. Erklärt der Konkursverwalter, daß er einen durch die Konkurseröffnung unterbrochenen, für den Gemeinschuldner anhängigen, auf Anfechtung und Wandlung eines Grundstückskaufs gerichteten Prozeß nicht aufnehme, so kann die Gegenpartei dem in den Prozeß eintretenden Gemeinschuldner entgegen halten, daß die Erklärung nicht ernst gemeint sei. Dies ist aber nicht schon dann zu vermuten, wenn der Verwalter das Grundstück aus der Masse freigegeben hat, nach dem er die Zwangsversteigerung betrieben hatte, oder wenn er Zubehör des Grundstücks veräußert und den Erlös zur Masse gezogen hat. **b)** OLG. **21** 170, LeipzZ. **12** 169 (Hamburg). Erklärt der Konkursverwalter, daß er die Fortführung eines vom Gemeinschuldner begonnenen Prozesses ablehne und sie diesem überlasse, mithin die Forderung aus der Konkursmasse freigebe, so erlangt der Gemeinschuldner die Verfügungsbefugnis wieder und kann auch Berufung einlegen. Eine Abtretung von Rechten im Sinne des § 265 ZPO. liegt nicht vor. Der Fall ist so zu beurteilen, wie wenn mit Beendigung des Konkurses die Verfügungs-

macht des Verwalters aufhört. (Vgl. auch JDR. **10** § 6 III 5). **c)** AM. OLG. **25** 91, LeipzZ. **12** 170 (Hamburg) gegen Jäger § 10 Anm. 31 und OLG. Dresden (OLG. **6** 396). Es handelt sich nicht darum, wer der materiell Berechtigte an dem Anspruch, sondern wer in dem anhängigen Rechtsstreite prozessual ermächtigt ist, die Parteirolle des Klägers weiterzuführen. Mangels gesetzlicher Bestimmung bleibt der Konkursverwalter Partei. Seine Freigabeerklärung ist prozessual einer Abtretung nach § 265 ZPO. gleich zu achten. Der Verwalter könnte sich sonst durch die Freigabe der Kostenpflicht entziehen (ebenso Wilmowski (5) § 8 Anm. 4, Willenbücher 29 § 10). ➛ Die Entscheidung ist aufgehoben durch **RG. 79** 28 ff. (vgl. oben zu § 6 III 3). Red. ⟵

§ 14. 1. Nichtigkeit von Vollstreckungshandlungen während des Konkurses. SächsOLG. **34** 60, ZBlFG. **13** 378, LeipzZ. **12** 713. Die dem § 14 Abs. 1 KO. zuwider eingetragene Arrest- oder Zwangshypothek ist nichtig. Daher kann sie nicht zur Eigentümergrundschuld werden, weil das Entstehen dieser eine gültige Hypothek zur Voraussetzung hat (**RG. 70** 357, **78** 64). Unerheblich ist, ob die Unwirksamkeit der Hypothek auf dem Fehlen der Einigung, einem Eintragungsmangel oder ob sie auf dem Mangel einer Voraussetzung für die Arrestvollziehung oder die Zwangsvollstreckung beruht (vgl. Güthe, Vorbem. 75 vor § 13 GBO., aM. Jäger § 14 Anm. 22, Predari, GBO. 356).

2. Umfang des konkursfreien Neuerwerbes. Pfeiffer, LeipzZ. **13** 668. Wird über das Vermögen des Dienstpflichtigen nach Pfändung des Gehalts Konkurs eröffnet, so gehören die nach Konkurseröffnung fällig werdenden Beträge nicht zur Masse, und der Pfandgläubiger kann insoweit nicht Absonderungsberechtigter sein. Der Pfandgläubiger nimmt keine Sonderstellung gegenüber den anderen Gläubigern ein. Sein Pfandrecht an den später fällig werdenden Beträgen ist nach § 14 KO. unwirksam; die Pfändung dieser Beträge ist erst in dem Zeitpunkte perfekt, in welchem sie fällig werden. Jäger tritt in einem Zusatze dieser Ansicht gegen Gaupp-Stein § 832 I und Seuffert § 832 Anm. 3 bei. Da der Anspruch auf die einzelnen Gehaltsraten fortlaufend neu entsteht (**RG. 12** 192), so bilden die für die Zeit nach Konkursbeginn verfallenden Bezüge konkursfreien Neuerwerb des Gemeinschuldners.

3. Klage gegen den Erben während des Nachlaßkonkurses. a) **RG.** JW. **13** 752, LeipzZ. **13** 69, BayRpflZ. **13** 357, PosMSchr. **13** 73, R. **13** Nr. 2002. Ein Gläubiger ist im Konkurse seines Schuldners regelmäßig nicht gehindert, seinen Anspruch gegen den Schuldner persönlich, unter Verzicht auf Befriedigung aus der Masse, außerhalb des Konkurses im gewöhnlichen Klagewege zu verfolgen, wenn er seinen Antrag dahin einschränkt, daß der Schuldner erst nach Beendigung des Konkurses zu leisten verpflichtet ist. Dies gilt auch für den Gläubiger im Nachlaßkonkurse, der infolge Versäumung der Ausschlußfrist (§ 152 KO.) von der Berücksichtigung bei der Schlußverteilung und damit endgültig von jeder Befriedigung aus der Nachlaßkonkursmasse ausgeschlossen ist (vgl. Jäger § 152 Anm. 7). Der Gläubiger kann aber vor Aufhebung des Konkurses nicht die Einwilligung des Erben zur Auszahlung des Überschusses oder Duldung der Zwangsvollstreckung in den Überschuß verlangen, sondern muß seinen Antrag dahin stellen, daß er erst nach Beendigung des Konkurses und nur aus dem vorhandenen Überschusse im Rahmen des § 1973 Abs. 2 Befriedigung begehrt. Die Tatsache, daß der Gläubiger seinen Anspruch im Nachlaßkonkurs angemeldet, aber dessen Feststellung nicht betrieben hat, steht der Klage nicht im Wege. **b)** Dagegen Jäger, LeipzZ. **13** 693. § 144 Abs. 2 KO. gestattet eine Aufnahme von Passivprozessen, die durch die Konkurseröffnung unterbrochen waren, erst dann, wenn der Gemeinschuldner die Forderung bestritten hat. Vorher fehlt das Feststellungsinteresse. Auch die Voraussetzungen des § 259 ZPO. liegen nicht vor, weil keine Gefahr besteht, daß der Erbe

den künftigen Zugriff auf den Überschuß vereiteln könnte. Die Unzulässigkeit persönlicher Ausklagung des beschränkt haftenden Erben wird auch durch die Vorschrift des § 1984 Abs. 1 Satz 3 BGB. dargetan. Richtig ist, daß die Anmeldung der Forderung im Konkurse keine Rechtshängigkeit begründet (Jäger § 139 Anm. 9).

§ 15. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1069, JW. **12** 403, LeipzZ. **12** 397, BayRpflZ. **12** 158, ZBlFG. **12** 769. Zu den Rechten an einem Gegenstande gehören begriffsmäßig auch Hypothekenrechte; der Erwerb eines solchen Rechtes liegt vor, wenn seine Entstehung auf der Grundlage einer vor dem Konkurs erfolgten Hypothekenbestellung dadurch herbeigeführt wird, daß die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, nach der Konkurseröffnung zur Entstehung gebracht wird. Die Anwendung des § 15 ist nicht auf einen Rechtserwerb beschränkt, der auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht. Die Unwirksamkeit dieses Erwerbes ergibt § 7 KO. Für § 15 ist der Erwerbsgrund unerheblich; der Erwerb kann auch auf einer Rechtshandlung des Erwerbers beruhen, selbst wenn diese sich aus einer vor der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner gegenüber übernommenen Verpflichtung ergibt. Es wird dahingestellt gelassen, ob ein Rechtserwerb auf Grund des Eintritts einer Bedingung nach Konkurseröffnung (vgl. v. Wilmowski-Kurlbaum Anm. 5 und Jäger Anm. 15 zu § 15) den Konkursgläubigern gegenüber wirksam ist.

§§ 15, 42. **RG.** R. **13** Nr. 1222. Die ordnungsmäßige bewilligte und vor der Konkurseröffnung beim Grundbuchamt eingereichte Hypothekenbestellung ist, auch wenn die Eintragung erst nach der Konkurseröffnung erfolgt, wirksam. Jedoch unterliegt sie möglicherweise der Anfechtung. Insofern sind die auf § 878 gegründeten den auf §§ 892, 893 BGB. gegründeten Eintragungen gleichzustellen, wenn erstere auch im § 42 KO. nicht erwähnt sind.

§§ 15, 43. Jäger, LeipzZ. **14** 59. Bei Höchstbetragshypotheken wird häufig vereinbart, daß, wenn die Geschäftsverbindung beendet und die Schuld in laufender Rechnung zu einer festen Schuld geworden ist, der Gläubiger die Umwandlung der Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek verlangen kann, und daß im Falle des Konkurses die Forderung des Gläubigers als fällig gilt. Der Umwandlungsanspruch ist schuldrechtlicher Art, kein Grundbuchberichtigungsanspruch, und dringt deshalb dem Konkursverwalter des berichtigungspflichtigen Eigentümers gegenüber nicht durch. Der Anspruch kann, soweit er überhaupt einen selbständigen Wert darstellt, nur als Konkursforderung angemeldet werden (§ 69 KO.). Dagegen würde der Anspruch im Konkurse durchdringen, 1. wenn er wirksam durch Vormerkung gesichert, 2. wenn vor dem Konkurse die Eintragung der Umwandlung bindend bewilligt und außerdem der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte gestellt wäre.

Zweiter Titel. Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

§ 17. I. Unwirksamkeit von Verträgen im Konkurse. **a)** LeipzZ. **12** 406 (Jena). Verpflichtet sich eine Aktiengesellschaft einem Aktionär gegenüber für den Fall, daß sie ihm seine Stellung als Vorstandsmitglied kündigt, zur Übernahme seiner Aktien gegen Entgelt, so ist die Verpflichtung im Konkurse der Gesellschaft unwirksam. Die Erfüllung der Rückkaufspflicht im Konkurse liefe darauf hinaus, daß der Gläubiger als Aktionär wegen seiner Mitgliedschaftsrechte im gleichen Range mit den Gesellschaftsgläubigern aus der Teilungsmasse befriedigt und damit den Gläubigern das ihnen haftende Grundkapital entzogen würde. **b)** **RG.** **77** 152. Ist über das Vermögen einer GmbH. der Konkurs eröffnet, ohne daß die Eintragung eines Kapitalserhöhungsbeschlusses zum Handelsregister erfolgt war, so kann der Konkursverwalter denjenigen, welcher sich bei der Erhöhung zur Übernahme eines Geschäftsanteils zu einem bestimmten Betrage verpflichtet hat, nicht auf Zahlung in Anspruch nehmen. Die besonderen Bestimmungen der §§ 60 Nr. 4, 63 GmbHG. gehen dem § 17 KO. gemäß § 25 KO. vor.

II. Einwirkung der Konkurseröffnung auf einzelne Vertragsarten. 1. Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Sternberg, JW. **13** 851. Ein unter Eigentumsvorbehalt abgeschlossener Kauf ist im Sinne des § 17 KO. von dem Verkäufer noch nicht vollständig erfüllt, solange nicht das Eigentum auf den Käufer übergegangen ist (vgl. **RG. 64** 204, 334, Jäger § 17 Anm. 11). Dem Konkursverwalter steht daher ein Wahlrecht nach § 17 KO. zu. Lehnt er die Erfüllung ab, so ist er berechtigt, Herausgabe des Abzahlungsgegenstandes zu verlangen, und der Käufer ist nicht berechtigt, die Herausgabe nach § 986 BGB. zu verweigern, weil er einen Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrags für die Zukunft nicht mehr hat. Der Käufer kann seine Ansprüche nur als Konkursgläubiger geltend machen. Eine Sicherung des Käufers kann dadurch erfolgen, daß ihm in Höhe der von ihm gemachten An- und Abzahlungen bei Vertragsabschluß ein Pfandrecht an der Sache bestellt wird (vgl. dazu JDR. **10** zu § 17 III 1).

2. Aktienzeichnungsvertrag. **RG. 79** 174, JW. **12** 695, LeipzZ. **12** 460 Nr. 32. Der Anspruch der Aktiengesellschaft aus der Aktienzeichnung oder Aktienübernahme ist kein Anspruch aus zweiseitigem Vertrage. Aushändigung der Aktien und Zahlung der Einlage stehen nicht im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung. Die Aktiengesellschaft kann, wenn der Aktionär in Konkurs gerät, die rückständige Einlage zur Konkursmasse anmelden, ohne auf das Kaduzierungsverfahren nach § 219 HGB. und auf Geltendmachung eines etwaigen Ausfalls gegen die Konkursmasse beschränkt zu sein (vgl. auch JDR. **10** zu § 17 III 5).

3. Giro- und Kontokorrentvertrag. a) *Dickel, Rechtsf., Heft 1 Erl. 151 ff. Über die Bedeutung der Konkurseröffnung bei dem Girovertrag im Konkurse der Bankiers. Trotz der Nichtberücksichtigung dieses Falles in §§ 17 ff. KO. ist anzunehmen, daß der Girovertrag mit dem Konkurs über das Vermögen des Bankiers ipso jure sein Ende erreicht. b) *Kiefersauer. Die Konkurseröffnung als solche beendet das Kontokorrentverhältnis nicht. Bei Ausbruch des Konkurses ist der Kontokorrentvertrag teilweise erfüllt, insofern als zwar die Forderungen entsprechend der Abrede in das Kontokorrent eingestellt und bis zum Augenblicke gestundet sind, eine Aufrechnung und eine Bezahlung des Überschusses aber noch nicht erfolgt ist. Die Voraussetzungen des § 17 KO. sind daher gegeben. Jede Partei kann durch Kündigung die Beendigung der Laufrechnung herbeiführen; die Saldoforderung, die sich etwa aus der nachfolgenden Verrechnung ergibt, wird als Passivsaldo des Gemeinschuldners Konkursforderung, als Aktivsaldo Bestandteil der Konkursmasse. Kündigt keine Partei oder ist das Kündigungsrecht vertragsmäßig ausgeschlossen, so hat der Konkursverwalter die Befugnis aus § 17 KO. Verlangt er Erfüllung, so hat er bei der Feststellung des Saldos mitzuwirken; ein etwaiger Aktivsaldo des Gemeinschuldners ist zur Masse einzuziehen, ein Passivsaldo als Konkursforderung geltend zu machen. Verzichtet der Gegner auf Anmeldung, der Konkursverwalter auf Einbeziehung zur Masse, so wird trotz der Konkurseröffnung das Kontokorrentverhältnis fortgesetzt. Aber auch bei Geltendmachung der Saldoforderung ist keine Partei gehindert, das Kontokorrentverhältnis fortzusetzen; ebensowenig bestehen Bedenken dagegen, daß der Konkursverwalter und die andere Partei auf Grund eines neuen Vertrags das Rechnungsverhältnis weiterführen.

4. Kommissionsvertrag. **RG. 78** 93, JW. **12** 358, R. **12** Nr. 823. Der Kommissionsvertrag wird nicht durch den Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Kommissionärs von selbst beendigt, vielmehr unterliegt er der allgemeinen Regel des § 17 KO. (Jäger § 22 Anm. 8, § 23 Anm. 15; Wilmowski § 17 Anm. 3, § 23 Anm. 3).

5. Sukzessivlieferungsvertrag. a) *Bergk. Hat der Gemeinschuldner einen Kauf auf Abruf abgeschlossen und ist vor Konkurseröffnung bereits ein Teil der Waren geliefert worden, so kann der Konkursverwalter nur in

den einheitlichen Kaufvertrag eintreten; er kann seinen Eintritt nicht insoweit beschränken, als die Teillieferungen noch ausstehen. Tritt der Konkursverwalter ein, so hat der Verkäufer einen Kaufpreisanspruch in Höhe der Gesamtlieferungen als Masseforderung; der Kaufpreisanspruch für die bereits vor Konkurseröffnung gelieferten Waren ist nicht bloß Konkursforderung. Das Ergebnis beruht darauf, daß der Kauf auf Abruf nicht bloß Vorvertrag, sondern ein einheitlicher Kaufvertrag ist (191 ff.). **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1074, LeipzZ. **12** 684, R. **12** Nr. 2885. Erklärt der Konkursverwalter in bezug auf einen vom Gemeinschuldner abgeschlossenen, beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Sukzessivlieferungsvertrag, daß er Erfüllung des Vertrags verlange und selbst betätigen werde, so ist in der Regel anzunehmen, daß er den Vertrag in allen seinen Teilen übernehme, auch soweit es sich um Bezahlung der vor der Konkurseröffnung gemachten Lieferungen handle. Anders liegt es, wenn der Konkursverwalter rechtsirrig in ausdrücklicher oder aus den Umständen erkennbarer Weise nur teilweise Erfüllung verlangt und zusichert in dem Sinne, daß er nicht die früheren, sondern nur die von ihm geforderten Lieferungen bezahlen will. Ein solches Verlangen ist an sich rechtsunwirksam und kann vom Vertragsgegner abgelehnt werden; es verpflichtet aber nicht zur Bezahlung der vor der Konkurseröffnung gemachten Lieferungen. **c)** Insbesondere die Wasser-, Gas- und Elektrizitätslieferungsverträge mit Gemeinden. **α.** Dogmatisch. Jäger, LeipzZ. **12** 286 ff., bespricht mehrere Gerichtsentscheidungen, die über die Frage ergangen sind, ob den Wasser-, Gas- und Elektrizitätswerken von Gemeinden die Befugnis zusteht, weitere Lieferungen bis zur Vollzahlung aller Rückstände zu verweigern, und zwar auch solcher Rückstände, die in der Zeit vor dem Konkurse fällig geworden sind. Das OLG. Kiel, das LG. Mainz, das LG. Duisburg und das LG. Essen haben sich auf einen, dem Konkursverwalter ungünstigen Standpunkt gestellt. AA. ist nur das OLG. Düsseldorf. In den Entscheidungen werden folgende Rechtsgrundsätze aufgestellt: der Vertrag auf Lieferung von Gas, Wasser und Elektrizität ist ein Vertrag auf sukzessive Lieferung, also ein zweiseitiger Vertrag, und fällt daher unter § 17 KO. Da es sich um einen einheitlichen, auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Dauervertrag handelt, kann der Konkursverwalter den Vertrag nur ganz erfüllen oder ablehnen. Er kann nicht erklären, daß er in die alten Lieferungsverträge nicht eintreten wolle und die Lieferung von Wasser und Gas neu beantrage. Ein Verstoß gegen die guten Sitten fällt der Gemeinde nicht zur Last, wenn sie weitere Leistungen einstellt, bis die Rückstände aus der Masse gezahlt sind, denn sie macht damit nur von einem ihr gesetzlich zustehenden Rechte Gebrauch. Das OLG. Düsseldorf hat dagegen in der Erklärung der Stadt, sie werde, falls nicht volle Bezahlung der Rückstände erfolge, die weitere Lieferung einstellen und die Gas- und Wasserleitung entfernen, eine Drohung im Sinne des § 123 BGB. erblickt und deshalb dem Konkursverwalter gestattet, die daraufhin erfolgte Zahlung anzufechten. Zu diesen Entscheidungen bemerkt Verf.: die Verträge auf Lieferung von Wasser, Gas und Elektrizität fallen unter die Regel des § 17 KO., da es sich um Kaufverträge handelt, wobei zu beachten bleibt, daß es sich um eine andauernde, schuldrechtliche Bindung handelt, die insofern der Rechtslage bei der Miete und Pacht ähnelt. Bei § 17 ist aber ein Unterschied zu machen zwischen solchen Verträgen auf sukzessive Lieferung, die nach dem Willen der Vertragsparteien ein untrennbares Ganzes bilden (Sukzessivlieferungsvertrag im engeren Sinne), und solchen, bei denen die Verpflichtungen auf wiederkehrende Leistungen und Gegenleistungen gerichtet sind, und kraft einer auch nur stillschweigenden Vertragserneuerung immer neu entstehen. Im ersteren Falle, beim Einheitsschuldverhältnis, entsteht durch das Verlangen des Verwalters auf Erfüllung eine einheitliche Masseschuld für die ganze ungetilgte Gegenleistung.

Im letzteren Falle, beim Wiederkehrschuldverhältnisse, kann der Verwalter das Wahlrecht besonders bei einem einzelnen, bei Konkursbeginn laufenden Zeitabschnitt ausüben. Hierher gehören die Verträge auf wiederkehrende Lieferung von Wasser, Gas oder Elektrizität. Entscheidet sich der Verwalter für Erfüllung, so wird nur die Schuld des laufenden Zeitabschnitts zur Masseschuld. Für die folgenden Zeitabschnitte entsteht eine Masseschuld nach § 59 Nr. 1 KO., während ältere Rückstände einfache Konkursforderungen sind. Der Konkursverwalter ist nicht berechtigt, den alten Vertrag auf sich beruhen zu lassen und Abschluß eines neuen Vertrags zu verlangen, wie das OLG. Hamburg (OLG. **23** 300 ff.) meint; denn der Verwalter schließt den Vertrag nicht für sich selbst ab, sondern berechtigt und verpflichtet allein den Gemeinschuldner. Das in den Lieferungsbedingungen der städtischen Werke vorbehaltene Recht, die weitere Abgabe von Wasser usw. einzustellen, wenn der Abnehmer in Zahlungsverzug gerät, gilt auch dem Konkursverwalter gegenüber. Verlangt aber die Stadt unter Androhung der Einstellung weiterer Lieferungen Vollzahlung solcher Rückstände, die nach dem Gesetze bloße Konkursforderungen darstellen, so ist die Masse zur Rückforderung bezahlter Beträge aus dem Gesichtspunkte des § 826 BGB. berechtigt. Der Vergütungsanspruch der Stadt ist eine privatrechtliche Forderung, eine Kaufpreisschuld im Sinne des § 433 Abs. 2 BGB., nicht eine öffentliche Abgabe im Sinne des § 61 Nr. 2 oder 3 KO. Wie hier Regierung von Oberbayern, LeipzZ. **14** 164. β. Aus der Praxis. αα. LeipzZ. **12** 565 (RG.). Der zwischen dem Gemeinschuldner und einem städtischen Werke abgeschlossene Gaslieferungsvertrag ist ein zweiseitiger Vertrag im Sinne des § 17. Der Eintritt des Verwalters in den Vertrag erfolgt ausdrücklich oder stillschweigend. Beides liegt nicht vor, wenn der Verwalter sich einfach die Weiterlieferung von Gas gefallen läßt. Unterschreibt der Verwalter einen Revers, worin er die fernere Lieferung von Gas verlangt, so wird dadurch zum Ausdrucke gebracht, daß er einen neuen selbständigen Vertrag namens der Konkursmasse schließen will. Die Weigerung des städtischen Werkes, ohne Eintritt des Verwalters in den alten Lieferungsvertrag weiter Gas zu liefern, würde einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen. ββ. OLG. **27** 248, LeipzZ. **13** 251 (Hamm). Ein Vertrag auf Gas- und Wasserlieferung aus städtischen Werken ist ein zweiseitiger Vertrag und untersteht deshalb der Bestimmung des § 17 KO. Wenn der Konkursverwalter nach Konkurseröffnung sich die Lieferung von Gas und Wasser gefallen läßt, so bringt er damit zum Ausdrucke, daß er nunmehr für die Konkursmasse Gas und Wasser beziehen will. Er läßt damit aber nicht erkennen, daß er an Stelle des Gemeinschuldners in einen beiderseits noch nicht erfüllten laufenden Vertrag eintreten und die noch ausstehenden Verpflichtungen des Gemeinschuldners als Masseschuld übernehmen will. Die Erklärung der städtischen Werke, daß sie für den Fall der Nichtzahlung der rückständigen Beträge die Lieferung von Gas und Wasser einstellen würde, ist eine widerrechtliche Drohung, die den Verwalter zur Anfechtung und Rückforderung der bezahlten Beträge berechtigt. Die Drohung ist widerrechtlich, weil in einer größeren Stadt die Einwohner tatsächlich gezwungen sind, mit den städtischen Werken Lieferungsverträge abzuschließen. Besteht aber ein Kontrahierungszwang für die Stadt, so darf sie es nicht ablehnen, mit dem Konkursverwalter, der bereit ist, den allgemeinen Bedingungen zu entsprechen, Lieferungsverträge abzuschließen. Die Stadt darf, wenn ein Haus verkauft wird und der Verkäufer noch Beträge für Gas und Wasser schuldet, nicht die Abschließung eines Lieferungsvertrags mit dem neuen Eigentümer davon abhängig machen, daß er die Schuld des früheren Eigentümers begleicht. Ebenso liegt der Fall, wenn der im Verzuge befindliche Schuldner in Konkurs gerät und der Konkursverwalter für Rechnung der Masse die Verwaltung des Hauses übernimmt. Aus diesen Gründen wird das oben mitgeteilte Urteil des LG. Essen (LeipzZ. **12** 292) aufgehoben. γγ. OLG. **27** 243

(Braunschweig). Tritt der Konkursverwalter in einen vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Gas- oder Wasserlieferungsvertrag mit einer Stadt ein, so muß er auch die rückständigen Beträge als Masseschulden berichtigen. Er kann sich dem nicht dadurch entziehen, daß er die Erfüllung ausdrücklich nur für die Zukunft verlangt. Eine derartige Erklärung ist unwirksam, sie verpflichtet zwar nicht für die Vergangenheit, berechtigt aber auch nicht für die Zukunft (JW. **04** 392, 559, **06** 105). Der Konkursverwalter kann sich nicht darauf berufen, daß er nach der Konkurseröffnung neue Verträge mit der Stadt abgeschlossen habe, indem er erklärt habe, daß er nunmehr als Konkursverwalter Lieferung von Gas und Wasser verlange. Ein privatrechtlicher Kontrahierungszwang für die Stadt besteht nicht. Sie ist daher in der Lage, einen an sie gerichteten Vertragsantrag abzulehnen. Wenn sie dies tut, verstößt sie damit nicht gegen die guten Sitten.

III. Einwirkung des Eintritts des Verwalters in den Vertrag. LeipzZ. **13** 324 (Frankfurt). Tritt der Konkursverwalter nach § 17 KO. in einen Vertrag ein, so kann er nur in der Weise Erfüllung verlangen, in welcher der Gemeinschuldner es könnte, falls der Konkurs nicht eröffnet wäre. Insbesondere stehen dem Verwalter Rechte Dritter wie Abtretungen, Pfandrechte an der Gegenforderung, auch wenn sie ihm bei der Ausübung seines Wahlrechts nicht bekannt waren, ebenso entgegen wie dem Gemeinschuldner selbst (vgl. Jäger § 17 Anm. 36; **RG. 11** 39). Aus § 21 Abs. 2 KO. folgt nur, daß für Miet- und Pachtverträge etwas von der Regel Abweichendes gilt. Zum Schutze der Masse genügen die Anfechtungsvorschriften der §§ 29 ff. KO.

IV. Einwirkung der Erfüllungsablehnung des Verwalters. a) Überhaupt. α. **RG. 79** 209, JW. **12** 696, R. **12** Nr. 1708. Die Weigerung des Konkursverwalters, den noch von keiner Seite vollständig erfüllten zweiseitigen Vertrag zu erfüllen, verwandelt den Erfüllungsanspruch des Vertragsgegners endgültig und mit Wirkung über das Konkursverfahren hinaus in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und schließt den Erfüllungsanspruch des Gemeinschuldners endgültig aus (vgl. Jäger § 17 Anm. 43 ff., 49 ff., Petersen-Kleinfeller § 17 Anm. 11 und die weiteren Zitate in **RG. 79** 212). Ebenso **RG.** JW. **12** 49. β. **RG.** LeipzZ. **12** 399, R. **12** Nr. 2105. Hat der Konkursverwalter die Erfüllung eines Vertrags abgelehnt, so steht dem Gläubiger auch nach Beendigung des Konkurses nur noch ein Schadensersatzanspruch, nicht mehr ein Anspruch auf Erfüllung zu (Jäger § 17 Anm. 50). Dieser Ersatzanspruch wird, auch wenn er im Konkurse nicht angemeldet ist, von einem Zwangsvergleich ergriffen. γ. OLG. **27** 250, PosMSchr. **13** 40, LeipzZ. **14** 98 (Königsberg). Lehnt der Verwalter nach § 17 KO. die Erfüllung eines Vertrags ab oder verliert er durch Verspätung seiner Antwort das Recht auf Erfüllung, so ist dieses Recht mit einer für den Gemeinschuldner auch nach der Beendigung des Konkurses bindenden Wirksamkeit beseitigt. Das Schuldverhältnis konzentriert sich dann auf einen Ersatzanspruch des geschädigten Vertragsgegners (vgl. **RG. 73** 58). Hat der Gemeinschuldner schon aus dem Vertrage geleistet, so besteht ein Anspruch der Masse auf den Mehrwert des von ihm dem anderen Vertragsteile Geleisteten (vgl. Jäger § 17 Anm. 46, **RG. 46** 98, **49** 189, **56** 238). b) Auf den erfüllten Teil des Vertrags. α. BadRpr. **12** 271 (Karlsruhe). Im Falle der Ablehnung der Erfüllung eines zweiseitigen Vertrags durch den Konkursverwalter nach § 17 KO. kann dieser eine vom Gemeinschuldner bereits bewirkte Leistung nicht zurückfordern; die Erfüllungsweigerung des Verwalters hebt den Vertrag nicht etwa rückwirkend auf. Unabhängig davon ist aber die Frage, ob die Leistung nach §§ 29 ff. KO. angefochten werden kann. Dem steht § 17 nicht entgegen. β. *Pakuscher, JW. **13** 723. Die ältere Rechtsprechung versagt ebenso wie die in der Literatur herrschende Ansicht dem Konkursverwalter das Recht, die

vom Gemeinschuldner bereits vor der Konkurseröffnung geleisteten Anzahlungen einzufordern, wenn er die weitere Erfüllung eines zweiseitigen Vertrags ablehnt. Das unbefriedigende Ergebnis dieses Standpunkts zeigt sich besonders bei langfristigen Verträgen, von deren Abwicklung der Verwalter lediglich aus Mangel an Zeit im Interesse einer raschen Abwicklung des Konkurses Abstand nehmen muß. Das **RG. 73** 60 gibt daher der Konkursmasse einen Anspruch gegen den Vertragsgegner auf eine den Teillieferungen des Gemeinschuldners entsprechende Gegenleistung, indem es § 325 BGB. analog auf § 17 KO. anwendet. Dieser Weg versagt, wenn der Vertrag auf Leistung eines unteilbaren Gegenstandes gerichtet ist. Er verstößt aber vor allem gegen das dem § 17 KO. zugrundeliegende Konzentrationsprinzip, das für Ansprüche der Masse auf teilweise Vertragserfüllung keinen Raum läßt. Daher ist der Jägerschen Theorie (§ 17 Anm. 46) der Vorzug zu geben. Danach wandelt sich das bisher zweiseitige Vertragsverhältnis durch die Ablehnungserklärung des Verwalters völlig um. An die Stelle der beiderseitigen Erfüllungsansprüche tritt allein die Schadensersatzforderung des Gegners des Kridars. Hat dieser aber durch die Teilleistungen des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung bereits mehr erhalten, als sein durch die Ablehnung des Verwalters entstehender Schaden beträgt, so ist er in Ansehung des Mehrwerts auf Kosten der Masse rechtlos bereichert und kann von dieser nach § 812 Satz 2 BGB. in Anspruch genommen werden. Vgl. JDR. **10** zu § 17 IV.

§§ 17, 55. B e n d i x , ABürgR. **38** 93 ff. Schwebt zur Zeit der Konkurseröffnung ein zweiseitiger Vertrag und entscheidet sich der Konkursverwalter nach § 17 KO. für die Erfüllung, so kann der Vertragsgegner, der aus einem anderen Rechtsverhältnis eine Forderung als Konkursgläubiger geltend gemacht hat, nicht gemäß § 55 Nr. 1 KO. aufrechnen. Der Gläubiger ist hier erst n a c h der Konkurseröffnung etwas zur Masse schuldig geworden. Bei Beginn des Konkurses wird in den Fällen des § 17 die Gegenleistung weder unbedingt noch bedingt geschuldet. Erst mit der Ausübung des Wahlrechts erlangt der Vertrag seine Wirkungskraft wieder. Es liegt keine gesetzlich bedingte Schuld vor. Die gegenteilige Ansicht (vgl. J ä g e r § 55 Anm. 5) erscheint auch vom Standpunkte der Gläubigergesamtheit unbillig.

§ 18. a) OLG. **25** 326, LeipzZ. **12** 786 (Hamburg). Auf Lieferungsgeschäfte mit bestimmten Abladungsfristen findet § 18 keine Anwendung, weil die Abladung nicht gleichbedeutend mit der Lieferung ist (vgl. JDR. **10** zu § 18). **b)** N u ß - b a u m , GoldschmidtsZ. **74** 302. Die Regeln über die Zwangsregulierung werden durch §§ 17, 18 KO. beeeinflußt. Nach § 18 kann für Fixgeschäfte, die zur Zeit der Konkurseröffnung schweben, nur der Unterschied zwischen Vertrags- und Verrechnungspreis gefordert werden. Diese Vorschrift kann durch Usancen nicht abgeändert werden. Soweit zur Zeit der Konkurseröffnung die Zwangsregulierung schon stattgefunden hatte, bleibt es dabei. Nach Eröffnung kann sie, auch wenn sie vorher angedroht war, nicht mehr durchgeführt werden. Eine Zwangsregulierung, die in Unkenntnis der Konkurseröffnung bewirkt war, ist unwirksam. Es muß nach § 18 verfahren werden.

§ 19. 1. E i n w i r k u n g d e s K o n k u r s e s a u f e i n e n g e m e i n s c h a f t l i c h e n M i e t v e r t r a g. J o s e f , LeipzZ. **13** 128 ff. Das Zusammentun zu einem Vertrage, der für die mehreren ein Recht, für den einzelnen aber die Übernahme einer Gesamtverbindlichkeit enthält, stellt sich dar als ein Gesellschaftsvertrag. Ein solcher liegt danach auch vor, wenn mehrere Personen, z. B. Eheleute durch einheitlichen Vertrag eine Sache mieten; fällt also einer von ihnen in Konkurs, so findet nicht das im § 19 KO. geregelte Kündigungsrecht statt, da das Mietverhältnis als Gesellschaftsvermögen nur der gemeinschaftlichen Verfügung der mehreren Mieter unterliegt, nicht also der Verfügung des einzelnen Gesell-

schafters oder seines Konkursverwalters. Anderseits ist nach § 728 Satz 2 die Gesellschaft durch den Konkurs aufgelöst; zwecks Auseinandersetzung ist nach §§ 730, 753 Abs. 1 Satz 2 das Mietrecht unter der Konkursmasse und den anderen Mietern zu versteigern. Durch den Erfolg dieser Versteigerung wird aber der Vermieter nicht berührt; er kann sich wegen des Mietzinses an die Konkursmasse auch dann halten, wenn diese nach der zwischen ihr und den Mitmietern getroffenen Vereinbarung aus dem Mietvertrag ausscheidet. — Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters erstreckt sich im vorgedachten Falle auf alle Sachen, die jeder der Mieter als sein Sondereigentum eingebracht hat; denn da die Mietgesellschaft kein selbständiges Rechtssubjekt ist, so ist jeder Gesellschafter der Mieter. Im Konkurs eines der Mieter hat daher der Vermieter ein Absonderungsrecht auch an den vom Gemeinschuldner als sein Sondereigentum eingebrachten Sachen.

2. Annahmeverzug des Mieters. Pfeiffer, LeipzZ. **13** 915. Hat die vereinbarte Mietzeit bereits vor der Konkurseröffnung begonnen, befindet sich aber der Gemeinschuldner bezüglich der Inbesitznahme der gemieteten Räumlichkeiten im Annahmeverzuge, so ist § 19 KO. anzuwenden. Ebenso ist bei einem Dienstverhältnis § 22 KO. anzuwenden, wenn der Verpflichtete seine Dienste zur Verfügung stellt, sie aber vom Berechtigten nicht angenommen werden (Wilmowski § 22 Anm. 6; aM. Jäger § 22 Anm. 9).

3. Umfang der Haftung des Mieterbürgen. RheinA. **109** 319 (Cöln). Hat ein Bürge für die sämtlichen Verbindlichkeiten des Mieters aus dem Mietverhältnisse dem Vermieter gegenüber die Bürgschaft übernommen, so haftet er, wenn der Konkursverwalter nach § 19 KO. den Vertrag kündigt, für den nach § 19 dem Vermieter zustehenden Schadensersatzanspruch. Dieser Anspruch ist aus dem Mietverhältnisse hervorgegangen und infolge der Kündigung des Konkursverwalters an die Stelle des vertraglichen Rechtes des Vermieters auf die Mietzinsraten getreten (Jäger § 19 Anm. 15, RheinA. **107** 295). Der Bürge kann nicht einwenden, daß durch die Kündigung des Konkursverwalters seine Haftung im Sinne des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. erweitert worden ist, weil der Verwalter nur von einem gesetzlichen Rechte Gebrauch gemacht hat. Benutzt der Gemeinschuldner trotz der Kündigung den Mietgegenstand weiter, so haftet der Bürge für die hieraus entstehenden Mietzinsen nicht.

4. Über die Zugehörigkeit von Miet- und Pachtrechten zur Masse vgl. zu § 1 Ziff. 2 a.

§ 22. 1. Dienstvertrag. GewuKfmG. **17** 207 (KfmG. Braunschweig). Der Reisende, der wegen Konkurseröffnung nicht auf die Tour geschickt wird, kann von der Konkursmasse Spesenentschädigung verlangen. Das Kaufmannsgericht ist für die Klage gegen den Verwalter zuständig.

2. Lehrvertrag. GewuKfmG. **18** 135 (KfmG. Berlin-Schöneberg). Der Lehrvertrag ist kein höchstpersönlicher Vertrag. Der Konkursverwalter, der das Geschäft weiter betreibt, ist in der Lage, den Lehrvertrag zu erfüllen. Der Lehrvertrag ist ein Dienstverhältnis im Sinne des § 22 KO., insbesondere dann, wenn die dem Lehrling zuteil werdende Unterweisung nur gering ist und die Stellung sich von der eines jugendlichen Arbeiters nicht wesentlich unterscheidet. Der Lehrvertrag kann, da eine gesetzliche Kündigungsfrist nicht besteht, nicht nach § 22 KO. zur sofortigen Auflösung gebracht werden (Jäger § 22 Anm. 7), sondern höchstens zu dem Zeitpunkt, in welchem er nach dem Ortsgebrauch endigen würde.

§§ 22, 23. Die Stellung der Organe einer Gesellschaft in deren Konkurse. 1. Aktiengesellschaft. a) Jäger, LeipzZ. **13** 355 ff. Im Konkurse der Aktiengesellschaft behalten deren Organe (Vorstand und Aufsichtsrat) zunächst ihre bisherige Stellung. Der Konkursverwalter verdrängt sie nur insoweit, als er eine natürliche Person als Gemeinschuldnerin außer

Tätigkeit setzt (§ 6 KO.). Die Ämter des Vorstandes und Aufsichtsrats enden aber dann, wenn das zugrunde liegende Vertragsverhältnis mit der Gesellschaft erlischt. Dieses Vertragsverhältnis unterliegt nicht dem § 23 KO., sondern dem § 22 KO. und kann daher vom Konkursverwalter wie vom Dienstverpflichteten vorzeitig zum gesetzlichen Ziele gekündigt werden. Die Kündigung des Verwalters bringt aber das Dienstverhältnis nicht zum Erlöschen; sie löst nur die Beziehungen zur Konkursmasse, nicht die zur Gesellschaft. Die Rechte und Obliegenheiten eines Gemeinschuldners wahrzunehmen, sind die Organe der Gesellschaft auch nach der Kündigung noch berufen. Die Dienstvergütung der Organe für die Zeit von der Konkurseröffnung bis zum Wirksamwerden der Kündigung bildet eine Masseschuld nach § 59 Nr. 2 KO. Der Anspruch auf Ersatz des durch die Kündigung erwachsenden Schadens ist eine einfache Konkursforderung, die als aufschiebend bedingt nach Maßgabe der §§ 67, 154, 156, 169 KO. zu behandeln ist. Eine Abschätzung der Forderung nach § 69 KO. findet nicht statt. Über die Frage eines Vorrechts der Gehaltsansprüche der Organe für die Zeit vor dem Konkurse vgl. zu § 61 Ziff. 1 a. **b)** **RG. 81** 335, DJZ. **13** 643. Die Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft leisten Dienste höherer Art, ihre Dienstführung untersteht daher gemäß § 675 BGB. den Regeln des Auftrags. Ihr Amt erlischt aber nicht bei Konkurseröffnung. Eine Störung des Konkurses durch das Fortbestehen des Auftrags, wie sie § 23 KO. voraussetzt, liegt nicht vor, vielmehr ist die Tätigkeit des Aufsichtsrats und des Konkursverwalters genau abgegrenzt, und beide sind notwendig. Der Verwalter ist auch nicht berechtigt, gemäß § 22 KO. zu kündigen; die Mitglieder des Aufsichtrsats können aber nach der Konkurseröffnung kein Entgelt mehr fordern, weil ihre Aufgabe damit fast ausnahmslos fortgefallen ist.

2. G m b H. OLG. **27** 252 (KG.). Der Geschäftsführer einer GmbH. gehört nicht zu den im § 22 Satz 1 erwähnten Personen, die auch nach der Konkurseröffnung einen Gehaltsanspruch aus dem Dienstvertrag erheben können. Er hat nicht nur Dienste tatsächlicher Natur, sondern hauptsächlich rechtliche Geschäfte für die Gesellschaft vorzunehmen. Sein Vertrag ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB. und erlischt deshalb nach § 23 KO. durch den Konkurs (J ä g e r § 23 Anm. 6; aM. S t a u b, GmbHG. [3] 355).

§ 23. E i n f l u ß d e s K o n k u r s e s a u f: **a)** D i e P r o z e ß v o l l m a c h t. OLG. **27** 260, BayRpflZ. **13** 465 (München). Durch die Konkurseröffnung wird die Prozeßvollmacht für ein die Konkursmasse betreffendes Verfahren nicht zum Erlöschen gebracht (aM. J ä g e r § 23 Anm. 9). **b)** D e n M ä k l e r v e r t r a g. *R e i c h e l, Mäklerprovision 217. § 23 KO. ist auf Mäkleraufträge des Gemeinschuldners höchstens insoweit anwendbar, als das zu vermittelnde Geschäft sich auf konkursbefangenes Vermögen bezieht. **c)** D i e A n w e i s u n g. LeipzZ. **12** 787 (Hamburg). Das Konkursverfahren ist ohne Einfluß auf eine von dem Gemeinschuldner vor dem Konkurs erteilte Anweisung; § 23 KO., der nur das Erlöschen eines erteilten Auftrags zum Gegenstande hat, greift hier nicht Platz (vgl. J ä g e r § 23 Anm. 17, SeuffA. **58** Nr. 32). **d)** D e n T r e u h a n d v e r t r a g. SeuffA. **68** 137, LeipzZ. **13** 88 (Hamburg). Ein überschuldeter Kaufmann übertrug seine Forderungen an zwei Rechtsanwälte als Treuhänder seiner sämtlichen Gläubiger mit der Ermächtigung, sie einzukassieren und beizutreiben und Zahlung an seine Gläubiger zu leisten. Diese Abrede ist dahin auszulegen, daß die Treuhänder verpflichtet sein sollten, die Forderungen und die eingehenden Beträge im gemeinsamen und gleichmäßigen Interesse sämtlicher Gläubiger und ohne Bevorzugung einzelner zu verwerten. Sie waren auch verpflichtet, soweit sie selbst Gläubiger waren, sich nur gleichmäßig mit den anderen Gläubigern aus den abgetretenen Forderungen und den Erträgen zu befriedigen, die Abrede enthielt also den Verzicht, nicht zum Nachteile der übrigen Gläubiger Zurückbehaltungs- und Auf-

rechnungsbefugnisse geltend zu machen. Daher ist im Konkurse des Treugebers die Aufrechnung der Treuhänder mit ihren vor der Übertragung der Liquidation entstandenen Forderungen unzulässig. Dagegen können sie mit ihrer Forderung für Übernahme und Ausführung des Liquidationsauftrags aufrechnen (vgl. aber Herz zu § 30 Ziff. IV 2 b α).

§ 24. 1. Voß, LeipzZ. **12** 277 ff., 354 ff. Die Vorschrift des § 24 KO. ist auf Löschungsverpflichtungen, die dem § 1179 BGB. folgen, nicht anwendbar. § 24 bezieht sich, wie sein Wortlaut erkennen läßt, nur auf solche Ansprüche, die eine Änderung des materiellen, durch das Grundbuch nachgewiesenen Rechtsstandes zum Gegenstande haben (§ 883 BGB.), während die Vormerkung aus § 1179 BGB. zur Sicherung einer Änderung in der formellen Darstellung des Grundbuchs gegeben ist. Das Recht des Sicherungsberechtigten auf entsprechende Änderung der formellen Grundbuchdarstellung bedarf als Masseforderung keiner besonderen Befriedigungsanweisung, wie sie betreffs der durch Vormerkung nach § 883 gesicherten Ansprüche im § 24 KO. gegeben ist. Die Sicherung nach § 1179 ist aber dringend zu empfehlen, damit das Recht des Sicherungsberechtigten auf Herbeiführung der seinem Rechte entsprechenden Grundbuchdarstellung weder durch Handlungen des Eigentümers noch durch solche des Konkursverwalters durchkreuzt werden kann.

2. LeipzZ. **12** 943, ZBlFG. **13** 581 (Hamm). Der Anspruch auf Löschungsbewilligung aus formlosen Versprechen des jetzigen Gemeinschuldners dringt im Konkurse nicht durch. Die den Anforderungen des § 875 Abs. 2 BGB. nicht genügende Erklärung des Berechtigten erzeugt lediglich obligatorische Wirkungen; dingliche werden nach § 24 KO. nur bei Eintragung einer Vormerkung erreicht (ebenso Goldmann, LeipzZ. **09** 358 f.; aM. Jäger § 6 Anm. 38 und die dort zitierten Entscheidungen des RG.).

§ 26. 1. **RG. 77** 106. Dem Konkursverwalter kann deswegen, weil er entsprechend den Vorschriften der KO. persönliche Ansprüche nicht voll erfüllt, nicht vertragswidriges Verhalten oder Arglist vorgeworfen werden. Er ist daher auch dem Gläubiger gegenüber, für den der Gemeinschuldner eine Briefgrundschuld bestellt hat, dem aber der Grundschuldbrief vor Konkurseröffnung noch nicht übergeben worden ist, zur Herausgabe des Briefes nicht verpflichtet. Der Gläubiger hat nur einen Geldanspruch gemäß § 69 KO.

2. Über die Folgen der Erfüllungsablehnung seitens des Verwalters vgl. § 17 IV.

Dritter Titel. Anfechtung.

§ 29. I. Dogmatisches. 1. Anfechtungsrecht und Widerspruchsklage. *Warnecke, LeipzZ. **12** 816 ff., mit eingehender Besprechung und Bekämpfung der Stellung des RG. Die Widerspruchsklage kann in keinem Falle auf das Anfechtungsrecht als einen bloßen „Anspruch" im Sinne des § 194 BGB. gestützt werden, weder bei Anfechtung der Pfändung selbst noch bei Anfechtung nur des Eigentumerwerbes des Pfandstücks seitens des Vollstreckungsschuldners. Die Widerspruchsklage setzt voraus a) Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum freiverfügbaren Schuldnervermögen im Zeitpunkte der Pfändung, beruhend auf b) einem dinglichen Rechte oder einem restitutiven Rückgewähranspruche des Intervenienten. Im ersten Falle der Anfechtung aber macht der anfechtende Gläubiger bzw. Konkursverwalter nicht Vermögensfremdheit des Pfandstücks in diesem Sinne geltend, er stellt das Eigentum des Vollstreckungsschuldners überhaupt nicht in Frage, sondern bestreitet lediglich dem Vollstreckungsgläubiger das Recht zur zwangsweisen Veräußerung des Pfandstücks und fordert traditive Rückgewähr vom Vollstreckungsgläubiger anstatt restitutive vom Vollstreckungsschuldner. AA. das RG. in unzutreffender Gleichstellung der hier vor-

liegenden „Unwirksamkeit" der angefochtenen Pfändung im Sinne von §§ 29 KO., 1 AnfG., mit der von § 771 ZPO. vorausgesetzten „Unrechtmäßigkeit" der Pfändung infolge Übergriffs über das frei verfügbare Schuldnervermögen, unter fälschlicher Gleichachtung der „veräußerungslindernden" und der „veräußerungshindernden" Rechte. Im zweiten Falle der Anfechtung wird zwar Rückgewähr vom Vollstreckungs schuldner gefordert, aber auch nur traditive, wodurch die Verfügungsmacht des Schuldners ebensowenig gehindert wird wie etwa die des Verkäufers durch den Übereignungsanspruch des Käufers. Der Anfechtungsberechtigte kann sich in beiden Fällen durch Arrest genügend sichern; § 766 ZPO. ist nicht anwendbar. AA. Voß, IDR. **10** zu § 29 I.

2. Rechtliche Natur des Anfechtungsrechts. a) Jäger, LeipzZ. **13** 23 ff., verteidigt insbesondere gegen Otte (vgl. IDR. **10** § 7 AnfG. VI) die Lehre von der nur schuldrechtlichen Wirksamkeit der Anfechtung. Die Anfechtbarkeit eines Erwerbes wegen Gläubigerbenachteiligung bedeutet ein Schuldverhältnis auf Rückgewähr, d. h. auf Wiederherstellung der durch die anfechtbare Handlung verkürzten Zugriffsmöglichkeit. Anfechten oder den Anfechtungsanspruch erheben oder das Anfechtungsrecht ausüben heißt: einen Rückgewähranspruch dieses Inhalts geltend machen. Der Anfechtungsanspruch erwächst nicht aus einer Anfechtungserklärung, nicht auf Grund der Anfechtung. Er beruht in der Anfechtbarkeit. Die Rückgewährpflicht bildet ein unmittelbar aus dem Gesetz erwachsendes Schuldverhältnis. Sie ist weder in rechtsgeschäftlichem Willen noch in unerlaubter Handlung, sondern in Tatbeständen begründet, die als solche eine Verbindlichkeit nur kraft besonderer Rechtsvorschrift erzeugen. b) List, GoldschmidtsZ. **72** 104 ff. Das Anfechtungsrecht ist ein Gestaltungsrecht. Wenn das Gericht den Anfechtungsbeklagten zur Rückgewähr verurteilen will, muß es zuerst der Unwirksamkeitserklärung der Partei die rechtliche Sanktion erteilen (133). Mit der richterlichen Prüfung des Vorhandenseins der Tatbestände der §§ 30 ff. und 3 ff. AnfG. steht und fällt auch der Anspruch auf Rückgewähr. Die richterliche Sanktion der Unwirksamkeitserklärung kann nur in Verbindung mit der Klage auf Rückgewähr verlangt werden. Es gibt im Systeme der Gläubigeranfechtung nur eine Klage nach erfolgter Anfechtung, und diese ist ihrem Wesen nach notwendig eine Leistungsklage. Für diese Klage ist der Gerichtsstand der Vertragserfüllung nicht gegeben (**RG. 30** 402, Jäger § 29 Anm. 18). c) **RG.** LeipzZ. **12** 691. Die Anfechtungsklage war rechtzeitig erhoben, der Beklagte hatte aber die Anfechtung unverzüglich unter Hinweis darauf zurückgewiesen, daß sie durch den Prozeßbevollmächtigten des Konkursverwalters erfolgt, eine Vollmacht desselben aber nicht vorgelegt worden sei. Hierzu wird bemerkt: das Anfechtungsrecht entsteht unmittelbar mit dem Vorhandensein der im Gesetze für die Gläubigeranfechtung gegebenen Voraussetzungen, ohne daß es dazu einer besonderen Anfechtungserklärung bedürfte. Die Anfechtung erfolgt wirksam im Wege der Klage, wenn in der Klage die die Anfechtung begründenden Tatsachen enthalten sind und die Klage nach den Vorschriften der ZPO. ordnungsmäßig erhoben ist (**RG. 52** 334, **58** 44, **62** 197). Die Wirksamkeit der Prozeßhandlung ist nach den Prozeßgesetzen zu beurteilen, § 174 BGB. kommt dabei nicht in Betracht.

3. Bedeutung des Güterstandes bei Anfechtungsprozessen. Meikel, R. **13** 158 ff. Der Güterstand hat für die Passivlegitimation bei Anfechtungsprozessen folgende Bedeutung: a) Gehört bei gesetzlichem Güterstande der anfechtbare Erwerb zum Vermögen des Mannes, so ist die Klage auf Rückgewähr ausschließlich gegen ihn zu richten. Gehört der Erwerb zum eingebrachten Gute der Frau, so geht die Klage auf Rückgewähr gegen diese, gleichviel ob der anfechtbare Erwerb von der Frau oder kraft seines Verwaltungsrechts von dem Manne gemacht wurde. Der Ehemann ist gemäß § 1411 BGB.

zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet, da die Ausnahmefälle der §§ 1412 bis 1414 BGB. nicht vorliegen. Gehört der anfechtbare Erwerb zum Vorbehaltsgute der Frau, so kann nur gegen diese auf Rückgewähr geklagt werden. Auch im Falle des § 1414 BGB. ist die Duldungsklage gegen den Mann unzulässig, gleichviel, ob die Frau ein Erwerbsgeschäft betreibt oder nicht. b) Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft ist, wenn der anfechtbare Erwerb zum Gesamtgute gehört, die Rückgewährverbindlichkeit eine Gesamtgutsverbindlichkeit. Daher kann nach § 740 ZPO. die Anfechtungsklage in jedem Falle, auch wenn die Frau den Erwerb gemacht hat, gegen den Mann erhoben werden. Hat die Frau den Erwerb gemacht, so kann die Anfechtungsklage gegen sie allein oder gegen sie und den Mann erhoben werden. Beim Vorbehaltsgute gilt dasselbe wie beim gesetzlichen Güterstande. Auf die anderen Güterstände finden die obigen Regeln entsprechende Anwendung.

II. Aus der Rechtsprechung. 1. Stellung des Verwalters zum Anfechtungsrechte. a) OLG. **25** 327 Anm. (Naumburg). Der Verwalter ist an die einmal erklärte Anfechtung nicht gebunden; er darf vielmehr die angefochtenen Verträge als gültig anerkennen und später wiederum auf die Anfechtung zurückgreifen. **b**) R. **13** Nr. 116 (Stuttgart). Hat der Konkursverwalter gegen mehrere Gläubiger des Gemeinschuldners, für die gleichzeitig der nämliche Gegenstand vor der Konkurseröffnung gepfändet worden war, Anfechtungsklage erhoben und hat hierauf einer der Gläubiger den Gegenstand freigegeben, so hat auf den entsprechenden Wertsanteil an dem Gegenstande nicht der Konkursverwalter Anspruch, sondern die übrigen Pfändungsgläubiger.

2. Die Anfechtung im einzelnen. a) Verträge zugunsten Dritter. *Kiefer, Gehaltsverfügungen zum Nachteile der Gläubiger. Würzburger Abhandlung 1913. Anfechtung von Verträgen, insbesondere von Lebensversicherungsverträgen zugunsten Dritter: anfechtbar sind, mag der Bezugsberechtigte sofort oder erst nachträglich benannt worden sein, die Gegenleistung des Versprechensempfängers an den Versprechenden sowie die Zuwendung des Anspruchs auf die Leistung; bei Lebensversicherungsverträgen daher sowohl die Prämienzahlungen wie auch die Zuwendung des Anspruchs auf die Versicherungssumme. Zwischen beiden Anfechtungsmöglichkeiten hat der Gläubiger die Wahl (66 f., 86 f.). **b**) Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts. *Kiefer aaO. 122. Die Aufgabe oder Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts ist nicht als Ganzes, sondern nur in ihren einzelnen Rechtshandlungen anfechtbar. Die spätere Betätigung des Schuldners in dem Unternehmen seiner Frau enthält nur eine Zuwendung von Arbeit, keine Zuwendung aus seinem Vermögen, weshalb sie der Anfechtung entzogen ist. **c**) Anfechtbarkeit von Mietpfändungen. OLG. **27** 252 (Breslau). Der Konkursverwalter kann die Pfändung auch solcher Mieten anfechten, die sonst dem Ersteher des Grundstücks zugefallen wären. Die Benachteiligung wird durch die Erteilung des Zuschlags nicht beseitigt. Wäre die Pfändung nicht erfolgt, so hätte der Konkursverwalter vor dem Zuschlag über die Mieten verfügen können. Die Anfechtung ist daher begründet, wenn der Verwalter an der Durchführung des Rechtsstreits ein Interesse hat. Das ist der Fall, da der Pfändungsgläubiger, wenn er die Mieten an die Masse zurückgewährt, dann wegen seiner Forderung nur in Höhe der Konkursdividende befriedigt wird. **d**) Anfechtbarkeit der Besitzübertragung. **RG.** LeipzZ. **12** 151 Ziff. 29. Auch die Übertragung des Besitzes kommt als anfechtbare Rechtshandlung in Betracht. Eine Benachteiligung der Gläubiger kann sie mit Rücksicht darauf enthalten, daß die im Gewahrsam eines Dritten befindlichen Sachen (des beweglichen Vermögens) nur bei Herausgabebereitschaft der Dritten der Pfändung zugänglich sind. e) Anfechtbarkeit von Scheingeschäften. Die Entsch. des RG. (JDR. **10** § 29 II. 7) findet sich jetzt auch in SeuffA. **67** 129.

§ 30. I. Allgemeines. 1. Rechtshandlung. a) **RG. 78** 334, DJZ. **12** 403. Die Pfändung auf Grund eines Arrestbefehls ist eine Rechtshandlung, die dem Gläubiger eine von ihm nicht zu beanspruchende Sicherung gewährt (vgl. **RG. 55** 321). b) **RG.** LeipzZ. **12** 935, JW. **12** 250. Zahlt ein Schuldner des Gemeinschuldners auf Grund eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vor Konkurseröffnung Beträge an einen Gläubiger aus, so kann eine auf die Zahlung beschränkte Anfechtung keinen Erfolg haben. Dem Gläubiger steht das Absonderungsrecht zur Seite, § 30 Nr. 1 Satz 2 ist dann nicht anwendbar, weil er die Befriedigung eines Konkursgläubigers voraussetzt. Ficht der Konkursverwalter zunächst nur die Zahlung an und dehnt er erst später seine Anfechtung auf das Pfandrecht aus, so ist bei dem Erfordernisse gerichtlicher Geltendmachung der Anfechtung zu prüfen, ob die weitergehende Anfechtung nach § 41 KO. noch rechtzeitig erklärt ist.

2. Prozessuale Fragen. a) Gerichtsstand. BadRpr. **13** 77 (Karlsruhe). Für die Anfechtungsklage aus § 30 Ziff. 1 und 2 KO. ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung begründet. Ebenso mit ausführlicher Begründung BadRpr. **13** 125 (Karlsruhe). b) Klagänderung. **RG. 79** 390, JW. **12** 876, R. **12** Nr. 1952. Sind in der Klage alle Tatumstände vorgebracht, die den erhobenen Anfechtungsanspruch sowohl nach § 30 Nr. 1 als nach Nr. 2 rechtfertigen, ist aber in der Klage erklärt, daß die Anfechtung auf § 30 Nr. 1 KO. gestützt werde, so hat das Gericht den Anfechtungsanspruch unter beiden Gesichtspunkten zu prüfen. Es liegt keine Klagänderung vor, wenn der Anspruch demnächst auf § 30 Nr. 2 KO. gestützt wird. Daher wird durch die Klagerhebung auch die Frist des § 41 KO. gewahrt.

II. Zahlungseinstellung. 1. Begriff der Zahlungseinstellung. a) **RG.** LeipzZ. **12** 320 ff., JW. **12** 306, R. **12** Nr. 682. Wenn vom Schuldner fällige Beträge zum Teil bezahlt, zum Teil nicht bezahlt werden, so kommt es für die Frage der Zahlungseinstellung darauf an, ob die Nichtzahlung die Regel oder die Ausnahme war (vgl. auch JDR. **10** § 30 II 1 h). Ein großer Wechselverkehr spricht nicht für die noch fortbestehende Kreditfähigkeit, wenn die Begleichung durch Wechsel vertragsmäßig vorgesehen war. Es kommt nicht auf die Zahl der befriedigten und nichtbefriedigten Gläubiger, sondern auf die Summe der bezahlten und nichtbezahlten Schulden an. Für die Frage der Zahlungseinstellung ist entscheidend, ob und in welchem Umfange der Schuldner seine fälligen Geldschulden, nicht seine Warenschulden, erfüllt. Der Wille des Schuldners, nicht mehr zu zahlen, ist zur Zahlungseinstellung nicht erforderlich. Ebenso **RG.** ElsLothJZ. **12** 265. b) **RG.** LeipzZ. **13** 488, R. **13** Nr. 888 b. Zur Feststellung der Zahlungseinstellung genügt es, daß der Anfechtungskläger Tatsachen anführt, aus deren Zusammenhalt erkennbar hervorgeht, daß der Schuldner die Erfüllung fälliger und eingeforderter Geldschulden wegen eines solchen Mangels unterlassen hat. Eine zu strenge Anforderung an die Substantierungspflicht des Klägers wird gestellt, wenn ihm zugemutet wird, eine vollständige Aufzählung der fälligen und angemahnten Forderungen zu liefern, damit der Gegner Gelegenheit habe, sich im einzelnen zu erklären. c) **RG.** R. **12** Nr. 931. Zum Begriffe der Zahlungseinstellung gehört es nicht, daß sie gegenüber dem Anfechtungsgegener in die Erscheinung getreten sei; es ist nur nötig, daß sie sich überhaupt, wenn auch nicht für jedermann, offenbart habe (**RG. 51** 414, R. **10** Nr. 2275). Sie kann also vorgelegen haben, wenn auch der Anfechtungsgegener nichts davon gewußt hat, was aus der Regelung der Beweislast im § 30 KO. ohne weiteres hervorgeht. d) **RG.** LeipzZ. **12** 661 Nr. 29. Eine Erklärung, zur sofortigen Bezahlung aller Schulden bereite Mittel nicht zu haben, läßt weder ohne weiteres eine Zahlungseinstellung erkennen, noch auch schließt sie die Wiederaufnahme der Zahlungen aus, da aus ihr nicht ersichtlich ist, daß alle Schulden fällige und drängende sind.

2. Einzelfälle. a) BadRpr. **12** 26 (Karlsruhe). Wenn eine Firma zur Zahlung fälliger Wechselschulden außerstande ist und dem dringenden Gläubiger statt barer Zahlung alle vorrätigen, teilweise sogar zweifelhaften Vermögensstücke zur Befriedigung oder Sicherheit übergibt, so bringt sie dadurch die Zahlungseinstellung zum Ausdrucke. Dem steht nicht entgegen, daß die Firma noch neue Bestellungen macht und im Geschäfte weiter arbeiten läßt. b) **RG.** BadRpr. **12** 35. Zahlungseinstellung liegt, trotzdem der Gemeinschuldner sehr oft verklagt, auch vielfach ausgepfändet worden ist und zahlreiche Wechsel hat zu Protest gehen lassen, dann nicht vor, wenn diese Tatsachen nicht auf einen dauernden Mangel von bereiten Zahlungsmitteln, sondern auf vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten zurückzuführen sind. Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn dem Gemeinschuldner noch ein erheblicher Barkredit zur Verfügung steht, der ihm in großem Umfange die Leistung von Zahlungen und sonstigen Geldausgaben ermöglicht. c) OLG. **27** 257 (Braunschweig). 1. Werden in einem Schreiben an die Gläubiger die Vermögensverhältnisse des Schuldners dargelegt und die Annahme eines Moratoriums empfohlen, so kann in dem Abschlusse des Moratoriums eine Zahlungseinstellung nicht gefunden werden. Wird aber in einem späteren Schreiben mitgeteilt, daß eine Fortführung des Geschäfts nicht möglich und deshalb ein Ausverkauf wegen Geschäftsauflösung und eine möglichst schnelle Verwertung des Warenlagers und der Außenstände zu empfehlen sei und daß sich der Schuldner damit einverstanden erklärt habe, so gibt damit der Schuldner seine dauernde Unfähigkeit, seine Gläubiger zu befriedigen, zu, und darin liegt die Erklärung der Zahlungseinstellung. 2. Teilt der Gemeinschuldner in einem Schreiben an seine Gläubiger diesen mit, daß Konkurs zu befürchten sei, wobei höchstens 20—25 pCt. herauskommen würden, während bei einer Liquidation voraussichtlich die Verbindlichkeiten der Firma voll gedeckt würden, so gesteht er damit seinen wirtschaftlichen Zusammenbruch ein.

III. Kenntnis der Zahlungseinstellung. a) Begriff. **RG.** LeipzZ. **13** 147 Nr. 26. Für die Anwendung des § 30 KO. genügt es nicht, daß der Anfechtungsbeklagte die ungünstige Vermögenslage des Gemeinschuldners gekannt hat, vielmehr ist nach feststehender Rechtsprechung die Kenntnis einer erfolgten Zahlungseinstellung nur dann anzunehmen, wenn der Anfechtungsbeklagte in den ihm bekannten Tatsachen tatsächlich das Vorliegen einer Zahlungseinstellung erblickt hat (vgl. JDR. § 30 III a). b) Maßgebender Zeitpunkt. α. **RG.** R. **13** Nr. 1223. Bei der Anfechtung einer Grundbucheintragung ist für die Frage der Kenntnis von dem Eröffnungstag oder der Zahlungseinstellung entscheidend, ob diese Kenntnis beim Gläubiger zur Zeit der Eintragung selbst vorhanden war, da erst durch diese die Vermögensverschiebung sich vollzieht (**RG. 68** 152). β. LeipzZ. **12** 331 (Colmar). Die der angefochtenen Rechtshandlung nachfolgende Kenntnis der Zahlungseinstellung ist unschädlich. c) Kenntnis des Vertreters. α. Allgemein. LeipzZ. **13** 90 (Augsburg). Hat bei einer anfechtbaren Rechtshandlung nicht der Gemeinschuldner, sondern sein Vertreter gehandelt, so ist für das Vorliegen der Begünstigungs- oder Benachteiligungsabsicht die Person des Vertreters maßgebend. β. Kenntnis des Anwalts. Jäger, LeipzZ. **12** 205 ff., teilt folgende Entsch. des LG. Metz mit: der Anfechtungsbeklagte hatte seinem Bevollmächtigten Wechsel übergeben, eine Prozeßvollmacht ausgestellt und ersucht, das Weitere durch Einklagung der Wechsel zu veranlassen. Ein besonderer Auftrag zur Vollstreckung, zur alsbaldigen Vornahme derselben und zur Pfändung bestimmter Gegenstände war nicht erteilt. Hiernach kommt es für den Gegenbeweis aus § 30 Nr. 2 KO. gemäß § 166 BGB. nur auf die Kenntnis des Bevollmächtigten an. Hierzu bemerkt Jäger: nicht nur die Kenntnis des Prozeßbevollmächtigten begründet die Anfechtbarkeit, sondern es genügt auch, wenn der Machtgeber den Beweis der Unkenntnis nach § 30 Nr. 2 für seine Person

nicht führen kann. Die Vollmacht, eine Geldforderung einzuklagen und beizutreiben, enthält im Sinne des § 166 Abs. 2 BGB. hinreichend „bestimmte Weisungen". Dieses Urteil ist aufgehoben durch Entsch. des OLG. Colmar (LeipzZ. **12** 865). § 166 Abs. 2 BGB. darf nicht so einschränkend ausgelegt werden, wie es das LG. tut. Auch wenn der Gläubiger nicht ausdrücklich bei Übergabe der Wechsel die Notwendigkeit der Vollstreckung erwähnt hat, was selbstverständlich war, liegen bestimmte Weisungen vor. γ. Kenntnis des Bureauvorstehers. **RG.** LeipzZ. **12** 236. Auf die Kenntnis des Bureauvorstehers des Anwalts des Anfechtungsgegners kommt es nicht an, da er nur Erfüllungsgehilfe des Anwalts, nicht Vertreter des Anfechtungsgegners ist. δ. Kenntnis des Gerichtsvollziehers. **RG.** LeipzZ. **12** 322, JW. **12** 307, R. **12** Nr. 681. Der Gerichtsvollzieher ist bei Vornahme der Pfändung zwar Beauftragter, aber nicht privatrechtlicher Stellvertreter des Gläubigers (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **44** 1203). Es kommt daher auf seine Kenntnis im Sinne des § 30 Nr. 2 KO. nicht an, dagegen muß der Gläubiger die Kenntnis seines rechtsgeschäftlichen Stellvertreters gegen sich gelten lassen. Ebenso **RG.** ElsLothJZ. **12** 265.

IV. Benachteiligung der Gläubiger. 1. Fälle, in denen eine Benachteiligung nicht vorliegt. a) LeipzZ. **12** 330 (Colmar). Bezahlt der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung eine Schuld aus Geldmitteln, die ihm zu diesem Zwecke von einem Dritten darlehnsweise gegeben werden, so ist die Masse nicht benachteiligt, mag das dargeliehene Geld direkt an den Gläubiger gezahlt oder vorher in die Masse gekommen sein. Ist das erstere der Fall, hat also der Dritte den Gläubiger direkt befriedigt, so ist einfach an Stelle des ursprünglichen Gläubigers ein anderer in derselben Höhe getreten. Ist das Geld durch den Schuldner bezahlt worden, so liegt eine Benachteiligung der Konkursgläubiger deshalb nicht vor, weil die Verminderung der Aktivmasse durch die Auszahlung in untrennbarem Zusammenhange mit dem Zuwachse steht, den sie durch die Darlehnsgewährung gibt (vgl. Jäger § 29 Anm. 44 aE., **RG. 48** 148, OLG. **4** 174). **b)** BadRpr. **13** 117 (Karlsruhe). Die Anfechtung erfordert Benachteiligung der Gläubiger. Es genügt die Benachteiligungsabsicht des Schuldners allein nicht, wenn das veräußerte Vermögensstück den Gläubigern keine Befriedigungsmöglichkeit verschafft hätte. Das ist regelmäßig der Fall, wenn der Gegenstand mit wirksamen, seinen Wert erschöpfenden Pfandrechten belastet und nach Sachlage nicht zu bezweifeln ist, daß der gesicherte Gläubiger sein Pfandrecht voll in Anspruch nehmen wird. c) PosMSchr. **13** 11 (Königsberg). Eine Benachteiligung liegt nicht vor, wenn die weggeschafften Gegenstände Zubehör eines Grundstücks waren und deshalb nach § 865 Abs. 2 ZPO. nicht gepfändet werden konnten.

2. Vorliegen einer Benachteiligung. a) Treuhandvertrag. **RG. 81** 144, LeipzZ. **13** 308. Hat der Gemeinschuldner vor dem Konkurs Außenstände an eine Treuhandgesellschaft abgetreten und hat diese auf seine Anweisung Zahlungen geleistet, so kann darin eine Benachteiligung der übrigen Konkursgläubiger liegen, obwohl die Befriedigung mit fremden Mitteln erfolgt ist. Denn die Treuhandgesellschaft kann sich für die durch die Zahlung entstehende Ersatzforderung an ihre Sicherung halten und sich vollständig befriedigen, während der befriedigte Gläubiger sonst nur eine Konkursforderung hätte anmelden können. **b)** α. Herz, JW. **13** 248, teilt folgende Entsch. des KG. (➡ jetzt abgedruckt in SeuffA. **68** 214. — Red. ⬅) mit: beauftragt der nicht mehr zahlungsfähige Gemeinschuldner einen Anwalt mit der Herbeiführung eines Moratoriums und zahlt er für die Tätigkeit des Anwalts bares Geld, so liegt eine Benachteiligung der Gläubiger vor, weil zwar das bare Geld, nicht aber die Dienste des Anwalts ein Befriedigungsobjekt für die Gläubiger sind. Herz weist auf die Konsequenz hin, daß danach jedes

Honorar insolventer Personen für Beratung und Prozeßführung im Konkurse zurückgefordert werden kann, und bekämpft die Entscheidung. Für die Frage der Anfechtbarkeit kommt es darauf an, ob die Masse durch den Geschäftsabschluß geschädigt ist oder ob die Ausgabe wirtschaftlich zweckmäßig war. Das letztere ist bei der Tätigkeit des Anwalts zwecks Herbeiführung eines Akkordes unzweifelhaft der Fall. β. Dazu Wolff, LeipzZ. **13** 746. Die Zahlung des Entgelts für die immaterielle Leistung eines Werkvertrags kann der Anfechtung unterliegen. Die Anfechtung kann aber ausgeschlossen sein, wenn es sich um die Leistung aus einem Vertrage handelt, der im Interesse der Gläubiger geschlossen ist (wird an einem Beispiele gezeigt). Die Entsch. des KG. wird gebilligt.

V. Anfechtung nach Nr. 2. 1. Deckungsgeschäfte. a) **RG.** SeuffA. **67** 225. Bei kongruenten Deckungsgeschäften kann in der Regel angenommen werden, daß der Wille des Schuldners nicht auf Benachteiligung der Gläubiger, sondern darauf gerichtet gewesen ist, einer begründeten Verbindlichkeit gerecht zu werden, und in solchen Fällen das bloße Bewußtsein des Schuldners von der Schädigung anderer Gläubiger in der Regel nicht ausreicht, um einen Gläubigerbenachteiligungswillen festzustellen. Dagegen kann in Fällen inkongruenter Deckung angenommen werden, daß der die Deckung empfangende Gläubiger vor den übrigen bevorzugt und diese geschädigt werden sollten. Ebenso **RG.** JW. **12** 307, LeipzZ. **13** 486, R. **13** Nr. 888. **b)** **RG.** LeipzZ. **13** 398, R. **13** Nr. 889. Im Falle des § 30 Nr. 2 KO. ist bei einem Deckungsgeschäfte ein Bevorzugungswille schon anzunehmen, wenn der Schuldner in dem Bewußtsein handelt, daß es zum Konkurs über sein Vermögen kommen werde oder kommen könne, und daß der Gläubiger, dem die Deckung gewährt wird, dadurch besser als andere Gläubiger gestellt werde. **c)** **RG. 78** 334, R. **12** Nr. 930. Es genügt in den Fällen der sog. inkongruenten Deckung, daß sie nach der Zahlungseinstellung gewährt ist, um die Verurteilung des Anfechtungsbeklagten zu rechtfertigen, der den doppelten Nachweis seiner Unkenntnis von der Zahlungseinstellung und von der Begünstigungsabsicht nicht führt. **d)** **RG.** LeipzZ. **13** 310. Abtretung einer Forderung zur Deckung einer Geldschuld ist kein reines Erfüllungsgeschäft.

2. Pfändung nach vorausgehender Ankündigung (§ 845 ZPO.). a) Rothbarth, DJZ. **12** 567. Wird eine Forderungspfändung, der eine Pfändungsnachricht nach § 845 ZPO. vorausgegangen ist, nach § 30 Nr. 2 KO. angefochten, so ist für die Frage, ob die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit vorliegen, die Zeit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses maßgebend. Zur Anfechtung des Pfandrechts genügt es, wenn diese Zustellung in die kritische Zeit fällt, mag auch die Pfändungsnachricht in anfechtungsfreier Zeit zugestellt sein. **b)** OLG. **26** 401, LeipzZ. **13** 324 (Naumburg). Liegt eine Pfändungsankündigung nach § 845 ZPO. vor, so ist bei Prüfung der Anfechtungsvoraussetzungen nicht der Tag der Zustellung dieser Ankündigung, sondern der endgültigen Pfändung maßgebend. Die Ausnahmewirkung des § 845 Abs. 2 ist auf die Erhaltung des zeitlichen Vorranges gegenüber späteren Zugriffen zu beschränken, nicht aber auf die Beurteilung der Anfechtbarkeit auszudehnen (ebenso Jäger § 30 Anm. 36, Wilmowski § 30 Anm. 28, aM. **RG. 42** 365, Gaupp-Stein § 845 Nr. 45). **c)** LeipzZ. **13** 954, R. **13** Nr. 2489 (Hamburg). Ist die Pfändung eines Anspruchs, weil sie nach der Zahlungseinstellung erfolgte und letztere dem Pfandgläubiger bekannt war, anfechtbar, so verliert auch die auf Grund des § 845 ZPO. vorgenommene Vorpfändung ihre Wirkung (a. M. **RG. 42** 365). **d)** PosMSchr. **12** 105 (Stettin). Ist ein Pfändungsbeschluß nach § 30 KO. anfechtbar, so gibt die Vorpfändung aus § 845 ZPO. kein wirksames Pfandrecht, auch wenn sie nicht selbständig anfechtbar ist. Die Bewirkung einer gerichtlichen Pfändung im Sinne des § 845 Abs. 2 tritt nicht ein, wenn die nachfolgende gerichtliche Pfändung der

Wirksamkeit entbehrt, weil sie anfechtbar ist (ebenso Jäger § 30 Anm. 36, Wilmowski § 30 Anm. 28, aM. **RG. 42** 365).

3. Beweislast. **RG.** LeipzZ. **14** 377. Nach § 30 Nr. 2 KO. hat der Beklagte zu beweisen, daß ihm eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, nicht bekannt war. Ihm ist in dieser Hinsicht die Behauptungs- und Beweislast auferlegt; seine Sache ist es, zu behaupten und nötigenfalls zu beweisen, daß er eine solche Kenntnis nicht gehabt habe. Eines solchen Beweises bedarf es nicht, wenn der Kläger die vom Beklagten behauptete Nichtkenntnis zugesteht. Ein solches Zugeständnis setzt aber notwendig voraus, daß zunächst vom Beklagten eine bezügliche Behauptung aufgestellt wird; solange dies nicht geschieht, besteht für den Kläger kein Anlaß, sich darüber auszusprechen.

§ 31. 1. Benachteiligungsabsicht. a) **RG.** LeipzZ. **12** 152 Nr. 30. Die Gläubigerbenachteiligung braucht nicht einziger Beweggrund des Handelns zu sein. Auch mit einem zwecks Sanierung eines gefährdeten Betriebs vorgenommenen Rechtsgeschäft kann die Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers und damit die Benachteiligung der übrigen beabsichtigt sein. Es genügt, daß die Benachteiligung für den Fall des Scheiterns der geplanten Sanierung als notwendige Folge des Rechtsgeschäfts (im Streitfall einer Übereignung an Erfüllungs Statt) vom Willen des Schuldners mitumfaßt ist. **b) RG.** GruchotsBeitr. **56** 1078. Ist sich der begünstigte Gläubiger der Benachteiligung der übrigen als einer notwendigen Folge seines Handelns für den Fall des Konkurseintritts bewußt und zieht er dabei die Möglichkeit eines Konkurses als naheliegend in den Kreis seiner Berechnung, so liegt eine Benachteiligungsabsicht vor, mögen auch die Parteien sich mit der entfernten Hoffnung getragen haben, die Schwierigkeiten durch Abschluß des Geschäfts zu überwinden.

2. Eideszuschiebung über den Tatbestand von Nr. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 562. Die Eideszuschiebung an den Gläubiger über den Tatbestand des § 31 Nr. 1 KO. bei Vorliegen eines inkongruenten Deckungsgeschäfts ist zulässig.

§ 32. I. Begriff der Unentgeltlichkeit. 1. Allgemeines. **a)** LeipzZ. **12** 867, R. **12** Nr. 1848 (Colmar). Die Unentgeltlichkeit einer Zuwendung im Sinne des § 32 KO. setzt voraus, daß beide Parteien eine unentgeltliche Zuwendung wollen. Hat auch nur einer von ihnen das Rechtsgeschäft für entgeltlich gehalten, so fällt es nicht unter § 32 KO. Hier ist insofern eine Lücke im Gesetz, als ein Schuldner, der sich mit seinen Kindern erster Ehe gemäß § 1669 BGB. auseinandersetzt, durch Verwendung eines gutgläubigen Pflegers den Gläubigern Vermögensstücke zugunsten seiner Kinder entziehen kann. **b)** *Noell 67 ff. Der Begriff der unentgeltlichen Verfügung und des Gelegenheitsgeschenkes ist für die Anfechtung ein besonderer und deckt sich weder mit dem der Schenkung noch dem der unentgeltlichen Verfügung oder der unentgeltlichen Zuwendung im BGB. (vgl. auch zu § 516 BGB. Ziff. I).

2. Einzelfälle. a) **RG.** SeuffA. **68** 382, JW. **13** 608, BayRpflZ. **13** 254, LeipzZ. **13** 562, R. **13** Nr. 1381. Unentgeltlich im Sinne des § 32 Nr. 1 KO. ist eine Zuwendung, für die der Gemeinschuldner nach der Auffassung beider Teile eine Gegenleistung als gleichwert nicht erhalten soll (vgl. **RG. 62** 44). Der Gegenwert für die Verfügung kann auch in einer Schuldbefreiung, einer Stundung oder Kreditgewährung liegen. Eine Pfandbestellung oder Bürgschaft für fremde Verbindlichkeit, ohne daß eine Verpflichtung dazu vorliegt und ein Entgelt dafür gegeben wird, ist regelmäßig eine unentgeltliche Verfügung. Ein eigenes wirtschaftliches Interesse reicht aber aus, um der Sicherheitsbestellung den Charakter der Unentgeltlichkeit zu nehmen (vgl. JW. **05** 442, Jäger § 32 Anm. 8). **b)** OLG. **27** 258, R. **12** Nr. 3427 (Braunschweig). Eine Verfügung ist dann unentgeltlich, wenn

sie nach der Absicht der Parteien ohne gleichwertige Gegenleistung erfolgt, indem weder der Verfügende etwas erhält, noch der Empfänger etwas weggibt (**RG. 51** 415, **62** 44). Eine solche Gegenleistung kann in der Befreiung von einer Verpflichtung liegen. Eine Gegenleistung liegt auch vor, wenn eine Ehefrau für den Schaden, der durch Veruntreuungen ihres Ehemanns, dessen Dienstherrn entstanden ist, diesem gegenüber die selbstschuldnerische Bürgschaft für den Schaden übernimmt, um zu verhüten, daß eine Strafanzeige erfolgt und der Ehemann aus seiner Stellung entlassen wird. **c)** *Kirchmann, LeipzZ. **12** 630 f. Anfechtung einer unentgeltlichen Verfügung des Gemeinschuldners über seine Lebensversicherung. In anderer Weise (als Anfechtung des Vertragsabschlusses, Anfechtung der einzelnen Prämienzahlungen, Anfechtung der Auszahlung der Versicherungssumme) kommt der Anfechtung einer Lebensversicherung im Konkurse des Versicherungsnehmers eine praktische Bedeutung nicht zu. **d)** Das in JDR. **10** zu § 32 I 4 erwähnte Urt. des RG. findet sich jetzt auch in **RG. 77** 50.

II. Prozessuales. LeipzZ. **12** 866 (Colmar). Der Übergang von der Anfechtung aus §§ 32 Nr. 1, 31 Nr. 2 KO. zum Anspruch aus §§ 812, 826 BGB. enthält eine unzulässige Klagänderung.

§ 36. 1. OLG. **25** 327 (Posen). Wird gegen einen Gläubiger, der vor der Konkurseröffnung gepfändet hat, nach der Eröffnung Interventionsklage erhoben, so kann der Gläubiger im Interventionsprozesse den Vertrag, auf den sich der Kläger stützt, nicht anfechten. Das Anfechtungsrecht kann jetzt nur vom Verwalter ausgeübt werden. Es stünde dem Gläubiger zwar zu, wenn er absonderungsberechtigt wäre. Das ist aber nicht der Fall, da die gepfändeten Gegenstände gerade durch den angefochtenen Vertrag aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden sind. Eine erfolgreiche Anfechtung würde daran nichts ändern, da sie nur obligatorische Wirkung hat.

2. Über die Stellung des Verwalters zur Anfechtung vgl. § 29 Ziff. **11** 1.

3. Über die Einwirkung des Konkurses auf Anfechtungsprozesse von Einzelgläubigern vgl. § 13 AnfG.

§ 37. 1. Obligatorische Natur des Rückgewähranspruchs. OLG. **25** 327 (KG.). Die Anfechtung begründet nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr. Würde man auch eine dingliche Wirkung anerkennen, so könnte diese nur zwischen den Beteiligten des Anfechtungsstreits wirken. Dagegen kann der unterlegene Anfechtungsgegner die durchgeführte Anfechtung nicht zum Anlasse nehmen, einem Dritten gegenüber die Rechte rückgängig zu machen, die dieser auf Grund des angefochtenen Vertrags oder auf Grund der durch den Vertrag geschaffenen Sachlage einmal erworben hat (**RG. 13** 7).

2. Auskunftserteilung zur Vorbereitung der Rückgewähr. OLG. **25** 328 (Braunschweig). Hat der Gemeinschuldner Ländereien verpachtet, so kann der Konkursverwalter zur Vorbereitung der Anfechtung zwar nicht Rechnungsablegung im Sinne des § 259 BGB., wohl aber unter Umständen Auskunftserteilung verlangen (Jäger § 37 Anm. 19, Wilmowski § 37 Anm. 8 b, JW. **98** 360; aM. OLG. **2** 265). Der Anspruch setzt aber Benachteiligung voraus, es kommt also darauf an, ob die Werte, die der Masse durch den angefochtenen Vertrag zugeflossen sind, geringer sind als diejenigen, welche sie unter Berücksichtigung der ganzen Sach- und Vermögenslage nachweislich gehabt haben würden, wenn die verpachteten Ländereien beim Gemeinschuldner verblieben wären.

§ 41. 1. Die Frist ist eine Ausschlußfrist. OLG. **25** 330 (Breslau). Die Frist des § 41 ist eine Ausschluß-, keine Verjährungsfrist. Sie wird daher nicht durch ein außergerichtliches Anerkenntnis des Anfechtungsgegners gemäß § 208 BGB. unterbrochen.

2. Wahrung der Frist. a) Durch Eventualaufrechnung? **RG. 79** 24, JW. **12** 596, LeipzZ. **12** 461 Nr. 34, R. **12** Nr. 1367. Das Anfechtungsrecht muß gerichtlich geltend gemacht werden. Das ist aber nur dann der Fall, wenn es im Prozeß in einer Art und Weise verwertet wird, die nach dem Willen des Anfechtenden dazu bestimmt ist, den aus der anfechtbaren Handlung abgeleiteten Rückgewähranspruch zu verwirklichen. Auch die Eventualaufrechnung ist zur gerichtlichen Geltendmachung geeignet. Tritt aber der Eventualfall nicht ein, wird vielmehr die Klage als unbegründet abgewiesen, so ist die Frist des § 41 KO. nicht gewahrt. **b)** Durch Klagerhebung beim unzuständigen Gerichte? SeuffA. **67** 216, LeipzZ. **12** 204 (Jena). Die Frist des § 41 KO. wird nur durch Erhebung einer Anfechtungsklage beim zuständigen Gerichte gewahrt. Klagerhebung ist nötig, um die Unsicherheit der Rechtslage zu beseitigen. Die Unsicherheit wird aber nur gehoben, wenn ein Gericht angerufen wird, das in der Lage ist, eine Entscheidung über den Anfechtungsanspruch herbeizuführen. Hierzu bemerkt Jäger aaO. Die Klage beim unzuständigen Gerichte genügt zur Fristwahrung, wenn das Gericht nachträglich zuständig, der Rechtsstreit an das zuständige Gericht verwiesen oder der Zuständigkeitsmangel durch die Rechtskraft des Urteils geheilt wird. Es genügt aber auch, wenn die Klage beim unzuständigen Gerichte zurückgenommen oder wegen Unzuständigkeit abgewiesen und dann binnen 6 Monaten beim zuständigen Gericht erhoben wird. § 212 BGB. ist entsprechend anzuwenden.

3. Zu Abs. 2. **a)** BadRpr. **13** 26 (Karlsruhe). Das Recht des Konkursverwalters, eine Leistung nach § 41 Abs. 2 KO. wegen gerechtfertigter Anfechtung zu verweigern, besteht so lange, als die Leistung, die angefochten werden soll, an den Anfechtungsgegner noch nicht vollzogen ist (Jäger § 41 Anm. 8—10, **RG. 62** 197). Hat der Anfechtungsgegner vor dem Konkurs eine Forderung des Gemeinschuldners in anfechtbarer Weise gepfändet und ist der Betrag der Forderung vom Drittschuldner hinterlegt, so kann der Verwalter Einwilligung in die Auszahlung noch nach Ablauf der Frist des § 41 Abs. 1 KO. verlangen. **b)** R. **12** Nr. 1079 (Colmar). Es besteht kein allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß auch nach Ablauf der im Abs. 1 des § 41 festgesetzten Ausschlußfrist dem Konkursverwalter die Einrede der Anfechtung gegen jeden Anspruch zustehe, durch den der Anfechtungsgegner auf Grund der anfechtbaren Handlung von der Konkursmasse etwas verlangt (gegen **RG. 62** 200).

§ 42. 1. Ricks, DNotV. **13** 729. Bei der Anfechtung von Grundbucheintragungen kommt es für die Frage der Kenntnis von dem Konkurseröffnungsantrag oder der Zahlungseinstellung lediglich darauf an, ob diese Kenntnis beim Berechtigten der Eintragung zu der Zeit vorhanden gewesen ist, in welcher die Eintragungsanträge bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange sofort nach ihrem Eingange beim Grundbuchamte von diesem, gleichviel ob ohne oder unter Anwendung des § 18 GBO., durch Eintragung hätten erledigt werden können. Es entscheidet nicht das Datum der späteren schließlichen Eintragung, etwa nach Anwendung des § 18 GBO. oder, weil eine Verzögerung der Eintragung durch das Grundbuchamt z. B. durch Aktenversendung verschuldet worden ist, wie das RG. in **RG. 81** 424 annimmt. Die Vorschriften über die Folgen des § 18 GBO. müssen für den Fall der Behinderung des Grundbuchamts wegen der in dieser Hinsicht vorhandenen Lücke in der GBO. schlimmstenfalls entsprechend Anwendung finden.

2. **RG. 81** 424, JW. **13** 555. § 42 KO. ist trotz seiner unklaren Fassung auch auf den Fall des § 878 BGB., also dann anzuwenden, wenn der Eintragungsantrag vor Konkurseröffnung, die Eintragung selbst erst nachher erfolgt ist und deshalb zunächst nach § 15 KO. die Eintragung den Konkursgläubigern gegenüber wirksam ist. Bei der Anfechtung der Eintragung kommt es für die Frage der Kenntnis von

dem Eröffnungstag oder der Zahlungseinstellung nur darauf an, ob diese Kenntnis zur Zeit der Eintragung vorhanden war.

3. Vgl. auch zu § 15.

Vierter Titel. Aussonderung.

§ 43. 1. Aussonderung bei unzulässigem Eigentumsvorbehalte. *Bendix, LeipzZ. **12** 213 ff. Hat der Verkäufer die ohne Vorbehalt des Eigentums verkaufte Ware dem Käufer geliefert, bei der Übergabe der Ware aber unter Widerspruch des Käufers sich das Eigentum vorbehalten, so ist zwar mangels einer Willensübereinstimmung hinsichtlich der Übereignung das Eigentum bei dem Verkäufer verblieben. Der Käufer ist aber nach § 986 BGB. zur Verweigerung der Herausgabe der Ware an den Verkäufer befugt. Dieses Verweigerungsrecht steht im Konkurse des Käufers dem Konkursverwalter zu; der Aussonderungsanspruch des Verkäufers ist insoweit unbegründet, da für diesen Anspruch die bürgerlichrechtlichen Vorschriften mit den aus den §§ 43 ff. KO. ersichtlichen Einschränkungen maßgebend sind.

2. Aussonderung beim Treuhandvertrag. Aussonderung: a) Des Treugebers. α. **RG. 79** 121, PosMSchr. **12** 37, R. **12** Nr. 1551. Ein dem Gemeinschuldner „nicht gehöriger" Gegenstand ist auch ein solcher, der ihm zu treuen Händen übertragen ist. Der Treugeber hat einen Aussonderungsanspruch (vgl. Jäger § 43 Anm. 38). An der Entsch. **RG. 45** 80 wird festgehalten. Ähnlich **RG.** ZBlFG. **13** 42. β. BadRpr. **13** 158 (Karlsruhe). Der fiduziarische Veräußerer hat im Konkurse des Fiduziars einen mit Aussonderungskraft versehenen persönlichen (nicht dinglichen) Herausgabeanspruch (vgl. Jäger § 43 Anm. 4 ff.. Er kann daher nicht auf Grundbuchberichtigung klagen. Ein fiduziarisches Verhältnis liegt nicht vor, wenn der Gemeinschuldner im Auftrage des Aussondernden, aber im eigenen Namen einen Gegenstand von dritter Seite erworben hat, wenn also eine mittelbare Stellvertretung vorliegt. Hier hat der eigentliche Geschäftsherr keinen Herausgabe-, sondern nur einen Verschaffungsanspruch, der als Konkursforderung nach § 69 KO. umzurechnen ist. **b)** Des Treuhänders. OLG. **26** 48, SeuffA. **67** 428, DJZ. **13** 592 (Braunschweig). Der Treuhänder kann im Konkurse des Treugebers sein Eigentum nicht nur nach Art eines Absonderungsberechtigten geltend machen, sondern Aussonderung verlangen (vgl. JW. **06** 104). Allerdings darf er nicht gleichzeitig im Konkurse sein Eigentum und die gesicherte Forderung geltend machen. § 64 KO. findet auf Sicherungsübereignungen nur entsprechende Anwendung (JW. **10** 29, OLG. **15** 238).

3. Aussonderung nach Anfechtung des dinglichen Vertrags. SeuffA. **67** 345 (Dresden). Der Verkäufer, der arglistig über die Kreditfähigkeit des später in Konkurs verfallenen Käufers getäuscht worden ist und die Erfüllung des Kaufgeschäfts anficht, hat ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Käufers.

4. Vollstreckung eines gegen den Gemeinschuldner ergangenen Urteils auf Herausgabe gegen den Verwalter. SächsOLG. **33** 235. Liegt ein rechtskräftiger Titel vor, wonach ein Schuldner verpflichtet ist, gewisse zum Zubehör eines Grundstücks gehörige Gegenstände herauszugeben, so kann auch noch nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners eine vollstreckbare Ausfertigung des Titels zum Zwecke der Durchführung des Aussonderungsrechts gegen den Konkursverwalter erteilt werden. Der Vollstreckung eines solchen Anspruchs steht die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht entgegen (§ 43 KO.). Die Vorschrift des § 865 Abs. 2 Satz 1 ZPO. aber, wonach Sachen, die Zubehör eines Grundstücks sind, nicht gepfändet werden

können, besagt lediglich, daß derartige Sachen der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen nicht gesondert, sondern nur zusammen mit dem Grundstück, im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, unterliegen. Die Wegnahme von Sachen im Wege der Zwangsvollstreckung, die sich nach § 883 ZPO. vollzieht, wird durch die Zubehöreigenschaft nicht ausgeschlossen.

§ 44. SächsRpflA. **12** 111 (Dresden). Das Verfolgungsrecht steht dem Verkäufer zu, wenn die Ware vor Eröffnung des Konkurses an dem Orte der Ablieferung angekommen und noch nicht in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt ist. Ist der Einlagerungsvertrag infolge eines Irrtums des Lagerhalters über die Person des Einlagerers nicht zustandegekommen, so hat der Lagerhalter durch die Einlagerung auftraglos ein fremdes Geschäft besorgt und den Gemeinschuldner als wirklichen Geschäftsherrn berechtigt und verpflichtet (§ 686 BGB.). Auch dies genügt, um das Verfolgungsrecht auszuschließen. Unerheblich ist, ob der Gemeinschuldner zur Zeit der Einlagerung schon die Absicht gehabt hat, den Antrag auf Konkurseröffnung zu stellen. Es kommt nur auf die Tatsache der Eröffnung an.

§ 45. 1. Beweislastfragen. *Sieburg, JW. **13** 1087. a) Neben § 45 KO. ist für die Beweislast § 1362 Abs. 1 BGB. von Wichtigkeit, weil der Konkursverwalter danach nicht erst zu beweisen braucht, daß der Gegenstand der Aussonderung während der Ehe erworben ist. Die Frau muß im Falle des § 1362 Abs. 1 beweisen, daß sie die Sachen vor Eingehung oder nach Auflösung der Ehe erworben hat, oder daß der Erwerb zwar während der Ehe, aber ohne Mittel des Gemeinschuldners erfolgt ist. § 1362 Abs. 2 ändert nichts an der Beweisverteilung nach § 45 KO. b) Die Beweislast ist die gleiche bei dem Universalrechtsnachfolger der Frau. Wer unmittelbar von der Frau nach Konkurseröffnung eine bewegliche Sache erwirbt, kann nach § 15 KO. ein Recht an ihr nicht erlangen, dagegen wird nach § 15 Satz 2 bei unbeweglichen Sachen der gute Glaube geschützt. Das gleiche gilt, wenn bewegliche Sachen aus der Hand des ersten Erwerbers an einen zweiten gelangen.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 776, R. **12** Nr. 1849. Die Pflicht der Ehefrau zur Herausgabe von Sachen, die sie während der Ehe erworben hat, bezieht sich auch auf Grundstücke (vgl. Jäger § 45 Anm. 3). Sind die Grundstücke nach dem Erwerbe bebaut worden, so hat sich der der Ehefrau obliegende Beweis nur auf den Erwerb, nicht auf die Bebauung zu beziehen. Der Klagantrag geht auf Bewilligung der Auflassung an den Gemeinschuldner. Hat die Frau kleinere Geldbeträge beigesteuert, so kann darin eine Förderung des Unternehmens des Ehemanns liegen, so daß die Frau auch nicht in Höhe dieser Beträge an den Grundstücken Rechte behält.

§ 46. 1. Ersatzaussonderung nur bei Bereicherung der Masse. **RG.** LeipzZ. **12** 237. Eine Ersatzaussonderung kann nur stattfinden, wenn der Erlös des Gegenstandes in die Masse geflossen ist. Davon könn'e möglicherweise, obwohl dies sehr zweifelhaft ist (vgl. Jäger § 46 Anm. 13), die Rede sein, wenn als Gegenleistung für die pfandweise Hingabe von Wertpapieren ein Erlös in die Masse gekommen ist.

2. Veräußerung einer fremden Sache im eigenen Namen. a) OLG. **27** 253, SeuffA. **68** 296 (Stettin). Nach dem Wortlaute des § 46 KO. ergreift die Ersatzaussonderung das Recht auf die Gegenleistung ohne Einschränkung. Eine wörtliche Auslegung würde aber unrichtig sein. Hat der Aussonderungsberechtigte eine Sache an den nachmaligen Gemeinschuldner verkauft und dieser sie zu einem höheren Preise weiterverkauft, so kann die Aussonderungsforderung des Berechtigten niemals höher sein als seine Kaufpreisforderung an den jetzigen Gemeinschuldner. Er kann also die Aussonderung der Ersatzforderung nur zu dem entsprechenden Teilbetrage fordern. § 46 findet auch auf den Fall befugter Ver-

äußerung fremder Vermögensgegenstände Anwendung. **b)** SeuffA. **68** 297 (Kiel). War dem Gemeinschuldner eine Sache unter Eigentumsvorbehalt, aber mit dem Rechte der Weiterveräußerung verkauft, und veräußert er vor Konkurseröffnung die Sache im eigenen Namen unter Kreditierung des Kaufpreises, so findet § 46 KO. keine Anwendung.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 156, R. **13** Nr. 1820. Verkauft der Gemeinschuldner widerrechtlich eine einem anderen gehörige Sache und zahlt er den vor der Konkurseröffnung vereinnahmten Kaufpreis bei der Sparkasse auf den Namen eines Dritten ein, so besteht ein Aussonderungsrecht weder an der Forderung gegen die Sparkasse noch an dem vom Konkursverwalter zur Masse gezogenen Geldbetrage. Die Forderung gegen die Kasse ist nicht die Gegenleistung für den Verkauf.

Fünfter Titel. Absonderung.

§ 47. RG. ZBlFG. **12** 769, R. **12** Nr. 494. Die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek gewährt dem Berechtigten ein durch das Bestehen des gesicherten Anspruchs bedingtes Recht auf Befriedigung aus dem mit der Vormerkung belasteten Grundstück und somit ein Absonderungsrecht.

§§ 48 ff. RG. PosMSchr. **13** 40, LeipzZ. **13** 563. Die Befriedigung des Absonderungsberechtigten erfolgt außerhalb des Konkurses, eine Anmeldung zur Masse findet nur im Falle des Verzichts auf das Absonderungsrecht und wegen des etwaigen Ausfalls statt (vgl. **RG. 23** 58). Das Verlangen auf Feststellung der Forderung kann aber nach § 256 ZPO. gerechtfertigt sein.

§ 48. 1. LeipzZ. **13** 953 (Colmar). Die Absonderungsrechte sind in §§ 48, 49 KO. erschöpfend geregelt. Ein vereinbartes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht gewährt ein Absonderungsrecht nicht (Jäger § 49 Anm. 42), wenn nicht die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.

2. OLG. **25** 331 (KG.). Die vorbehaltlose Anmeldung der dinglich gesicherten Forderung des Absonderungsberechtigten im Konkurse des Schuldners enthält allein keinen Verzicht auf das Absonderungsrecht. Ebensowenig die Beteiligung am Zwangsvergleich und die Annahme der Vergleichssumme. Es kommt auf den Willen der Beteiligten an (GruchotsBeitr. **44** 729).

§ 49. 1. Absonderungsrecht aus § 157 VVG. **a)** Schneider, LeipzZ. **12** 26 ff., bes. 33 ff. Das Absonderungsrecht aus § 157 VVG. besteht nur während des Konkurses. Eine Umwandlung desselben nach Konkursbeendigung in ein Pfandrecht, wie es Jäger (§ 49 Anm. 12 KO.) annimmt, findet nicht statt. Der notwendige Schutz des Beschädigten wird durch die Bestimmung des § 156 VVG. erreicht. Ist die Entschädigungssumme vor Konkurseröffnung in das Vermögen des Versicherungsnehmers geflossen, so hat der Beschädigte kein Vorrecht darauf im Konkurs; ebensowenig besteht ein Vorrecht, wenn die Entschädigungsforderung vor der Konkurseröffnung anderweit gepfändet ist. **b)** Meuret, LeipzZ. **12** 59 ff. Das Absonderungsrecht des § 157 VVG. besteht nur während des Konkurses. Vor Eröffnung und nach Aufhebung desselben ist der Haftpflichtgläubiger wie jeder andere Gläubiger zu behandeln (vgl. auch zu § 193 Ziff. IV 1).

2. Pfandrecht des Buchbinders an Büchern des Verlegers. LeipzZ. **13** 955 (Dresden). Hat ein Verlag einem Buchbinder Bücher zum Binden übergeben, so steht im Konkurse des Verlags dem Buchbinder das gesetzliche Pfandrecht des § 647 BGB. und damit ein Absonderungsrecht zu. Dieses gibt aber dem Buchbinder nicht das Recht, die Bücher als buchhändlerisch zu vertreibende Werke zu veräußern, es ist ihm nur gestattet, sie als Makulatur zu verwerten. Das Recht der Weiterverbreitung steht nur demjenigen zu, dem der Ver-

leger freiwillig ein Pfandrecht an den Schriftwerken als solchen eingeräumt hat (Jäger § 49 Anm. 6; aM. Riezler, Urheberrecht §§ 63, 71 aE.).

3. Kein Absonderungsrecht bei § 273 BGB. **RG. 77** 438, JW. **12** 201. Zurückbehaltungsrechte, bei denen die Voraussetzungen des § 49 nicht vorliegen, sind im Konkurse nicht zu berücksichtigen. Hierher gehört das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. Dieses beruht darauf, daß der Gläubiger arglistig handelt, wenn er vom Schuldner eine Leistung verlangt, aber die diesem gebührende Leistung nicht bewirkt. Der Konkursverwalter handelt aber nicht arglistig, wenn er alles zur Masse zieht, was zu ihr gehört, und dabei nur solche Gegenrechte berücksichtigt, die auch für das Konkursverfahren ihre Wirksamkeit behalten.

Sechster Titel. Aufrechnung.

§ 53. 1. Allgemeines. **a)** *Merckens, LeipzZ. **12** 801 ff. Das Aufrechnungsrecht ist kein Pfandrecht an der eigenen Schuld, die Grundsätze des Pfandrechts können auch nicht zur analogen Anwendung kommen. Das Aufrechnungsrecht ist kein Absonderungsrecht und kann deshalb zur Ausfallsicherheit gemacht werden, welche den Beschränkungen des § 64 KO. nicht unterliegt. Die dazu nötigen Vereinbarungen setzen kein schon vorhandenes Guthaben voraus, sondern können sich auch auf den Fall beziehen, daß in Zukunft die Aufrechnungsmöglichkeit gegeben sein wird. Mit Hilfe eines von dem Vorwurfe des Scheingeschäfts freien Kaufvertrags kann auf diese Weise jedes Vermögensstück als Ausfallsicherheit bestellt werden (wird an einigen Beispielen gezeigt). **b)** Dagegen Friedemann, LeipzZ. **13** 199. Wer künstlich eine Forderung gegen sich selbst schafft, nur um die Voraussetzungen der Aufrechnung herzustellen, handelt dolos und verwirkt das Recht zur Aufrechnung. **c)** *Waldecker, BlGenossWes. **12** 351. Die konkursmäßige Aufrechnung mit Zinsen, die erst von der Konkurseröffnung ab laufen, ist nicht zulässig. Die Aufrechnung bezweckt nur, dem Gläubiger die Teilnahme am Konkurse zu ersparen. Die Zinsforderung entsteht aber erst und wird erworben mit der Fälligkeit. Im Verfahren können die Zinsen also nicht geltend gemacht und gemäß § 55 KO. ebensowenig zur Aufrechnung gestellt werden. Es wäre deshalb unbillig, sie außerhalb des Verfahrens zum Zuge gelangen zu lassen, bloß weil der Gläubiger zufällig mit dem Hauptgeld aufrechnen kann. Im Ergebnis übereinstimmend Sarwey-Bossert und Seuffert, aA. Jäger und Mandry-Geib. **d)** Vgl. über Giro- und Kontokorrentvertrag § 17 Ziff. II 3.

2. Aufrechnung und Zwangsvergleich. Nichtausübung der Aufrechnung während des Konkurses. **a)** **RG. 80** 407, JW. **13** 215, R. **13** Nr. 117—121. Dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleich unterliegen solche Konkursforderungen nicht, die der Gläubiger schon zur Zeit der Konkurseröffnung nach bürgerlichem Rechte gegen eine Forderung des Gemeinschuldners aufzurechnen befugt war, bezüglich deren aber die Aufrechnung bis zum Inkrafttreten des Zwangsvergleichs nicht durch Erklärung des Gläubigers oder des Konkursverwalters vollzogen ist. Die Ausübung des Aufrechnungsrechts erfolgt außerhalb des Konkursverfahrens und ist deshalb der Einwirkung dieses Verfahrens, also auch des Zwangsvergleichs, entzogen. § 53 KO. geht als Sondervorschrift der allgemeinen Bestimmung des § 193 KO. vor (vgl. Jäger § 53 Anm. 29, 30; aM. Wilmowski-Kurlbaum § 53 Anm. 2). **b)** **RG.** JW. **13** 929, SächsRpflA. **13** 376, LeipzZ. **13** 861. Die Befugnis zur Aufrechnung wird dadurch, daß die Aufrechnung während des Konkurses von keiner Seite erklärt worden ist, von einem in dem Konkursverfahren geschlossenen Zwangsvergleiche nicht berührt und kann auch noch nach Inkrafttreten des Zwangsvergleichs erklärt werden (**RG. 80** 407). Die Tatsache, daß der Gläubiger an dem Konkursverfahren teilgenommen, seine Forderung angemeldet, dem Zwangsvergleiche zugestimmt und die Vergleichsraten

angenommen hat, beweist noch nicht, daß er darauf verzichtet hat, außerhalb des Konkursverfahrens eine abgesonderte Befriedigung zu suchen. Die Aufrechnungsbefugnis steht ihm auch jetzt noch zu.

§ 54. 1. Gleichartigkeit der aufzurechnenden Forderungen? a) **RG. 79** 129, LeipzZ. **12** 561, R. **12** Nr. 1552. Nach § 54 Abs. 1 KO. ist die Aufrechnung des Gläubigers zulässig, auch wenn seine Forderung nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war, als das Konkursverfahren eröffnet wurde; eine solche Forderung ist gemäß §§ 69, 70 KO. umzurechnen. Die Aufrechnung ist aber auch im umgekehrten Falle zulässig, wenn nämlich die Forderung der Konkursmasse nicht auf einen Geldbetrag, sondern z. B. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichtet ist. b) **RG.** LeipzZ. **12** 693. Die Forderung des Gemeinschuldners muß zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens auf einen Geldbetrag gerichtet sein. Das ist aber auch der Fall, wenn der Anspruch nicht auf Zahlung von Geld, sondern auf Einwilligung zur Auszahlung von Geld geht. c) **RG.** R. **12** Nr. 1553. Die Aufrechnung im Konkurse hat zur Voraussetzung, daß zur Zeit der Eröffnung des Konkurses die beiderseits geschuldeten Leistungen gleichartig sind. Hiervon gilt nur die Ausnahme, daß die Forderung des Gläubigers zu diesem Zeitpunkte nicht auf einen Geldbetrag gerichtet zu sein braucht.

2. **RG.** SeuffA. **68** 132, LeipzZ. **13** 559, R. **13** Nr. 115. Wird in einem Werkvertrage vereinbart, daß der Besteller berechtigt ist, falls der Unternehmer die Verpflichtungen gegenüber seinen Handwerkern und Arbeitern nicht oder nicht pünktlich erfüllt, die von dem Unternehmer geschuldeten Beträge für dessen Rechnung unmittelbar an die Berechtigten zu zahlen, so kann der Besteller im Konkurse des Unternehmers der Werklohnforderung die Beträge entgegensetzen, die er selbst nach Konkurseröffnung an Handwerker oder Arbeiter gezahlt hat. Der Forderung des Unternehmers haftet die Eigenschaft an, daß sie auch durch Zahlung an die genannten Dritten erledigt werden kann, und mit dieser Eigenschaft ist die Forderung Bestandteil der Masse geworden.

§ 55. 1. Zu Nr. 1. a) OLG. **27** 254, LeipzZ. **13** 572 (Hamburg). Liefert der Konkursverwalter Waren auf einen vor Konkurseröffnung geschlossenen Kaufvertrag, so kann der Käufer gegenüber der Klage auf den Kaufpreis Gegenforderungen zur Aufrechnung stellen, die ihm zur Zeit der Konkurseröffnung zustanden (vgl. Jäger § 55 Anm. 5). Dadurch, daß der Verwalter in den Vertrag eintritt und ihn erfüllt, entsteht keine Masseforderung (§ 59 Nr. 2 KO.), die Konkurseröffnung hat nur die Bedeutung, daß jetzt nicht mehr der Gemeinschuldner, sondern der Verwalter den Anspruch geltend zu machen hat. b) **RG.** LeipzZ. **13** 561, R. **13** Nr. 122. Verschuldet der Werkunternehmer die Vertragsaufhebung durch seinen Konkurs, so steht dem Bauherrn, der nach dem Vertrag Ersatz der anderweitigen Mehrauslagen für die Fertigstellung verlangen kann, die Aufrechnung gegenüber dem Werklohne zu, weil die Ersatzforderung ihre Grundlage in dem vor dem Konkurs abgeschlossenen Werkvertrage hat. c) Vgl. auch Bendix zu §§ 17, 55, o. S. 902.

2. Zu Nr. 2. a) **RG. 79** 131, LeipzZ. **12** 561, R. **12** Nr. 1554. Verwandelt sich der vertragsmäßige Lieferungsanspruch eines Gläubigers infolge der Erfüllungsweigerung des Konkursverwalters in eine Schadensersatzforderung, so steht § 55 Nr. 2 KO. einer Aufrechnung des Gläubigers mit dieser Forderung nicht entgegen. Der Schadensersatzanspruch ist nicht als erst nach Konkurseröffnung erworben anzusehen, sondern schon zur Zeit derselben für den Fall begründet gewesen, daß der Konkursverwalter die Erfüllung ablehnt (vgl. **RG. 58** 11, abw. **RG. 46** 98). b) **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1074, SächsRpflA. **13** 98, LeipzZ. **13** 234, JW. **13** 339. Die obige Entscheidung wird nachgeprüft und aufrecht erhalten. Es kann hier allerdings die Wirkung eintreten, daß der die Erfüllung weigernde Schuldner besser gestellt ist als der vertragstreue, wenn der Gläubiger den säumigen Schuldner nicht zur Er-

füllung zwingen und auch nicht nach § 326 BGB. zurücktreten will. Dieser Grundsatz ist aber nicht unbillig. Die Entsch. **RG. 77** 436 u. **53** 330 stehen nicht im Widerspruche mit diesen Grundsätzen. c) Ebenso LeipzZ. **12** 791 (Hamburg).

3. Zu Nr. 3. R. **12** Nr. 1080 (Hamburg). Hat ein Rechtsanwalt, der vor Ausbruch des Konkurses von dem Gemeinschuldner mit Akkordverhandlungen beauftragt war, dabei Geldbeträge zur Verwendung für die Gläubiger erhalten, so kann er bei Kenntnis der Zahlungseinstellung mit seinen Honoraransprüchen nur insoweit gegen die Forderung des Konkursverwalters auf Rückzahlung jener Geldbeträge aufrechnen, als die Honorarforderung schon vor Empfang der Gelder erwachsen ist.

§ 57. 1. *Thein. Masseansprüche entstehen vor und nach Konkursbeginn. Beide Arten sind begrifflich schwer, wesentlich nur nach dem Zwecke ihrer Begründung zu unterscheiden. Die Kosten dienen dem internen Verkehre. Die Schulden entspringen aus Geschäften mit dritten Personen. Sie sind zu berichtigen, sobald sie feststehen und fällig sind.

2. LeipzZ. **14** 306 (Colmar). Die Ausschließung nach § 172 KO. erstreckt sich auch auf Absonderungsansprüche. Danach können die Massegläubiger nicht mit Erfolg einen Bereicherungsanspruch gegen den Konkursgläubiger erheben, der auf ihre Kosten im Konkurse mehr erhalten hat, als ihm zustand (Jäger [2] 373, 474, 745).

§§ 57, 58. OLG. **25** 336, LeipzZ. **12** 867, R. **12** Nr. 2592 (Hamburg). Träger einer Masseverbindlichkeit nach § 58 Nr. 2 KO. ist nicht die Gesamtheit der Konkursgläubiger, sondern der Gemeinschuldner. Er haftet daher auch nach Beendigung des Konkurses weiter, allerdings unter Beschränkung auf die Bestandteile der Konkursmasse (ebenso Jäger § 57 Anm. 5, unbestimmt **RG. 2** 24, **43** 63, **52** 332). Hat also der Konkursverwalter nach Konkursbeendigung noch einen Betrag von einem Schuldner eingezogen, so kann er dem Verlangen auf Herausgabe aufrechnungsweise seine nicht befriedigte Honorarforderung entgegensetzen.

§ 59. 1. SächsOLG. **33** 114, 116. Eine gegen den Konkursverwalter gerichtete negative Feststellungsklage, durch welche das Nichtbestehen eines Anspruchs der Masse geltend gemacht wird, enthält lediglich einen Anspruch in prozessualem Sinne, während als Ansprüche nach § 59 KO. nur Ansprüche im materiell-rechtlichen Sinne, d. h. Leistungsansprüche, in Betracht kommen.

2. LeipzZ. **14** 302 (Colmar). Gibt der Verwalter unbefugt eine Sache aus der Masse frei, an der ein Absonderungsrecht besteht, so haftet die Masse nach § 59 Nr. 1 KO. Diese Haftung ist auch nicht dadurch aufgehoben, daß der Konkursverwalter sich außerdem persönlich nach § 82 KO. dem Kläger verantwortlich gemacht hat (GruchotsBeitr. **31** 397, JW. **87** 14, Jäger § 59 Anm. 1).

§ 60. *Thein. § 60 trifft nur die zu dieser Zeit begründeten, nicht auch die danach entstandenen Ansprüche. — Die Rangfolge tritt ein, sobald der Konkursverwalter die kritische Lage erkennt. Einer förmlichen Feststellung des Zeitpunktes bedarf es nicht.

Achter Titel. Konkursgläubiger.

§ 61. 1. Zu Nr. 1. a) Organe der Aktiengesellschaft. Jäger, LeipzZ. **13** 365. Das Vorrecht der Nr. 1 gilt nicht für den Vorstand und den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft. Sie stellen die Leiter des Unternehmens vor, während das Vorrecht ein Verhältnis sozialer Abhängigkeit voraussetzt (ebenso Jäger [4] § 61 Anm. 14, LeipzZ. **12** 718; aM. Staub-Pinner § 231 Anm. 34, § 245 Anm. 18). b) Liquidator: α. einer Genossenschaft. SächsRpflA. **13** 386 (LG. Dresden). Der Liquidator einer Genossenschaft schließt mit dieser einen Werk-, nicht einen Dienstvertrag (vgl. Jäger § 61 Anm. 12). Daher steht ihm das Vorrecht aus § 61 Nr. 1 nicht zu. β. einer

GmbH. LeipzZ. **12** 718 (LG. Frankfurt a. M.). Der Geschäftsführer und Liquidator einer GmbH. hat in deren Konkurse kein Vorrecht für seine Gehaltsforderung. Die Dienste müssen dem Gemeinschuldner geleistet sein. Hier fehlt es an dem notwendigen Gegensatze zwischen dem Leistenden und Leistungsempfänger, da jener gleichzeitig Gesellschafter dieses ist. Es mangelt auch an einem Erwerbsgeschäft im Sinne des Gesetzes, da die GmbH. in Liquidation war. Endlich gehört der Geschäftsführer nicht zu den wirtschaftlich schwachen, vom Gemeinschuldner abhängigen Existenzen, die durch § 61 Nr. 1 geschützt werden sollen (vgl. Jäger § 61 Anm. 14). c) Kolonnenmitglieder. LeipzZ. **12** 791, GewuKfmG. **17** 231 (KG.). Bei einem Gruppenakkorde mit einer Putzerkolonne, bei dem der Vertrag mit einem Arbeitsnehmer in Vertretung der übrigen abgeschlossen ist, steht den einzelnen Putzern im Konkurse des Arbeitgebers das Vorrecht aus § 61 Nr. 1 nicht zu. Dieses setzt ein Abhängigkeitsverhältnis der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber voraus (vgl. Jäger § 61 Anm. 11). An einem solchen fehlt es aber, da die Putzer als Einzelpersonen dem Gemeinschuldner überhaupt nicht gegenüber getreten sind.

2. Zu Nr. 2. a) Gebühren öffentlich-rechtlicher Verbände. **RG.** LeipzZ. **14** 179, JW. **14** 104, R. **13** Nr. 3185. Unter den öffentlichen Abgaben im Sinne von § 61 Nr. 2 KO. sind nur Steuern und steuerähnliche Abgaben zu verstehen, nicht aber alle Gebühren öffentlich-rechtlicher Verbände, insbesondere nicht Kanalisationsgebühren (vgl. **RG. 21** 46, **28** 86, Jäger § 61 Anm. 20). b) Zoll des ausländischen Staates. OLG. **25** 333 (Hamm). Das Vorrecht der Nr. 2 steht ausländischen Staatskassen nicht zu (aM. Jäger § 61 Anm. 10). Eine Zollforderung eines ausländischen Staates kann als solche überhaupt nicht als Konkursforderung im Inlande geltend gemacht werden.

3. Zu Nr. 4. a) Eckstein, LeipzZ. **12** 904 ff. § 61 Nr. 4 KO. privilegiert nicht die Forderungen für bestimmte Leistungen, sondern die Forderungen bestimmter Personen. 1. Nicht bevorrechtigt sind die Forderungen für Kur- und Pflegekosten, wenn sie Nichtärzten zustehen. Hierher gehören die Kurpfuscher. Im Ausland approbierte Ärzte stehen den inländischen Ärzten gleich. 2. Das Vorrecht des § 61 steht auch dem Zahnarzt zu, ebenso den Forderungen der Dentisten, wenn sie als Forderungen für ärztliche Leistungen anzusehen sind. 3. Es ist zu unterscheiden zwischen Kosten, die nur Kur- und Pflegekosten, und denen, die zugleich Arztkosten sind. Die Forderung des Arztes für Lieferung künstlicher Gliedmaßen und des Zahnarztes oder Dentisten für Lieferung eines künstlichen Gebisses ist nicht bevorrechtigt (bestritten: vgl. Jäger § 61 Anm. 31, Wolff § 61 Anm. 9). b) Korn, R. **12** 196 f. Unter dem „letzten Jahr vor Eröffnung des Verfahrens" ist nicht das Jahr zu verstehen, in dem die Forderung des Arztes entstanden ist, sondern das Jahr, in dem sie fällig geworden ist.

§ 64. 1. Allgemeines. *Merckens, LeipzZ. **12** 801 ff. Infolge der Bestimmung des § 64 ist ein Absonderungsrecht keine Ausfallsicherheit, eine solche kann aber durch Aufrechnungsrecht geschaffen werden, weil § 64 darauf weder unmittelbar noch analog zur Anwendung kommt. Das neben der eigentlichen Schuld zu Sicherungszwecken gegebene und durch Sicherheiten geschützte abstrakte Schuldversprechen kann dem Zwecke der Ausfallsicherung nicht dienstbar gemacht werden. Die von einem Dritten bestellte Sicherheit ist stets eine Ausfallsicherheit (vgl. zu § 53 Ziff. 1 a).

2. Nachweis des Ausfalls. SächsRpflA. **13** 381 (Dresden). Der Nachweis des Ausfalls gemäß § 64 KO. wird nicht dadurch geführt, daß dem Konkursgericht eine Bescheinigung über den Ausfall eingereicht wird. Der Nachweis ist dem Verwalter gegenüber zu führen, das Gericht hat keine Amtspflicht zur Weitergabe der Mitteilung. Ebensowenig hat das Gericht im Schlußtermine

(§ 162 KO.) zu prüfen, ob und inwieweit Forderung von Absonderungsgläubigern unberücksichtigt geblieben sind. Es ist Sache des Gläubigers, die Schlußrechnung selbständig zu prüfen und etwaige Mängel geltend zu machen.

§§ 64 193. **RG. 78** 75, JW. **12** 251, R. **12** Nr. 496. Ist eine Forderung gemäß § 64 KO. auf den Ausfall festgestellt, so gilt diese Beschränkung nicht nur für die Dauer des Konkursverfahrens, sondern auch nach dessen Beendigung durch Zwangsvergleich. An die Stelle des Anteils an der Masse tritt die Zwangsvergleichsquote. Der Gläubiger kann ihre Zahlung erst verlangen, wenn er auf sein Absonderungsrecht verzichtet oder ausgefallen ist (vgl. **RG. 5** 394, **6** 66, **23** 45, Gruchots Beitr. **54** 1174).

§ 65. Jäger, LeipzZ. **14** 61. Eine Abrede des Inhalts, daß die Fälligkeit einer Schuld ohne weiteres eintreten soll, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt oder in Konkurs gerät, ist zulässig. Diese Abrede wirkt nicht nur gegenüber der Masse, sie gilt auch für Ansprüche, die nicht Konkursforderungen sind, auch zuungunsten eines mithaftenden Dritten. Nach diesen Richtungen versagt § 65 Abs. 1 KO. Die Fälligkeitsabrede verdrängt auch § 65 Abs. 2.

§§ 67, 193. Becker, R. **13** 713. Der Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO. ist eine lediglich durch die Aufhebung oder Abänderung des Urteils aufschiebend bedingte Forderung. Sie ist daher Konkursforderung (§ 67) und wird vom Zwangsvergleich betroffen, gleichviel ob sie angemeldet wird oder nicht. Wird sie angemeldet, so ist sie, bevor das Urteil ergangen ist, wie eine bedingte Forderung zu behandeln. Wird sie nicht bestritten, so muß der Anmeldende, um den Eintritt der Bedingung herbeizuführen, falls der Konkursverwalter den Prozeß nicht aufnimmt, diesen gegen den Gemeinschuldner aufnehmen. Wird die Forderung bestritten und war sie bereits in dem anhängigen Verfahren geltend gemacht, so ist in dem aufgenommenen Verfahren der Leistungsantrag in einen Feststellungsantrag umzuwandeln; war sie noch nicht geltend gemacht, so hat dies in dem aufgenommenen Verfahren oder durch besondere Klage zu geschehen. Alles dies gilt auch für die Schadensersatzansprüche aus §§ 145, 302, 600, 945 ZPO. und die Bereicherungsansprüche aus §§ 529, 541, 717 Abs. 3 ZPO.

§ 68. 1. OLG. **25** 335 (KG.). Verpflichtet sich jemand wechselmäßig für einen Teil einer Schuld des späteren Gemeinschuldners, so haftet er als Bürge akzessorisch neben dem Hauptschuldner (Jäger § 68 II 2). Zahlt er diesen Teil erst nach der Konkurseröffnung, so darf der Gläubiger nach § 68 die ganze Hauptforderung anmelden und dafür die Konkursdividende beanspruchen (Jäger § 68 Anm. 7, Staub § 349 Anm. 19).

2. Zur Frage, ob bei einer Teilbürgschaft der Gläubiger die Nachteile vermeiden kann, die ihm aus einer vor Konkurs des Hauptschuldners seitens des Bürgen bewirkten Zahlung erwachsen, ohne auf die Vorteile einer derartigen Zahlung zu verzichten, vgl. Hopmann zu § 774 BGB., JDR. **11** Ziff. II.

§ 69. 1. **RG.** BayRpflZ. **13** 171, R. **13** Nr. 756. § 69 trifft nur den Fall, daß der Gläubiger seine Forderung im Konkurs anmeldet und Befriedigung aus der Masse sucht. Aus § 69 folgt nicht, daß eine nicht auf einen Geldbetrag gerichtete, auch im Konkurse nicht angemeldete Forderung infolge des Konkurses, etwa nach Konkursbeendigung nur noch als Geldforderung geltend gemacht werden könnte. Hierher gehört ein Anspruch, der auf Befreiung von einer Schuld und auf Bewirkung einer Hypotheklöschung gerichtet ist.

2. OLG. **25** 336 (KG.). Der Anspruch auf Rechnungslegung ist eine Forderung, deren Gegenstand in einer Leistung besteht, und verwandelt sich deshalb durch die Konkurseröffnung in eine Geldforderung.

3. Vgl. auch zu § 54 Ziff. 1.

Zweites Buch. Konkursverfahren.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

§ 72. Allgemeines. a) Schultzenstein, BuschsZ. **43** 328, 331, 334. Das Konkursverfahren bildet keinen Teil des Zivilprozesses, namentlich keinen Teil des zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsverfahrens, sondern ist ein Teil des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es gilt dafür nicht die Verhandlungsmaxime und teilweise überhaupt weder diese Maxime noch die Untersuchungsmaxime. **b)** Walsmann, ABürgR. **39** 58 f. Der Konkurs ist Zwangsvollstreckung.

§§ 73, 76. R. **13** Nr. 2490 (Düsseldorf). Die Frist der sofortigen Beschwerde des Gemeinschuldners gegen den Eröffnungsbeschluß beginnt, auch wenn dieser, obwohl solches im Gesetze nicht bestimmt ist, dem Gemeinschuldner durch Aufgabe zur Post besonders zugestellt ist, nicht mit der Aufgabe zur Post, sondern mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach Ausgabe des die erste Einrückung der Konkurseröffnung enthaltenden Blattes. Die besondere Zustellung durch Aufgabe zur Post ist, weil im § 111 KO. nicht vorgesehen, insofern bedeutungslos.

§ 74. OLG. **25** 336 (Naumburg). Der Beschluß des Amtsgerichts, durch welchen der Konkurs eröffnet wird, wird sofort wirksam. Wird erst auf Beschwerde eröffnet, so wird dieser Beschluß nach § 74 KO. erst mit der Rechtskraft wirksam. Bis dahin ist die Zurücknahme des Antrags zulässig.

§ 75. 1. Allgemeines. a) Recht der Zeugnisverweigerung. α. Henke, DJZ. **12** 1408. Im Rahmen des § 75 KO. gibt es ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht. Die Vorschriften der ZPO. sind nicht entsprechend anwendbar. β. Stepp, BayRpflZ. **13** 146, wendet sich gegen Henke. Das Konkursverfahren ist ein besonders geregeltes Prozeß- und Vollstreckungsverfahren, in dem der Gemeinschuldner Partei ist. Daher sind die Vorschriften über Zeugenpflicht und über Zeugnisverweigerungsrecht anwendbar. Ähnlich Stern, LeipzZ. **13** 376. **b)** Seyfart, DJZ. **13** 638. Die im § 75 vorgesehenen Ermittelungen betreffen nicht nur die Verhältnisse, die sich direkt auf das Konkursverfahren beziehen, sondern erstrecken sich auf sämtliche Rechtsverhältnisse, die mit der Durchführung der im Konkurse befangenen Ansprüche in tatsächlichem oder rechtlichem Zusammenhange stehen. Z. B. ist der Konkursverwalter berechtigt, gemäß § 75 eine gerichtliche Zeugenvernehmung herbeizuführen, um von deren Ergebnis seine Entschließung über die Anstrengung eines Prozesses abhängig zu machen (OLG. Frankfurt, LeipzZ. **08** 555).

2. Aus der Praxis. a) LeipzZ. **13** 798 (LG. Rudolstadt). Der Konkursverwalter kann in einem Verfahren betr. Bestätigung oder Verwerfung eines abgeschlossenen Zwangsvergleichs nicht als Zeuge eidlich vernommen werden. Das Konkursgericht hat nur das Recht, vom Verwalter Auskunft und Rechenschaft zu verlangen. Genügt ihm dies nicht, so muß es ihn zuvor nach § 84 KO. entlassen. Im Sinne des § 75 KO. ist der Verwalter der Partei im Zivilprozesse vergleichbar. **b)** Dazu Jäger aaO. Im amtlichen Ermittelungsverfahren des § 75 KO. und besonders im Zwangsvergleichsverfahren ist der Gemeinschuldner Partei, der Verwalter hat nur eine Nebenrolle. Gegenüber der Sondervorschrift des § 184 Abs. 2 KO. erscheint aber eine Vernehmung des Verwalters als Zeugen auf Grund des § 75 unstatthaft.

§ 78. 1. Aufgaben und Pflichten des Verwalters. a) **RG.** JW. **13** 334. Der Konkursverwalter darf nicht solche Handlungen vornehmen, durch die er zugunsten eines Konkursgläubigers über Vermögensstücke verfügt, die nach gesetzlicher Vorschrift (§ 306 Abs. 5 HGB.) diesem Gläubiger gegenüber als nicht dem Gemeinschuldner gehörend anzusehen sind. Derartige Maßnahmen des Verwalters sind ebensowenig rechtswirksam wie reine Schenkungen oder un-

begründete Bevorzugungen eines Gläubigers (**RG. 57** 199). **b)** Über die Aufgaben des Konkursverwalters beim Zwangsvergleiche vgl. *Dickel, Rechtsfälle, Heft 1, Erläut. 225. **c)** **RG.** LeipzZ. **12** 689. Der Konkursverwalter hat die Pflicht, vorgenommene Pfändungen anzufechten, soweit dies zulässig ist, und die zur Prüfung der Anfechtbarkeit erforderlichen Ermittelungen anzustellen. Hierzu gehören, wenn zweifelhaft ist, welche Gegenstände gepfändet sind, die Nachfrage beim Gemeinschuldner, seinen Angestellten, Gläubigern, die Einforderung von Abschriften der Pfändungsprotokolle und die genaue Durchsicht der Tabelle.

2. Stellung zum Gemeinschuldner. OLG. **27** 255 (Karlsruhe). Während des Konkurses steht der Gemeinschuldner in einem Abhängigkeitsverhältnisse zum Konkursverwalter, und dieser verstößt daher gegen die guten Sitten, wenn er sich von jenem durch einen Vertrag für eine künftige Geschäftsbesorgung unwiderruflich eine Belohnung versprechen läßt, die den Wert seiner Leistungen um ein Vielfaches übersteigt.

§ 82. 1. Allgemeines. **a)** Rechtsnatur des Anspruchs. **RG. 78** 190. Der Ersatzanspruch aus § 82 ist kein Anspruch aus unerlaubter Handlung, sondern aus Pflichtverletzung. Er verjährt in der ordentlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren (vgl. auch Jäger § 78 Anm. 2 u. 5, § 82 Anm. 5). Ebenso **RG.** LeipzZ. **12** 695, R. **12** Nr. 1954. **b)** Beteiligte. LeipzZ. **12** 489 (Colmar). Zu den Beteiligten im Sinne des § 82 KO. gehören auch die Massegläubiger; denn der Konkursverwalter hat, wie sich aus den §§ 57, 60, 191 Abs. 1, 205 Abs. 2 KO. ergibt, in gewissem Umfang auch die Rechte der Massegläubiger zu wahren. **c)** Voraussetzungen des Verschuldens im Falle des § 191 Abs. 1 KO., vgl. zu § 191.

2. Konkursverwalter und Zwangsvergleichsbürge. **RG.** LeipzZ. **12** 694. Der Konkursverwalter ist im allgemeinen dem Zwangsvergleichsbürgen ebensowenig wie einem anderen Konkursbeteiligten gegenüber verpflichtet, unaufgefordert besondere Nachricht von Änderungen in dem Bestande der Passivmasse zu machen (vgl. §§ 86, 131, 132 Abs. 2, 162 KO.). Die Pflicht kann sich aber aus den besonderen Umständen des Falles ergeben. Eine Fahrlässigkeit des Verwalters kann auch darin liegen, daß er fahrlässigerweise in der Zeit zwischen der Bürgschaftserklärung und dem Vergleichstermine nicht bestehende Forderungen anerkannt und dadurch den Bürgen zu deren Zahlung genötigt hat. Ein mitwirkendes Verschulden des Bürgen ist begründet, wenn er es fahrlässigerweise unterlassen hat, unmittelbar vor oder in dem Zwangsvergleichstermine durch Einsicht der Tabelle oder Nachfrage beim Verwalter den Stand der Passivmasse festzustellen, und anzunehmen ist, daß er dann sein Bürgschaftsangebot zurückgezogen hätte.

§§ 82, 86. Haftung des Verwalters nach Anerkennung der Schlußrechnung. **a)** SeuffA. **68** 46, SeuffBl. **13** 141 (Augsburg). Durch § 86 KO. werden bei Nichterhebung von Einwendungen gegen die Schlußrechnung wohl die Ansprüche von Gläubigern gegen die Konkursmasse ausgeschlossen, aber nicht die persönliche Haftung des Konkursverwalters nach § 82 KO. Die Frage, ob und inwieweit die persönliche Verantwortlichkeit des Verwalters durch eigenes Verschulden des Beschädigten vermindert wird, ist nach § 254 BGB. von den Umständen des Einzelfalls abhängig (vgl. Jäger zu § 82 KO.). **b)** LeipzZ. **13** 327 (Hamm). Die Haftung des Konkursverwalters entfällt, wenn nach § 86 KO. die Schlußrechnung des Verwalters als anerkann anzusehen ist. § 86 schließt nicht nur die Ansprüche gegen die Teilungsmasse, sondern auch gegen den Verwalter persönlich aus (so die herschende Meinung, auch Jäger § 86 Anm. 8, aM. OLG. **19** 224, SeuffA. **68** Nr. 30). Der Verwalter kann sich aber auf § 86 KO. nicht berufen, wenn ihm ein vorsätzliches und rechtswidriges Handeln nach § 826 BGB. zur Last fällt. Dazu bedarf es des Nachweises, daß er im Schlußtermine die Forde-

rung absichtlich übergangen hat, obwohl er sich in diesem Augenblicke der Rechtswidrigkeit seines Handelns bewußt war.

§ 83. Becher, LeipzZ. **14** 253 ff. Der Konkursverwalter kann vom Konkursgerichte durch Ordnungsstrafen angehalten werden, die Ausführung gesetzwidriger Beschlüsse des Gläubigerausschusses zu unterlassen. Gesetzwidrige Beschlüsse der Gläubigerversammlung kann das Konkursgericht nicht nur nach Maßgabe des § 99 KO., sondern, wie allgemein anerkannt, dann verbieten, wenn sie in gesetzwidriger Weise unter Verletzung der Vorschriften der §§ 93—96 KO. zustande gekommen sind (vgl. Jäger § 99 Anm. 1, Seuffert, Konkursprozeßrecht 170, 171). Was für die Beschlüsse der Gläubigerversammlung gilt, muß auch für die des Gläubigerausschusses Rechtens sein. Aus §§ 83, 84 KO. folgt, daß das Konkursgericht die Pflichtwidrigkeit der Handlungen und Unterlassungen des Konkursverwalters zu prüfen und Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften zu ahnden hat. Der Konkursverwalter handelt aber selbst gesetzwidrig, wenn er einen gesetzwidrigen Beschluß der Gläubigerversammlung oder des Ausschusses vollzieht.

§ 84. Josef, LeipzZ. **12** 381 ff. Ein Konkursgericht entließ den Verwalter und bestellte zugleich einen neuen. Auf sofortige Beschwerde des entlassenen Verwalters erklärte das Beschwerdegericht die Entlassung als zu Unrecht erfolgt. 1. Die von dem neuen Verwalter in der Zwischenzeit betätigten Handlungen sind und bleiben rechtswirksam (**RG. 36** 94). § 32 FGG. enthält einen Rechtsgedanken von allgemeiner Bedeutung. 2. Die von dem früheren Verwalter in der Zeit nach seiner Entlassung vorgenommenen Rechtshandlungen sind für die Masse unwirksam. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts hat keine rückwirkende Kraft. 3. Der entlassene Verwalter erlangt sein Amt nicht mit Zustellung der Beschwerdeentscheidung, sondern erst durch nochmalige Bestellung seitens des Konkursgerichts wieder.

§ 85. 1. LeipzZ. **13** 330, R. **13** Nr. 757 (Colmar). Wenn das Konkursgericht die Höhe des Honorars und der Auslagen des Konkursverwalters in derselben Bekanntmachung wie die Anberaumung des Termins zur Abnahme der Schlußrechnung veröffentlicht hat, beginnt die Frist für die Einlegung der sofortigen Beschwerde des Gemeinschuldners gegen jene Kostenfestsetzung mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe des die Einrückung enthaltenden Blattes (§ 76 Abs. 1 KO.).

2. ElsLothJZ. **12** 234 (Colmar). Im Falle der Erhöhung der dem Verwalter zustehenden verhältnismäßigen Gebühr kann vom Konkursgericht als Anhaltspunkt für den Umfang dieser Erhöhung das vom früheren Gemeinschuldner nach erfolgter Einstellung des Konkurses erklärte Einverständnis mit der Honorarforderung des Verwalters verwertet werden (vgl. JDR. **10** zu § 85 Abs. 2).

§ 86. SeuffBl. **13** 143, R. **13** Nr. 1224 (Augsburg). Unterlassung von Einwendungen gegen Schlußrechnung und Schlußverzeichnis beseitigt zwar weitere Ansprüche gegen die Masse, nicht aber gegen den Konkursverwalter wegen persönlichen Verschuldens. Nichteinsicht der Rechnung samt Belegen durch den Anwalt des Konkursgläubigers ist mitwirkendes Verschulden nach § 254 BGB.

§ 87. Stern, LeipzZ. **12** 215. Der Gläubigerausschuß hat für den Fall, daß ein Mitglied wegfällt, mangels gesetzlicher Bestimmung nicht die Befugnis zur Selbstergänzung (vgl. Jäger § 87 Anm. 6). Der trotzdem Zugewählte hat nicht die Eigenschaft eines Ausschußmitglieds. Wo ein Mehrheitsbeschluß (vgl. § 90 KO.) erforderlich ist, ist der Beschluß ungültig, wenn die Mehrheit nur durch sein Hinzutreten zustande gekommen ist. Befindet er sich in der Minderheit, so ist der Beschluß gültig. Eine Beschlußfassung ist zulässig, weil dem Gesetze genügt ist, solange die Teilnahme einer „Mehrheit" von Mitgliedern möglich ist (§ 90 KO., vgl. Jäger § 87 Anm. 2).

§ 90. Vgl. zu § 99.

§ 91. LeipzZ. **14** 202, R. **13** Nr. 3186 (Stuttgart). Die Festsetzung der Auslagen und Vergütung der Gläubigerausschußmitglieder nach § 91 Abs. 2 Satz 2 KO. setzt ein noch anhängiges Konkursverfahren voraus und kann deshalb nicht mehr stattfinden, wenn das Verfahren beendigt, also der Aufhebungsbeschluß wirksam ist. Ist die Festsetzung nicht mehr möglich, so ist auch eine Beschwerde ausgeschlossen, welche die Festsetzung einer höheren als der von dem Konkursgerichte zugebilligten Entschädigung bezweckt. Der Beschwerdeführer kann die Differenz gegen den früheren Gemeinschuldner als den Schuldner der Massekosten (vgl. §§ 88, 68 Nr. 2 KO.) im Prozeßwege geltend machen.

§ 95. 1. Freudenthal, R. **12** 282. Die KO. enthält keine Vorschrift, daß ein Mitglied der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses gehindert ist, sein Stimmrecht bei einer Beschlußfassung auszuüben, wenn der Gegenstand der Abstimmung eine den Abstimmenden selbst interessierende Angelegenheit betrifft. Eine entsprechende Anwendung der §§ 34 BGB., 252 Abs. 3 HGB. ist unzulässig. Aus § 95 KO. ergibt sich aber, daß zwischen dem Inhaber nicht festgestellter und festgestellter Forderungen zu unterscheiden ist. Der erstere ist in Ansehung seines Stimmrechts auf Zulassung durch andere Konkursgläubiger und den Verwalter angewiesen. Das Gericht kann ihm in Anbetracht seines Interesses an der Abstimmung das Stimmrecht verweigern; diese Entscheidung ist unanfechtbar (§ 95 Abs. 3 KO.). Der Inhaber einer festgestellten Konkursforderung kann nicht von der Abstimmung ausgeschlossen werden. Das Gericht kann nur nach § 99 KO. auf Antrag die Ausführung eines dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger widersprechenden Beschlusses untersagen. Für die Abstimmung der Mitglieder des Gläubigerausschusses besteht keine Schranke, nicht einmal die des § 99. Sie können sich aber nach § 89 KO. verantwortlich machen.

2. R. **12** Nr. 1081 (Colmar). Der Gläubiger einer festgestellten Konkursforderung hat das Stimmrecht auch dann, wenn über die Einleitung eines Rechtsstreits gegen ihn beschlossen werden soll.

§ 99. LeipzZ. **13** 570, R. **13** Nr. 1932 (Düsseldorf). Die Wahl des Gläubigerausschusses steht allein den Gläubigern zu und unterliegt nicht der Bestätigung oder irgendwelcher Einwirkung des Gerichts. Eine Beanstandung der Wahl durch das Gericht findet im § 99 KO. keine gesetzliche Stütze. Der Gläubigerausschuß kann mangels anderer gesetzlicher Bestimmungen aus zwei Mitgliedern bestehen. Für seine Beschlüsse ist dann Einstimmigkeit erforderlich. Der Ausschuß kann den Verwalter nicht hindern, die Forderungen seiner Mitglieder und behauptete Absonderungsansprüche zu bestreiten.

Zweiter Titel. Eröffnungsverfahren.

§ 102. Über den Begriff der Zahlungseinstellung vgl. zu § 30 Ziff. II.

§ 103. LeipzZ. **12** 410, R. **12** Nr. 1082 (Colmar). Ein Gläubiger kann die Konkurseröffnung dann nicht beantragen, wenn er versprochen hat, seine Forderung einstweilen nicht geltend zu machen und sich nach Tilgung der übrigen Nachlaßverbindlichkeiten mit dem noch vorhandenen verfügbaren Vermögen zu befriedigen (vgl. Jäger § 103 Anm. 3, Petersen-Kleinfeller § 105 (418).

§ 108. Jäger, LeipzZ. **12** 202. Enthält der Eröffnungsbeschluß eine unrichtige Bezeichnung des Gemeinschuldners, weil der Name im Konkursantrag unrichtig angegeben war, so kann der Beschluß jederzeit in entsprechender Anwendung des § 319 ZPO. berichtigt werden. Es bleibt aber dabei, daß der Konkurs zu der im Eröffnungsbeschlusse bezeichneten Zeit eröffnet ist. Auch der Konkursantrag bleibt maßgeblich für die Anfechtung.

§ 109. **RG.** LeipzZ. **13** 629. Der Beschluß, durch welchen der Konkurs eröffnet oder das Konkursverfahren aufgehoben wird, begründet keine Rechtskraft für einen Schadensersatzprozeß gegen Vorstandsmitglieder aus § 34 GenG. In dem Beschlußverfahren ist Gegenstand der Entscheidung lediglich die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens und seine Aufhebung. Für die Rechtskraftwirkung fehlen die notwendigen Voraussetzungen der Identität des Streitgegenstandes und der Parteien.

Dritter Titel. Teilungsmasse.

§ 125. *Hansen, BuschsZ. **43** 495 ff. Die Ladung des Gemeinschuldners zur Leistung des Offenbarungseids ist zulässig, solange das Konkursverfahren anhängig ist. Ist der Gemeinschuldner während der Anhängigkeit des Verfahrens geladen worden, so entbindet der Umstand, daß zwischen der Ladung und dem zur Eidesleistung anberaumten Termine das Konkursverfahren aufgehoben wird, den Gemeinschuldner nicht von der Verpflichtung zur Eidesleistung, mag das Konkursverfahren durch Verteilung oder durch Abschluß eines Zwangsvergleichs endigen.

§§ 126, 127. *Potyka, GoldschmidtsZ. **71** 142 ff. Der Konkursverwalter hat in Ansehung der Absonderungsrechte grundsätzlich keine anderen Rechte und Pflichten als der Kridar vor Konkurseröffnung. Die Bestimmungen in §§ 126, 127 KO. gehen darüber hinaus. Dieselben bedeuten nicht ein Recht der Konkursgläubiger auf Zwangsvollstreckung, sondern ein Recht des Verwalters auf Verwertung von Massengegenständen in der Form der Zwangsvollstreckung. Der Verwalter bringt, soweit ein Absonderungsrecht vorhanden ist, nicht Gegenrechte der Konkursgläubiger, sondern Nebenrechte des Gemeinschuldners zur Geltung.

§ 127. 1. Veräußerung von Grundstückszubehör. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1079, LeipzZ. **12** 696, R. **12** Nr. 932. 1. Das den Hypothekengläubigern haftende Grundstückszubehör verliert diese Eigenschaft nicht etwa nach den §§ 1120, 1121 BGB. dadurch, daß der Konkursverwalter es ohne Zustimmung der Hypothekengläubiger unter Berufung auf § 127 KO. veräußert und vom Grundstück entfernt. 2. Zur Erhaltung des Absonderungsrechts der Hypothekengläubiger am Zubehör bedarf es nicht einer Geltendmachung dieses Rechtes vor einer durch den Verwalter erfolgenden Veräußerung des Zubehörs. 3. Es ist rechtlich möglich, den durch Veräußerung von Grundstückszubehör seitens des Konkursverwalters entstandenen, gegen diesen auf Herausgabe des Erlöses gerichteten Bereicherungsanspruch von dem Hypothekenrechte derart zu trennen, daß die spätere Abtretung der Hypothek nicht auch diesen persönlichen Anspruch mit umfaßt. 4. Dieser Anspruch bleibt unabhängig davon bestehen, daß später im Zwangsversteigerungsverfahren die Hypothek infolge des Zuschlags gelöscht wird.

2. Freihändiger Verkauf und anderweite Verwertung des Pfandes. a) SächsOLG. **34** 108, OLG. **26** 398, SeuffA. **67** 300, LeipzZ. **12** 944. Da der Konkursverwalter befugt ist, die Verwertung einer zur Konkursmasse gehörigen beweglichen Sache, die gepfändet ist, nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu betreiben, ist die Ermächtigung nach § 825 ZPO. zum freihändigen Verkaufe der Sache zulässig (vgl. LeipzZ. **08** 612, 627 ff.). Zu der gewöhnlichen Verwertung von Sachen nach den Vorschriften über Zwangsvollstreckung oder Pfandverkauf bedarf es einer Genehmigung des Gerichts nicht. Das Gericht ist nicht befugt, dem Konkursverwalter eine Frist für die Verwertung des Pfandes zu setzen. Verletzt der Verwalter seine Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwertung, so erwächst dem Gläubiger ein Masseanspruch nach § 59 KO. und bei Verschulden des Verwalters ein Schadensanspruch gegen ihn nach § 82 KO. **b)** LeipzZ. **14** 304 (Colmar). Der Konkursverwalter ist berechtigt, durch Vertrag eine von den Vorschriften des § 127 KO. und der §§ 1235 ff. BGB. abweichende Art der Verwertung des Pfandgegenstandes zu vereinbaren (Jäger § 127 Anm. 14).

Die Verpflichtungen aus dem Vertrage bilden Masseschulden nach § 59 Nr. 1 KO. Hat in Wirklichkeit ein Absonderungsrecht auf seiten des Vertragsgegners nicht bestanden und der Verwalter dies nur irrtümlich angenommen, so hat er den Gegner vor den übrigen Gläubigern bevorzugt und damit die ihm nach §§ 6, 117 KO. gesteckten Grenzen seiner Vertretungsmacht überschritten. Daher ist das Abkommen nichtig (vgl. **RG. 57** 199, Jäger § 6 Anm. 36, 37). Der Vertragsgegner haftet während der Dauer des Konkursverfahrens aus ungerechtfertigter Bereicherung. Nach Aufhebung des Konkurses besteht der Anspruch nicht mehr.

3. Recht auf Besichtigung des Pfandes. LeipzZ. **12** 868 (Dresden). Der Konkursverwalter hat infolge des ihm zustehenden Verwertungsrechts nach § 127 KO. einen Anspruch auf Gestattung der Besichtigung der Pfandgegenstände (§ 809 BGB.).

4. Verwaltung des Erlöses. **a)** LeipzZ. **14** 302 (Colmar). Veräußert der Verwalter einen Gegenstand nach § 127, so hat er den Erlös für Rechnung des Absonderungsberechtigten von der Masse getrennt zu halten. Verletzt er diese Pflicht, so haftet die Masse nach § 59 Nr. 1 KO., aber nur in Höhe des Erlöses, nicht des Wertes. **b)** LeipzZ. **14** 304 (Colmar). Der Konkursverwalter hat ein ihm gegenüber durch Urteil festgestelltes Absonderungsrecht dadurch zu berücksichtigen, daß er den erforderlichen Betrag für den Berechtigten bereit hält (Jäger § 127 Anm. 12). Eine weitere Rechtskraftwirkung hat das Urteil nicht, insbesondere stellt es das Absonderungsrecht nicht allen Konkursgläubigern gegenüber fest (vgl. Wolff, BuschsZ. **22** 259). § 147 KO. bezieht sich nur auf Urteile, durch die eine Konkursforderung als solche festgestellt wird.

§ 132. Becher, LeipzZ. **14** 246 ff. Ein Beschluß des Gläubigerausschusses, der einem Beschlusse der Gläubigerversammlung nach § 132 Abs. 1 KO. entgegentritt, ist gesetzwidrig. Die vom Konkursverwalter und Gläubigerausschusse nach § 129 Abs. 2 KO. beschlossenen Maßregeln sind nur vorläufige. Hat die Gläubigerversammlung einmal eine Entscheidung getroffen, so ist diese für alle Beteiligten, auch den Gläubigerausschuß bindend, falls die Versammlung selbst nicht den Verwalter oder den Ausschuß ermächtigt, die angeordnete Maßregel zu ändern. Der Gläubigerausschuß ist nur der Beauftragte der Gläubigerversammlung. Deshalb ist der Wille der letzteren maßgebend.

§ 137. **a)** **RG. 80** 37, JW. **12** 918, DJZ. **12** 1353, R. **12** Nr. 2735—2736. 1. Eine Bank wird zur Hinterlegungsstelle im Sinne des § 137 nicht im Wege der Vereinbarung zwischen dem Konkursverwalter und ihr, sondern auf Grund des einseitigen Beschlusses der Gläubigerversammlung (§ 132 Abs. 1 KO.) oder durch Anordnung des Gerichts (§ 129 Abs. 2 KO.). Daher kann § 137 durch Vereinbarung des Konkursverwalters und der Hinterlegungsstelle auch nicht außer Kraft gesetzt werden, § 137 ist zwingendes Recht (vgl. **RG. 54** 212). 2. § 137 findet nicht auf jeden Hinterlegungsvertrag des Verwalters Anwendung, sondern nur auf den Verkehr desselben mit der nach §§ 129, 132 KO. bestimmten Hinterlegungsstelle. Eine Mitteilung des Beschlusses der Gläubigerversammlung an die Bank durch den Verwalter ist nicht erforderlich, es genügt für die Anwendung des § 137 jede Kenntnis der Hinterlegungsstelle von dem Beschlusse, mag sie vor oder nach Einzahlung der Gelder erlangt sein. Selbst die Unkenntnis der Hinterlegungsstelle beseitigt ihre Haftung jedenfalls dann nicht, wenn die Bank aus den ihr bekannten Umständen das Vorliegen ihrer Bestimmung zur Hinterlegungsstelle entnehmen muß. **b)** **RG.** JW. **14** 157, LeipzZ. **14** 393. Die Zahlung an den Konkursverwalter, der keine von einem Gläubigerausschußmitgliede mitunterzeichnete Quittung beibringt, befreit die Hinterlegungsstelle nicht, auch wenn die gezahlten Gelder in das Eigentum der Konkursmasse gelangt sind. Der Zweck des § 137 würde sonst vereitelt werden. Die Mitunterzeichnung der Quittung soll nicht nur dagegen sichern, daß

der Konkursverwalter die Abhebung bereits in der Absicht vornimmt, die Gelder zu veruntreuen, sondern überhaupt dagegen, daß er ohne Wissen des Gläubigerausschusses die hinterlegten Gelder in die Hände bekommt und in die Lage versetzt wird, hinter dessen Rücken darüber zu verfügen. c) SächsOLG. **33** 251. Hat der Konkursverwalter bei einer Sparkasse Gelder für die Konkursmasse eingezahlt, und beschließt demnächst die Gläubigerversammlung gemäß § 132 KO., daß der Verwalter die zur Masse eingehenden Gelder weiter bei der Sparkasse zinsbar anlegen solle, so hat dieser Beschluß nicht die Bedeutung, daß damit die Sparkasse als Hinterlegungsstelle mit der im § 137 KO. vorgesehenen Wirkung bestimmt wird; vielmehr kann der Beschluß nur dahin verstanden werden, daß die Sparkasse die Stelle bleiben solle, bei der die Gelder wie bisher in der Form von Spareinlagen anzulegen seien. In dem Beschlusse liegt eine stillschweigende Genehmigung der Bedingungen, unter denen die Gelder bisher angelegt waren. Ist die Sparkasse daher nach ihren Bedingungen berechtigt, an den Überbringer des Einlagebuches die Gelder auszuzahlen, so muß die Masse eine Auszahlung an den Konkursverwalter gegen sich gelten lassen.

Vierter Titel. Schuldenmasse.

§§ 138 ff. *Kirchmann, LeipzZ. **12** 627 f. Eine Anmeldung der einer Lebensversicherungsgesellschaft zustehenden Forderung auf Rückzahlung eines von ihr auf die eigene Police gegebenen Darlehens (Vorauszahlung) erübrigt sich aus rechtlichen Gründen, eine Anmeldung der Forderungen der Gesellschaft auf Prämienzahlungen wird aus praktischen Gründen unterlassen.

§§ 139, 145. **RG.** LeipzZ. **13** 630, JW. **13** 440, R. **13** Nr. 2648. Meldet ein Gläubiger einen größeren Posten Wechselforderungen im Konkurs an mit dem Bemerken, daß nur ein Teil davon geltend gemacht werden solle, so genügt es, wenn er die dem beanspruchten Teile entsprechenden Wechsel vorlegt. § 139 Satz 3 KO. stellt nicht ein die Wirksamkeit der Anmeldung bedingendes Erfordernis auf und schließt nicht aus, daß der Gläubiger im Feststellungsprozesse mit zulässigen Beweismitteln die Höhe seiner Forderung beweist. Ebenso **RG.** LeipzZ. **14** 396.

§ 142. LeipzZ. **12** 412 (Colmar). Die Berufsgenossenschaften genießen für die Anmeldung rückständiger Beiträge im Konkurs eines Genossen Gebührenfreiheit gemäß § 144 GewUVG.

§ 144. **RG.** LeipzZ. **14** 394. Nach § 144 KO. gilt eine Forderung als festgestellt, soweit der Konkursverwalter im Prüfungstermine keinen Widerspruch erhoben hat. Damit ist gesagt, daß der Verwalter eine Forderung auch unter einem Vorbehalt anerkennen kann. Insbesondere kann er an seine Anerkennung den Vorbehalt knüpfen, daß der Gläubiger Wechsel, die er im Falle seiner Befriedigung durch Dividendenzahlung zurückzugeben hat (**RG. 37** 4), noch vorlege und bei der Zahlung ausfolge.

§ 145. 1. Wirkung der Eintragung. a) Gegenüber den anderen Gläubigern. OLG. **25** 332 (Hamburg). Die Feststellung einer Forderung in der Tabelle gilt nach § 145 Abs. 2 wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber allen Konkursgläubigern. Daß der Gläubiger abgesonderte Befriedigung beansprucht hat und die Feststellung für den Ausfall erfolgt ist, ändert daran nichts. Ist die Forderung auch der Höhe nach festgestellt, so kann diese Feststellung nur durch eine Klage aus § 767 ZPO. angefochten werden; die Aufrechnung mit einer Forderung, die schon vor der Feststellung bestanden hat, ist daher unzulässig (**RG. 64** 228). b) In bezug auf die Forderung. **RG.** JW. **13** 440. Meldet ein Gläubiger eine Wechselforderung zur Tabelle an, indem er angibt, daß seine Forderung an sich höher sei, sich aber durch einen anderweiten Vergleich auf den an-

gemeldeten Betrag verringert habe, so genügt es, wenn er Wechsel in Höhe der angemeldeten Forderung vorlegt.

2. R. **12** Nr. 1083 (Frankfurt). Die gegen die Eintragung in die Tabelle, von wem eine angemeldete Forderung bestritten worden ist, gegebene sofortige Beschwerde versagt bei inzwischen eingetretenem Ausscheiden der an der Eintragung beteiligten Urkundsbeamten. Gegebenenfalls verbleibt zur Berichtigung nur der Prozeßweg.

3. Zu Abs. 2. BadRpr. **12** 271 (Karlsruhe). Die Vorschrift des § 145 Abs. 2 KO. findet im Verhältnisse der Konkursgläubiger zueinander nicht nur im Konkurse, sondern auch außerhalb desselben Anwendung. Die Feststellung in der Tabelle schafft, weil einem rechtskräftigen Urteile gleichstehend, zwischen den Beteiligten unabänderliches Recht auch für spätere Rechtsstreitigkeiten (vgl. **RG. 55** 157, JW. **11** 117).

§ 146. I. Allgemeines. 1. Einrede der Schiedsrichterklausel. Kleinfeller, R. **12** 33 ff. Für die Frage, ob in einem nach § 146 KO. zu führenden Feststellungsprozesse die prozeßhindernde Einrede der Schiedsrichterklausel zulässig ist, gelten folgende Grundsätze: wenn ein Konkursgläubiger widersprochen hat und der anmeldende Gläubiger Klage erhebt, so ist die Einrede der Schiedsrichterklausel regelmäßig ausgeschlossen, weil der beklagte Konkursgläubiger sich nicht auf eine für andere Personen geltende Vereinbarung berufen kann. Im Verhältnisse des anmeldenden Gläubigers zum widersprechenden Konkursverwalter ist die Einrede gleichfalls nicht begründet, wenn man diesen als ein kraft eigenen Rechtes handelndes Organ des Staates auffaßt. Betrachtet man ihn als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners, so muß man ihm die Einrede der Schiedsrichterklausel auf Grund einer für den Gemeinschuldner verbindlichen Verfügung zugestehen. Der Gemeinschuldner selbst kann, wenn er nach Aufhebung des Konkursverfahrens den Prozeß weiterbetreibt, die Einrede ebenfalls vorbringen, solange er noch nicht selbst zur Hauptsache verhandelt hat, wenn auch das Gericht vorher die gleiche Einrede des Konkursverwalters auf Grund irriger Auslegung verworfen hat. Ebenso kann der Schuldner nach Aufhebung des Konkurses die Einrede vorbringen, wenn der Konkursverwalter sie überhaupt nicht benutzt hat.

2. Anerkennung der Forderung nach früherem Bestreiten. a) Schulze, LeipzZ. **12** 57 f., teilt folgenden Fall mit: ein Gläubiger hatte eine Forderung angemeldet und erhob infolge Bestreitens des Konkursverwalters Klage nach § 146 KO. Vor Zustellung der Klage erkannte der Verwalter die Forderung an, sie wurde auch zur Tabelle festgestellt. Der Gläubiger, der die Klage zurücknahm, forderte die Prozeßkosten von der Masse als Verzugsschaden. Dies ist unberechtigt. Der Konkursverwalter gerät mit keiner ihm dem Gläubiger gegenüber obliegenden privatrechtlichen Verpflichtung in Verzug, wenn er eine angemeldete Forderung nicht gleich im Prüfungstermin anerkennt; eine Masseschuld besteht nicht. Der Verwalter kann aber nach § 82 KO. persönlich verantwortlich sein. **b)** Dazu bemerkt Jaeger aaO. Ist die Feststellungsklage dem Verwalter zur Zeit der Rücknahme des Widerspruchs bereits zugestellt und beschränkt der Gläubiger seinen Antrag auf den Kostenpunkt, so ist der Verwalter in die Kosten zu verurteilen. Die Kostenschuld ist Masseschuld nach § 59 Nr. 1 KO. Wird die Klage nach Rücknahme des Widerspruchs zugestellt, so kann ein Anspruch auf Ersatz der Kosten nur aus materiellem Rechtsgrund in Frage kommen. Die Unterlassung einer Anzeige an den Gläubiger von der Rücknahme des Widerspruchs gegenüber dem Konkursgerichte begründet keine Masseschuld.

3. Prüfung und Feststellung sind Prozeßvoraussetzungen im Feststellungsprozesse. R. **12** Nr. 3266 (Stuttgart). Bei Klagen, mit denen Feststellung gemäß § 146 KO. verlangt wird, gehört die

Tatsache ordnungsmäßiger Prüfung und Feststellung der Forderung nicht zum Klagegrund selbst, sondern bildet nur die prozessuale Voraussetzung der Entscheidung über das Feststellungsbegehren. Daher genügt es, wenn sie zur Zeit der Erlassung des Urteils vorliegt; ein Mangel in dieser Hinsicht kann auch noch in der Berufungsinstanz gehoben werden, ohne daß Klagänderung vorliegt.

II. Einzelnes. 1. Zu Abs. 1. **RG.** JDR. **10** 146 II 1 s. jetzt Gruchots Beitr. **56** 353, BayRpflZ. **12** 49.

2. Zu Abs. 3. **a)** Urteilserlaß in Unkenntnis des Konkurses. LeipzZ. **12** 172 (KG.). Ein Urteil, das in Unkenntnis der Konkurseröffnung vom Gericht erlassen ist, ist nicht unwirksam, sondern muß von dem dadurch beschwerten Kläger mittels der zulässigen Rechtsmittel beseitigt werden (**RG. 45** 323). Dazu ist eine Aufnahme des Prozesses erforderlich; diese erfolgt wirksam durch Zustellung des Urteils an den Konkursverwalter. **b)** Streitwert. BadRpr. **13** 85 (Karlsruhe). Bis zur Aufnahme des Rechtsstreits bleibt der frühere Streitwert maßgebend, während von da an für die Berechnung § 148 KO. entscheidend ist. Ist eine Konkursdividende nicht zu erwarten, so beträgt der Streitwert 0—20 M. Die Ansicht, daß in einem solchen Falle die Feststellungsklage mangels eines Objekts abzuweisen ist ((Marcuse, PosMSchr. **06** 75), kann nicht gebilligt werden. **c)** Aufnahme des Prozesses vor dem Bestreiten. LeipzZ. **12** 93 (Hamburg). Die Aufnahme eines Prozesses gegen den Konkursverwalter gemäß § 146 Abs. 3 KO. kann erst erfolgen, wenn die Forderung zur Tabelle angemeldet und im Prüfungstermin von ihm bestritten worden ist. Erfolgt die Aufnahme vor dem Bestreiten, so ist sie wie eine der prozessualen Voraussetzungen ermangelnde Klage durch Urteil abzuweisen (vgl. Jäger § 141 Anm. 21). **d)** Konkurseröffnung während der Revisionsinstanz. **RG.** LeipzZ. **12** 400. Fällt der Beklagte nach Beendigung der 2. Instanz in Konkurs, so kann das Revisionsgericht nicht ein für die Forderung in Anspruch genommenes Vorrecht feststellen. Die Berücksichtigung von Tatsachen, die sich nach Schluß der Berufungsverhandlungen zugetragen haben, ist ausgeschlossen, es sind nur die Vorschriften des Verfahrens, die infolge der Konkurseröffnung einzuhalten waren, zu prüfen. **e)** Aufnahme des Prozesses nur durch den Berechtigten. SeuffA. **67** 126 (Braunschweig). In einem Passivprozesse kann die Aufnahme des Prozesses nur durch die dazu berechtigte Partei erfolgen. Das ist nach § 146 Abs. 3 KO. regelmäßig nur der anmeldende Gläubiger, nicht der widersprechende Konkursverwalter, da dieser an der Aufnahme des Rechtsstreits im allgemeinen kein Interesse haben kann (**RG. 16** 361, JW. **00** 393, Jäger § 146 Anm. 13).

3. Zu Abs. 4. **a)** Allgemeines. LeipzZ. **12** 331 (KG.). Die Aufnahme eines durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Prozesses über einen Wechselanspruch kann nach § 146 KO. durch den Konkursverwalter erst dann erfolgen, wenn die Wechselforderung als solche im Konkurse angemeldet und geprüft worden ist. Der Widerspruch ist vom Konkursverwalter zu verfolgen, wenn er sich gegen eine Forderung richtet, für die bereits im Wechselprozesse ein rechtskräftiges Urteil erlangt ist. Eine Anmeldung in obigem Sinne liegt nicht vor, wenn der Gläubiger zum Konkurse eine Aufstellung überreicht hat, die mit einem Saldo abschließt, mag darin auch die streitige Wechselforderung enthalten sein. Bei Anmeldung einer Saldoforderung sind die einzelnen Posten nur Rechnungsposten, nicht aber selbständige Forderungen. Erkennt der Verwalter einen Teil des Saldos an, während er den Rest bestreitet, so muß der Gläubiger, da er für den Saldo als solchen einen Schuldtitel nicht hat, die Feststellung der Saldoforderung betreiben. **b)** Klagänderung. **RG.** LeipzZ. **12** 235. § 146 KO. ist nicht verletzt, wenn der Grund der nämliche ist und der Betrag zugunsten der Konkursmasse abweicht. Auf Abs. 4 sind gemäß § 72 KO. die §§ 268, 270 ZPO. entsprechend anzuwenden. Spricht

das Berufungsgericht aus, daß eine Klagänderung nicht vorliegt, so ist diese Entscheidung nach § 270 ZPO. nicht anfechtbar, auch nicht mit der Behauptung, daß dabei der § 146 KO. verletzt sei (vgl. auch LeipzZ. **11** 231). Vgl. JDR. **10** zu § 146 II. 3.

4. Zu Abs. 5. LeipzZ. **14** 206 (Regierung v. Mittelfranken). Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zur Feststellung des Bestehens einer Konkursforderung schließt nicht ohne weiteres auch die Zuständigkeit zur Feststellung des Konkursvorrechts ein (vgl. Jäger § 146 Anm. 16).

5. Zu Abs. 6. **a)** OLG. **23** 307, SeuffA. **67** 127, DJZ. **12** 351, R. **12** Nr. 501 (Braunschweig). Der Titel im Sinne des § 146 Abs. 6 KO. muß vor der Konkurseröffnung erworben sein. Nach der Konkurseröffnung kann ein Gläubiger einen Titel gegen den Gemeinschuldner nur erwerben, wenn er gleichzeitig auf Befriedigung aus der Konkursmasse verzichtet (**RG. 29** 73). Ein erst nach der Konkurseröffnung gemäß § 249 Abs. 3 ZPO. verkündetes Urteil ist aber ein Titel im Sinne des § 146 Abs. 6 KO. **b)** LeipzZ. **13** 870 (Hamburg). Ist eine Forderung vor Konkurseröffnung rechtskräftig festgestellt, so kann der Gläubiger den Rechtsstreit gegen den bestreitenden Verwalter nicht aufnehmen (Jäger § 146 Anm. 27) und muß mit seinem Anspruch auf Feststellung zur Tabelle abgewiesen werden. Nach § 146 Abs. 3 setzt die Aufnahme eines Rechtsstreits voraus, daß dieser zur Zeit der Konkurseröffnung anhängig ist. Die Ankündigung der Erhöhung der Klageforderung um einen bestimmten Betrag bewirkt noch nicht die Anhängigkeit des Rechtsstreits in diesem Punkte.

§ 148. RG. LeipzZ. **12** 473, R. **12** Nr. 1368. Die Eröffnung des Konkurses, die nach Beginn der Revisionsinstanz, aber vor der Revisionsverhandlung stattfindet, bewirkt, daß der Wert des Streitgegenstands gemäß § 148 KO. nur noch mit Rücksicht auf das Verhältnis der Teilungsmasse zur Schuldenmasse nach freiem Ermessen zu ermitteln ist (**RG. 10** 68, **76** 292). Maßgebend ist dabei die endgültige Konkursdividende, nicht eine in einem früheren Zeitpunkt in Aussicht genommene höhere Dividende. Ist bei der Revisionsverhandlung die Unzulässigkeit der Revision wegen Fehlens der Revisionssumme nicht geltend gemacht worden, so ist bei der Wertfestsetzung des Beschwerdegegenstands die Tatsache, daß seinerzeit die Revisionssumme als gegeben angenommen worden ist, nicht zu beachten.

Fünfter Titel. Verteilung.

§ 172. R. **13** Nr. 1382 (Colmar). Wenn ein Massegläubiger verabsäumt hat, seinen Anspruch spätestens bis zur Beendigung der Schlußverteilung zur Kenntnis des Konkursverwalters zu bringen, so kann er auch keinen Bereicherungsanspruch gegen diejenigen Konkursgläubiger geltend machen, die auf seine Kosten im Konkurse mehr erhalten haben, als ihnen nach der KO. zugestanden haben würde.

Sechster Titel. Zwangsvergleich.

§ 173. I. 1. Gleichmäßige Befriedigung beim Präventivakkord? *Gareis, LeipzZ. **12** 644 ff. Bei dem Akkordvertrag zur Abwendung eines drohenden Konkurses ist eine analoge Anwendung des § 181 KO. ausgeschlossen, weil es jedem Gläubiger freisteht, ob er sich an dem Abkommen beteiligen will oder nicht. Das Gebot gleichmäßiger Befriedigung kann aber Inhalt des Akkordvertrags sein. Dies wird regelmäßig nicht der Fall sein, wenn der Schuldner an jeden einzelnen seiner Gläubiger herantritt und mit diesem ein Abkommen trifft. Bietet aber der Schuldner der Gesamtheit seiner Gläubiger den Akkord einheitlich an, so ist das Angebot dahin auszulegen, daß es eine gleiche Behandlung zusagt, auch wenn es an einer ausdrücklichen Erklärung dafür fehlt. Knüpft ein Gläubiger seine Zustimmung an die Bedingung, daß kein Gläubiger bevorzugt werden darf, so ist das Abkommen unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen,

daß dieser Abrede nicht zuwider gehandelt ist. Sondervorteile, die im Interesse des Schuldners ein unbeteiligter Dritter aus eigenen Mitteln gewährt, sind gestattet. Es kann aber auch der Dritte den Gläubigern gegenüber zur gleichen Behandlung aller Gläubiger sich verpflichten; dann gilt das Gegenteil. Wird der Akkord von dem Gläubiger mit Erfolg angefochten, so ist auch das Abkommen zwischen dem Gläubiger und dem Dritten hinfällig und dieser kann das von ihm schon Geleistete kondizieren. Der Aufkauf der Forderungen durch einen am Vertrag unbeteiligten Dritten ist zulässig. ➠→ Teilweise anders Strauß, JDR. **06** zu § 173. Red. ←◀

2. Präventivakkord und § 193 vgl. § 193 Ziff. I.

II. Allgemeines. 1. Rechtsnatur des Zwangsvergleichs. **a)** *Wackenthaler, Die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs 98 ff. Das Wesen des Zwangsvergleichs ist sehr bestritten. Die noch herrschende, von Schultze zuerst mit Recht angegriffene Vertragstheorie sieht in ihm einen zivilrechtlichen Vertrag bzw. Vergleich zwischen dem Gemeinschuldner und den vorrechtslosen Gläubigern. Aber zu Unrecht; denn hiermit sind unvereinbar die Bindung der Minorität durch die Majorität (§ 193 KO.), die Beschränkung der Anfechtbarkeit des Zwangsvergleichs sowie andere Eigentümlichkeiten desselben. Der Zwangsvergleich ist aber auch kein prozessualer Vertrag (so Kohler), insbesondere nicht nach geltendem Prozeßrecht, erst recht nicht eine zusammengesetzte Rechtsfigur. Vielmehr ist er ein wahres Urteil, und zwar ein Konstitutivurteil; wie dieses stellt er konkrete subjektive Privatrechte rechtskräftig fest. Nur so erklären sich die Charakteristika des Zwangsvergleichs, insbesondere die Bindung der überstimmten Gläubiger. Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 189) ist mit der Natur des Zwangsvergleichs als Urteil wohl vereinbar (§ 107). Die Streitfrage hat auch praktische Bedeutung, insbesondere dafür, ob ein im Ausland geschlossener Zwangsvergleich auch im Inlande und gegenüber inländischen Gläubigern wirksam ist. **b)** **RG. 77** 404, JW. **12** 253. Der Zwangsvergleich ist ein vom Konkursgerichte genehmigter, den besonderen Vorschriften der §§ 173 ff. KO. unterworfener Vertrag des Gemeinschuldners mit den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern über eine bestimmte unter Aufhebung des Konkurses erfolgende Befriedigung dieser Gläubiger. Er ist im allgemeinen nach Vertragsgrundsätzen zu beurteilen. Das gilt z. B. insofern, als vermutet wird, daß der Inhalt des Vergleichs in den darüber aufgenommenen Urkunden und Protokollen erschöpfend enthalten ist. Stillschweigende Rechtsvorbehalte eines Beteiligten, der Rechte an einem Grundstücke des Gemeinschuldners hat, werden nicht berücksichtigt. Solche Vorbehalte bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Erklärung gegenüber dem Gemeinschuldner und den Konkursgläubigern. Ebenso SächsRpflA. **12** 157 (LG. Dresden).

2. Rechtsnatur des Zwangsvergleichsvorschlags. *Richter, LeipzZ. **12** 439 ff. Der von dem Gemeinschuldner eingereichte Zwangsvergleichsvorschlag ist der Antrag an das Gericht, das vom normalen Konkursverfahren abzweigende Zwangsvergleichsverfahren in Gang zu setzen. Es ist demnach eine Prozeßhandlung, nicht ein zivilrechtlicher Vertragsantrag, gerichtet auf Abschluß des Zwangsvergleichs; denn es fehlt ihm die Annahmefähigkeit und der Charakter einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. In dem Vergleichstermine muß der Gemeinschuldner erscheinen oder sich vertreten lassen. Falls er nach Einreichung des Vergleichsvorschlags gestorben ist, bedarf es — mag man der Vertragstheorie folgen oder nicht — des Erscheinens und der ausdrücklichen Erklärung der Erben zu dem Vorschlage, den sie aufrecht erhalten, abändern oder durch einen anderen ersetzen können. Das schwebende Konkursverfahren wird durch den Tod des Gemeinschuldners weder beendigt noch unterbrochen. Beim Ausbleiben des oder der Erben kann nicht zur Abstimmung geschritten werden. In diesem Falle wird der Richter vertagen und die Erben zur Stellungnahme auffordern oder besser den Termin

schließen, das Zwangsvergleichsverfahren aufheben und dem Konkursverfahren seinen Fortgang geben (vgl. auch JDR. **10** § 173 II. 1).

3. Übernahme der Verpflichtung, einem Zwangsvergleiche zuzustimmen. **a)** Strecker, R. **13** 4 ff. Die KO. enthält eine Bestimmung darüber, ob sich ein Konkursgläubiger bindend verpflichten kann, einem Zwangsvergleichsvorschlage zuzustimmen, nicht. Sie steht also einer derartigen Vereinbarung, wenn diese nicht unter die Vorschriften der §§ 181, 243 KO. fällt, nicht entgegen. Gegenüber dem Grundsatze der Vertragsfreiheit hätte es zum Verbot einer derartigen Vereinbarung einer gesetzlichen Bestimmung bedurft. Der Gläubiger, der sich gebunden hat, ist nicht benachteiligt; denn er kann nach § 188 KO. beantragen, den Vergleich zu verwerfen. Daß der Gemeinschuldner an seinen Vergleichsvorschlag vor dessen Annahme und der Gläubiger an seine Abstimmung im ersten Termine später nicht gebunden ist, steht der Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung nicht entgegen. **b)** Stepp, R. **13** 165, wendet sich gegen Strecker. Aus den Motiven der KO. und aus dem Gesetze selbst folgt, daß es eine rechtlich bindende Erklärung eines Konkursgläubigers, im Zwangsvergleichstermine für den Vergleich zu stimmen, nicht hat zulassen wollen. Die in §§ 178 ff. KO. erfolgte Regelung des Hergangs des Zwangsvergleichstermins enthält Vorschriften zum Schutze der Gläubiger, und der Gemeinschuldner ist nicht in der Lage, diese Vorschriften durch eine Vereinbarung mit den Gläubigern illusorisch zu machen. Wäre eine Klage auf Verurteilung zur Zustimmung zum Zwangsvergleiche gegen den Gläubiger zulässig, so würde die Vollstreckung des Urteils nach § 894 ZPO. nicht möglich sein, weil die Zulassung eines die Zustimmung ersetzenden Urteils im Vergleichstermine eine Verletzung des § 182 KO. enthalten würde. Eine Vollstreckung des Urteils nach §§ 887, 888 ZPO. ist ebenfalls unzulässig. **c)** BadRpr. **13** 22 (Karlsruhe). Eine vorherige Bindung des Gläubigers, in dem Zwangsvergleichstermine seine Stimme in einer bestimmten Richtung abzugeben, ist unzulässig. Der Gläubiger muß durch die ihm gebotene Möglichkeit, in dem Vergleichstermine zusammen mit den übrigen Gläubigern über die Vorteile und Nachteile eines abzuschließenden Zwangsvergleichs beraten zu können, in die Lage versetzt werden, zu prüfen, ob er den Vorschlag des Gemeinschuldners annehmen will oder nicht. Der Gläubiger ist sogar an eine bereits abgegebene Zustimmungserklärung nicht gebunden, wenn im ersten Vergleichstermin eine der Mehrheiten des § 182 Abs. 1 KO. nicht erreicht wird (Wilmowski-Kurlbaum § 182 Anm. 9). Eine Klage auf Erteilung der Zustimmung ist auch zwecklos, weil diese Willenserklärung nach § 894 ZPO. mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt, während nach § 182 KO. die Zustimmung mündlich im Vergleichstermin erfolgen muß.

4. Einzelnes. **a)** Einwirkung des Zwangsvergleichs auf die Forderungen. **RG. 78** 77, JW. **12** 252. Der Teilerlaß der Forderung durch den Zwangsvergleich läßt eine natürliche Verbindlichkeit zurück. Mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeit genügt der frühere Gemeinschuldner einer Anstandspflicht, die nach § 814 Halbsatz 2 BGB. die Rückforderung des Gezahlten ausschließt (vgl. JW. **09** 361). Ebenso ist der Fall zu beurteilen, wenn der Gemeinschuldner zwar nicht über die Zwangsvergleichsquote hinaus, aber diese voll bezahlt, obwohl der Gläubiger seine Forderung gemäß § 64 KO. auf den Ausfall angemeldet hat. **b) RG.** ZBlFG. **13** 205. Ist der Beklagte im Prozesse, nachdem er zur Abwendung der Zwangsvollstreckung hinterlegt hat, in Konkurs gefallen, und ist der Konkurs durch Zwangsvergleich erledigt, so wird das Pfandrecht des Klägers an dem hinterlegten Betrage durch den Zwangsvergleich nicht berührt.

§ 181. 1. **RG.** SeuffA. **68** 299, LeipzZ. **13** 399, DJZ. **13** 410, R. **13** Nr. 758. § 181 Satz 3 KO. ist auch anwendbar, wenn einem Gläubiger vor dem Abschluß des Zwangsvergleichs volle Befriedigung lediglich „in Aussicht gestellt" und erst

nach Abschuß eine „bindende" Erklärung in diesem Sinne abgegeben wird. Eine derartige zur Umgehung des Gesetzes geschlossene Vereinbarung ist nach § 181 ebenso nichtig, wie wenn der auf die Bevorzugung abzielende Vertrag bereits vor dem Zustandekommen des Zwangsvergleichs förmlich abgeschlossen wird.

2. **RG. 78** 183, JW. **12** 404, R. **12** Nr. 933. Ein Abkommen, welches einzelne Gläubiger bevorzugt, ist nichtig, wenn es für den Fall des Zwangsvergleichs, d. h. in Beziehung auf einen geschlossen ist, gleichviel ob er zustande kommt oder scheitert. Es genügt daher für die Nichtigkeit, daß das Abkommen auch für den Fall einer Konkursbeendigung ohne Zwangsvergleich geschlossen ist, wenn die Abreden daneben für den Fall des Zwangsvergleichs Geltung haben sollen.

3. OLG. **25** 331 (KG.). Die im § 181 Satz 3 angedrohte Nichtigkeit tritt nur ein, wenn durch das Abkommen nicht bevorrechtigten Gläubigern besondere Vergünstigungen eingeräumt werden sollen. Bewilligt der Gemeinschuldner die Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine Darlehnshypothek, so erlangt der Gläubiger keine weiteren Vorteile, als er sie vorher hatte. Von einer Nichtigkeit kann deshalb keine Rede sein.

§§ 181, 193. 1. LeipzZ. **12** 792 (Colmar). Verbürgt sich jemand für die pünktliche Auszahlung der auf die „festgestellten" Konkursforderungen entfallenden Zwangsvergleichsquote, so kann dies dahin ausgelegt werden, daß sich die Verbürgung auf die gemäß § 144 KO. „festgestellten" Forderungen beschränkt. Mangels abweichender Erklärung mußte aber die Bürgschaftserklärung von den Gläubigern so verstanden werden, daß der Bürge für die Zahlung der Akkordraten zum Zwecke einer den Vorschriften der KO. entsprechenden Konkursbeendigung einstehen wollte. Ob der Bürge selbst seine Erklärung nur beschränkt aufgefaßt hat, ist unerheblich. Umfaßt die Bürgschaft den gleichen Forderungskreis wie der Vergleichsvorschlag, so fallen darunter nicht nur die zur Tabelle festgestellten, sondern auch die ihnen hinsichtlich der Tragweite des Zwangsvergleichs im § 193 Satz 1 KO. gleichgestellten Forderungen.

2. LeipzZ. **13** 407 (Colmar). Eine Zwangsvergleichsbürgschaft kann auch in beschränktem Umfang übernommen werden, derart, daß der Bürge nur für gewisse Arten von Forderungen haften will. Diese Einschränkung braucht nicht Bestandteil der schriftlichen Bürgschaftserklärung zu sein, sie kann auch mündlich erklärt werden (**RG. 65** 46, **71** 415). Durch die Zulassung einer derartig eingeschränkten Bürgschaft wird die Gültigkeit des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs nicht berührt (Jäger § 181 Anm. 2, § 184 Anm. 3).

§ 182. *Wackenthaler aaO. 104 ff. Trotz der in § 182 vorgesehenen Abstimmung ist der Richter nicht genötigt, die Bestätigung zu erteilen. Sie ist für den Richter bloß eine negative Schranke, d. h. er darf ohne sie niemals auf den Erlaß erkennen.

§ 184. *Wackenthaler aaO. 103. Die Bestätigung des § 184 hat die Natur eines Urteils, welches auch die überstimmten Gläubiger bindet (vgl. auch zu § 173 Ziff. II 1 a). Der Zweck des nach Abs. 2 erforderlichen Gehörs wäre nicht ersichtlich, wenn, wie die Anhänger der Vertragstheorie behaupten, die Gläubiger und der Gemeinschuldner schon durch Mehrheitsbeschluß gebunden wären.

§ 187. *Dickel, Rechtsf. Heft 1, Erl. 22, erachtet § 187 KO. Satz 1 auch im Falle des dolus eventualis für anwendbar.

§ 188. 1. LeipzZ. **12** 719 (AG. Camburg a. S.). Ein unlauteres Zustandekommen im Sinne des § 188 Abs. 1 Nr. 1 KO. liegt nicht nur dann vor, wenn eine Gläubigerbegünstigung oder ein Fall strafbaren Betrugs gegeben ist. Der Begriff umfaßt weitergehend jede gegen Treu und Glauben verstoßende Handlungsweise, besonders auch den zivilrechtlichen Betrug und den Stimmenkauf (Jäger § 188 Anm. 4, Petersen-Kleinfeller 585). Hierher gehört aber auch unter

besonderen Umständen der Fall, daß der Vergleich vorzugsweise durch die Stimmen der Verwandten und anderweit gesicherten Gläubiger miterzielt worden ist.

2. LeipzZ. **13** 718 (AG. Camburg a. S.). Der Antrag auf Verwerfung eines Zwangsvergleichs kann auch schriftlich gestellt werden (ebenso Jäger § 188 Anm. 2, abw. Petersen § 188 Anm. 13, Wilmowski § 188 Anm. 1).

§ 191. LeipzZ. **12** 489 ff. insbes. 491 (Colmar). Im Falle der Erledigung des Konkurses durch Zwangsvergleich hat der Verwalter die ihm bekannt gewordenen Masseansprüche von Amts wegen zu berichtigen oder, falls sie bestritten sind, sicherzustellen. Eine Glaubhaftmachung der Ansprüche wird nicht erfordert. Dem Konkursverwalter kann es aber nicht als Verschulden angerechnet werden, wenn er solche Ansprüche unberücksichtigt läßt, die nicht nur nach seiner eigenen pflichtgemäßen Überzeugung keine Masseansprüche sind, sondern auch von dem angeblichen Gläubiger nicht mehr ernstlich als solche aufrecht erhalten werden.

§ 192. 1. **RG. 78** 187, JW. **12** 202, DJZ. **12** 223, R. **12** Nr. 498. Der Gemeinschuldner hat nach Annahme des Zwangsvergleichs nicht einen Anspruch auf den Überschuß der Aktiven über die Verbindlichkeiten, sondern auf Ausantwortung der einzelnen Massebestandteile. Ein solcher ist z. B. der Anspruch gegen den Konkursverwalter aus § 82 KO., der Gemeinschuldner ist also zur Geltendmachung des Anspruchs legitimiert. Der Schuldner kann nicht einwenden, daß der frühere Gemeinschuldner keinen Schaden erlitten habe, weil die Werte, wenn sie zur Masse gelangt wären, nicht ihm, sondern den Konkursgläubigern zugute gekommen wären; das wäre eine Einwendung aus dem Rechte eines Dritten.

2. OLG. Posen (JDR. **10** § 192 Ziff. 1), jetzt auch OLG. **25** 338, SeuffA. **67** 481.

3. OLG. **25** 339 (KG.). Der Gemeinschuldner erlangt nach § 192 die Verfügung über die Masse erst zurück, wenn die Aufhebung des Verfahrens nach § 190 bekannt gemacht ist. Der Konkursverwalter ist daher berechtigt, nach dem Aufhebungsbeschluß, aber vor dessen Publikation Berufung in einem Anfechtungsprozeß einlegen zu lassen. Nach der Publikation ist aber die Anfechtung gegenstandslos, doch kann der Gemeinschuldner zur Entscheidung über die Kosten, die als bedingte Masseschuld ihn eventuell treffen, den Prozeß fortsetzen (**RG. 52** 330) und in ihn ohne weitere Förmlichkeit als Partei eintreten (**RG. 58** 370, GruchotsBeitr. **48** 120).

§ 193. I. Präventivakkord und § 193. LeipzZ. **12** 568 (Colmar). Bei einem außergerichtlichen Arrangement zur Abwendung des Konkurses ist davon auszugehen, daß die an der Vereinbarung teilnehmenden Gläubiger jedenfalls nicht schlechter gestellt sein sollten, als sie im Falle des Konkurses gestellt gewesen wären. Steht einem Gläubiger ein Recht aus einer Bürgschaft gegen einen Dritten zu, so ist anzunehmen, daß er durch seinen Beitritt zu der Vereinbarung das Recht gegen den Dritten nicht aufgeben will, da ja selbst im Falle des Konkurses nach § 193 KO. ein solches Recht unbeschränkt bestehen bleiben würde.

II. Inhalt des Zwangsvergleichs. 1. **RG. 77** 404, JW. **12** 253, R. **12** Nr. 502. Die Vorschrift des Satzes 2 ist nicht zwingend. Sie tritt nur in Wirksamkeit, wo eine anderweite Vereinbarung nicht erkennbar ist. Ein Gläubiger, der erklärt, gegen Zahlung gewisser Prozente auf den Rest seiner Forderung zu verzichten, ohne einen Vorbehalt wegen solcher Rechte zu machen, wie sie Satz 2 erwähnt, geht dieser Rechte verlustig. Ebenso SächsRpflA. **12** 157 (LG. Dresden).

2. LeipzZ. **13** 170 (Colmar). Der Zwangsvergleich muß allen nicht bevorrechtigten Gläubigern gleiche Rechte gewähren und ist wirksam für und gegen alle Gläubiger dieser Art, auch wenn sie an dem Verfahren oder an der Beschlußfassung über den Vergleich nicht teilgenommen haben. Bietet daher der Gemeinschuldner den nicht bevorrechtigten Gläubigern einen Prozentsatz „ihrer anerkannten Forderungen" an, so fallen darunter nicht nur die durch Aufnahme in die Konkurstabelle

festgestellten Forderungen, sondern alle, die von ihm in oder außer dem Konkursverfahren anerkannt waren.

III. Einwirkung des Zwangsvergleichs auf die Konkursforderungen. 1. Im allgemeinen. **RG.** LeipzZ. **13** 690. Trotz des in dem Zwangsvergleiche liegenden Schulderlasses bleibt eine natürliche Verbindlichkeit zurück, die die Unterlage für den Fortbestand einer Bürgschaft bildet (**RG. 71** 364, **78** 77). Ob dies auch bei einem außergerichtlichen Akkord gilt, wird unentschieden gelassen.

2. Bürgschaft. Hopmann, LeipzZ. **12** 736. Von einem Zwangsvergleiche wird auch der bedingte Regreßanspruch des Bürgen, der noch keine Leistung gemacht hat, betroffen, obgleich dem Bürgen, weil er noch nicht geleistet hat, Rechte aus dem Zwangsvergleiche nicht erwachsen (**RG. 14** 172). Der Bürge kann dann, nur soweit er nachträglich einen noch in die Akkordrate fallenden Teil der Schuld begleicht, gegen den Schuldner Regreß nehmen.

IV. Zwangsvergleich und Sonderrechte. 1. Absonderungsrechte. Meuret, LeipzZ. **12** 59 ff. (gegen Berthold LeipzZ. **11** 451 [JDR. **10** § 193 IV γ]). Das Absonderungsrecht des § 157 VVG. gilt nur während des Konkurses. Vor Eröffnung und nach Aufhebung des Konkurses ist der Haftpflichtgläubiger wie jeder andere Gläubiger zu behandeln. Er fällt mit Konkursaufhebung hinsichtlich seines Absonderungsrechts in voller Höhe seiner Forderung aus und kann deshalb bei vorangegangenem Zwangsvergleiche nur die Vergleichsquote fordern wie jeder andere Gläubiger (vgl. **RG. 23** 43). (S. a. zu § 49 Ziff. 1 b.)

2. Eigentumsvorbehalt. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1098, SeuffA. **68** 301, SächsRpflA. **13** 146, SeuffBl. **13** 186, LeipzZ. **13** 238. Ein Eigentumsvorbehalt, der bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises bestehen soll, wird durch den Zwangsvergleich im Konkurse des Käufers nicht berührt. Die unter den Vergleich fallenden Forderungen werden in ihrem über die Vergleichsquote hinausgehenden Betrag nicht vollständig beseitigt, sondern es bleibt eine natürliche Verbindlichkeit zurück, die nicht nur die im § 193 Satz 2 aufgeführten Nebenrechte, sondern auch Rechte des Gläubigers aus einer Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung aufrecht erhält. Ein Eigentumsvorbehalt der genannten Art ist ebenso zu behandeln wie eine solche Sicherung.

3. Aufrechnung. **RG. 80** 407, JW. **13** 215, R. **13** Nr. 117—121. Der Konkursgläubiger, der bereits zur Zeit der Konkurseröffnung nach bürgerlichem Rechte zur Aufrechnung befugt ist, diese Befugnis aber im Konkursverfahren nicht ausgeübt hat, wird darin durch einen Zwangsvergleich nicht beeinträchtigt und kann seine Befugnis noch nach dessen Zustandekommen ausüben, und zwar ohne Beschränkung auf die Zwangsvergleichsquote. § 53 KO. geht der allgemeinen Vorschrift des § 193 KO. vor. Vgl. auch zu § 53 Ziff. 2 a.

V. Haftung der Zwangsvergleichsbürgen. **RG.** LeipzZ. **12** 696. Der Vergleichsbürge haftet nicht nur den Gläubigern, deren Forderungen im Konkursverfahren festgestellt sind, sondern allen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern auf Zahlung der Vergleichsrate, und die Feststellung der Forderungen hat nur die Wirkung, daß auf Grund der Eintragung in die Tabelle und des Zwangsvergleichs die Zwangsvollstreckung zulässig ist (§ 194 KO.) und der Vergleichsbürge Einwendungen gegen die festgestellten Forderungen nur gemäß § 767 ZPO. geltend machen kann.

§ 194. *Wackenthaler 103 ff. Nur rücksichtlich der Modalitäten der anderweit festgestellten Forderungen ist für die Zwangsvollstreckung das „Zwangsvergleichsurteil" maßgebend. Als das Zwangsrecht erzeugend erscheint es nur Drittverpflichteten gegenüber.

§ 196. *Wackenthaler 105. Die von dem Vertragsrechte durchaus abweichenden Grundsätze über die Anfechtbarkeit des Zwangsvergleichs sind aus der Urteilsnatur des letzteren ohne weiteres erklärlich.

Siebenter Titel. Einstellung des Verfahrens.

§ 206. Moser, LeipzZ. **13** 55. Durch § 206 KO. werden die ein für allemal mit der Konkurseröffnung verbundenen Rechtswirkungen nicht beseitigt. Eine Genossenschaft, die nach § 101 GenG. durch die Konkurseröffnung aufgelöst wird, bleibt auch nach Einstellung des Konkurses aufgelöst (vgl. Jäger § 192 Anm. 4).

Achter Titel. Besondere Bestimmungen.

§§ 207 ff. RG. LeipzZ. **13** 395. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes wird durch den Konkurs eines Gesellschafters aufgelöst und besteht nur noch zum Zwecke der Auseinandersetzung weiter (§§ 728, 730 BGB.). Diese erfolgt nach § 16 KO. außerhalb des Konkurses; das in dem Anteile des Gemeinschuldners enthaltene Vermögen gehört aber zur Masse. Verfügungen über Bestandteile des Gesellschaftsvermögens kann nur der Konkursverwalter mit den Mitgesellschaftern treffen.

§§ 207, 209. RG. LeipzZ. **13** 302. Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien übertragen und über letztere der Konkurs sowie über erstere ein Sonderkonkurs eröffnet, so müssen die Gläubiger im Hauptkonkurse hinter denen des Sondervermögens zurücktreten und haben nur Anspruch auf den Betrag, der sich nach Durchführung des in §§ 306 Abs. 5, 301 HGB. vorgesehenen Verfahrens ergibt. Ob der ohne Beschränkung eröffnete Hauptkonkurs das Sondervermögen von vornherein mitergreift, solange über dieses nicht Konkurs eröffnet ist, wird unentschieden gelassen. Jedenfalls hat der Konkursverwalter das Sondervermögen als fremdes zu behandeln; verfügt er darüber, so ist dies rechtsunwirksam.

§ 209. KGBl. **13** 123 (KG.). Hat ein Gesellschaftsgläubiger für dieselbe Forderung, die er im Konkurse der Gesellschaft anmeldet, ein Pfandrecht an zu dem Privatvermögen eines Gesellschafters gehörigen Sachen erworben, so kann er aus dem Pfande für die gesicherte Forderung, ohne Rücksicht auf ihre eventuelle Tilgung im Gesellschaftskonkurs, in voller Höhe Befriedigung suchen. Im Gesellschaftskonkurs ist er nicht auf die Stellung eines Absonderungsberechtigten gemäß § 64 KO. beschränkt (vgl. **RG. 7** 88, Wilmowski § 209 Anm. 1, § 64 Anm. 5).

§ 211. KGBl. **13** 123 (KG.). Der Zwangsvergleich im Gesellschaftskonkurse schließt kraft gesetzlicher Bestimmung einen Vertrag der Gemeinschuldner (dies sind die Gesellschafter) und der nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger mit der Wirkung in sich, daß von jetzt ab ein Konkursgläubiger, der gegen einen der Gesellschafter persönlich vorgehen will, dies nur noch wegen der Vergleichsquote seiner Forderung tun kann. Durch § 211 Abs. 2 KO. werden aber etwaige auf Grund der persönlichen Haftung bereits bestehende dingliche Sicherheiten nicht berührt. Ebenso Jäger § 211 Anm. 64.

§ 213. Moser, LeipzZ. **13** 55 ff. Die Genossenschaft, die nach § 101 GenG. durch die Konkurseröffnung aufgelöst wird, kann nach Einstellung des Konkursverfahrens nicht durch einen Beschluß der Generalversammlung, sondern nur im Wege der Neugründung fortgesetzt werden.

§ 214. 1. Die Pfändungsbeschränkungen der ZPO. im Nachlaßkonkurse. Kretzschmar, LeipzZ. **14** 363. Der Nachlaßkonkurs beschränkt sich, auch wenn der Erbe das Recht zur Beschränkung seiner Haftung verloren hat, auf den Nachlaß. Nach § 1 Abs. 1 KO. umfaßt das Konkursverfahren nur das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners.

Die in der ZPO. bestimmten Pfändungsverbote bewirken sonach bis auf die im § 1 Abs. 2, 3 vorgesehenen Ausnahmen eine Beschränkung der Konkursmasse in dem Umfang, in dem der Gemeinschuldner sich bei einer gegen ihn stattfindenden Einzelvollstreckung darauf berufen kann. Der Erbe kann sich im Falle des Nachlaßkonkurses auf die Pfändungsbeschränkungen berufen, die ihm bei Lebzeiten des Erblassers als einem Familienangehörigen desselben zustatten gekommen wären. In diesem Umfange sind die Gegenstände konkursfrei, aber auch nur in diesem Umfange.

2. Tod des Gemeinschuldners während des Konkurses. DJZ. **13** 176 (LG. Gießen). Ein schwebendes Konkursverfahren wird nicht dadurch zum Nachlaßkonkurse, daß der Gemeinschuldner stirbt. Der zu Lebzeiten eröffnete Konkurs beschränkt sich auf das Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehört, während der Nachlaßkonkurs den gesamten Nachlaß ergreift und dessen Scheidung von dem Eigenvermögen des Erben zur Folge hat.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 238. Belastet eine Leibzucht den Leibzüchter mit den sämtlichen Nachlaßschulden, so ist ein Konkurs über den den Substanzerben zufallenden Nachlaß nicht möglich; denn dann haftet dieser Nachlaß für die auf den Leibzüchter allein fallenden Nachlaßschulden nicht, kann also nicht überschuldet sein.

4. Gemeinschuldner des Nachlaßkonkurses vgl. zu § 215.

§ 215. RG. LeipzZ. **12** 461 Nr. 33, R. **12** Nr. 1251. Im Nachlaßkonkurse sind für die Zeit seit dem Erbfalle die Erben als Gemeinschuldner zu behandeln. Auch im Nachlaßkonkurse wird die Zahlungseinstellung als für die Anfechtung bedeutsamer Zeitpunkte nicht etwa durch die, allerdings die Konkursvoraussetzung bildende, Überschuldung ersetzt.

§ 216. Reichel, DJZ. **12** 914. In einem vor Ablauf der Ausschlagungsfrist eröffneten Nachlaßkonkurse kann auch vor Erbannahme ein Zwangsvergleich geschlossen werden. Späterer Ausschlagung wird durch den Zwangsvergleich nicht notwendig vorgegriffen; denn die Anregung eines Zwangsvergleichs ist Verwaltungs-, nicht Aneignungshandlung. Erfolgt später die Ausschlagung der Erbschaft, so treffen die Verpflichtungen aus dem Vergleiche den Nachberufenen, unbeschadet der Vorschriften über die beschränkte Haftung.

§ 224. Zu Ziff. 5. LeipzZ. **13** 253 (Frankfurt). Die Prozeßkosten, die durch eine Prozeßführung des Nachlaßverwalters entstanden sind, sind in dem später eröffneten Nachlaßkonkurse Masseschulden (vgl. JDR. **10** § 224 2). Im Gegensatze zu § 59 Nr. 1 KO. genügt zur Anwendung der Nr. 5 des § 224 nicht das Vorliegen einer Rechtshandlung, sondern es muß ein Rechtsgeschäft des Nachlaßpflegers vorliegen. Ob die Einlassung auf einen Rechtsstreit ein Rechtsgeschäft ist, ist zweifelhaft. Eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Nachlaßpflegers liegt aber jedenfalls vor, wenn er die Herausgabe von Gegenständen aus der Nachlaßmasse ablehnt.

§ 226. Über Klagen gegen den Erben während des Nachlaßkonkurses vgl. zu § 14 Ziff. 3.

§ 230. *Richter, LeipzZ. **12** 441. Im Zwangsvergleichstermine müssen alle Erben erscheinen oder sich vertreten lassen und zu dem von dem verstorbenen Gemeinschuldner eingereichten Zwangsvergleichsvorschlag ausdrücklich Stellung nehmen. Andernfalls kann die Abstimmung nicht stattfinden (vgl. zu § 173 Ziff. II 2).

§ 237. 1. Bedeutung eines ausländischen Zwangsvergleichs für das Inland. BadRpr. **12** 128 (Karlsruhe). Ein vor dem gemischten Gerichtshof in Kairo abgeschlossener Zwangsvergleich oder concordat préventif hat für Ägypten, nicht aber für das Deutsche Reich Wirkung. Hier kann sich der Schuldner auf den teilweisen Schulderlaß nicht berufen. Rechtsakte, die von ausländischen Gerichten ausgehen, werden im Deutschen Reiche nur nach Maß-

gabe des Deutschen Rechtes anerkannt. Es fehlt aber hier an einer entsprechenden Bestimmung.

2. Zustimmung zu einem ausländischen Zwangsvergleich und Wirkung auf die Forderung. SächsOLG. **34** 440 In der Zustimmung eines Konkursgläubigers zum ausländischen Zwangsvergleiche liegt nicht notwendig ein Verzicht auf die Forderung. Allerdings kann die Zustimmung einen vertragsmäßigen Verzicht enthalten. Zu einer solchen Annahme bedarf es aber besonderer Umstände, die eine entsprechende Willensrichtung erkennen lassen. Im Zweifel tritt der zustimmende Gläubiger für das Zustandekommen der Auseinandersetzung im Wege des Zwangsvergleichs nur mit den Wirkungen ein, die der ausländische Akkord an sich für ihn als inländischen Gläubiger nach sich zieht. Die bloße Beteiligung an einem ausländischen Zwangsvergleiche hat, ebenso wie die Beteiligung am ausländischen Konkurs überhaupt nicht die Folge, daß ein nach ausländischem Konkursrecht eintretender Untergang der angemeldeten Forderung auch für das Inland gilt (**RG. 52** 155).

3. Ausländischer Konkurs und Klagen im Inlande. BadRpr. **12** 272 (Karlsruhe). Durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners in der Schweiz wird die Erhebung der Vollstreckungsklage gegen ihn im Deutschen Reiche nicht ausgeschlossen, auch wenn die KO. der Schweiz (vgl. Art. 206, 240) bestimmt, daß die Konkursverwaltung die Masse vor Gericht vertritt und daß alle gegen den Gemeinschuldner anhängigen Betreibungen aufgehoben sind.

§ 238. 1. Jäger, LeipzZ. **13** 257 ff. Ein ausländischer Gläubiger, der sich am Inlandskonkurse seines Schuldners beteiligt, läßt eine Forderung, die während des Konkurses für die Masse gegen einen ausländischen Schuldner entstanden ist, beschlagnahmen. Die Beschlagnahme ist unrechtmäßig, weil die Forderung als Bestandteil einer deutschen Masse entstanden ist; sie könnte nur auf Grund eines Urteils gegen den Konkursverwalter gepfändet werden. Der ausländische Gläubiger verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er die Vorteile der Zulassung zum Inlandskonkurs ausnutzt, aber anderseits zum Schaden der übrigen Konkursgläubiger handelt. Aus dieser Handlungsweise des Gläubigers erwächst der Masse ein Schadensersatzanspruch gegen ihn.

2. Vgl. Mendelssohn-Bartholdy zu § 1.

Drittes Buch. Strafbestimmungen.

§§ 239 ff. 1. Umfang des Vorsatzes bei den Konkursdelikten. **RG.** (Straff.) **45** 88, R. **12** Nr. 355. Es genügt, wenn von dem Vorsatz allein die Bankerotthandlungen umfaßt werden. Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung kommen nur als äußere Tatsachen in Betracht und liegen gänzlich außerhalb des inneren Tatbestandes (vgl. auch JDR. **10** zu § 239 f. Ziff. 2).

2. **RG.** LeipzZ. **13** 83, GoltdA. **60** 268. Dem Strafrichter steht eine Nachprüfung der Frage, ob die Konkurseröffnung mit Recht erfolgte, nicht zu. Für ihn ist entscheidend, daß ein formeller, im Beschwerdewege unangefochten gebliebener Eröffnungsbeschluß vorliegt (vgl. **RG.** [Straff.] **26** 37).

§ 240. I. Allgemeines. **RG.** (Straff.) **46** 306. Es liegt nur ein Vergehen des einfachen Bankerotts vor, wenn mehrere der in Nr. 1—4 bezeichneten Handlungen begangen sind, die mit derselben Zahlungseinstellung oder derselben Konkurseröffnung in Beziehung stehen (Ebenso **RG.** LeipzZ. **13** 696, 704).

II. Zu Nr. 1. 1. Differenzhandel. **RG.** GoltdA. **60** 442, LeipzZ. **13** 696. Differenzhandel im Sinne des § 240 Nr. 1 KO. liegt nur vor, wenn es dem späteren Gemeinschuldner schon beim Vertragsschlusse lediglich auf

die Zahlung der Differenz am Stichtage, nicht auf die Lieferung der Ware in Natur ankam. Lieferungsgeschäfte, welche, wenn auch regelmäßig, in der Absicht geschlossen werden, die Ware nicht selbst abzunehmen, sondern aus ihrem Weiterverkauf in der Zwischenzeit Gewinn zu erzielen, fallen nicht hierunter.

2. Aufwand. **RG.** LeipzZ. **13** 697. Aufwand im Sinne der Nr. 1 liegt vor, wenn Werte durch ihre Weggabe dem Geschäfte des Aufwandtreibenden dauernd entzogen bleiben, sie also weggegeben sind, ohne daß etwas Entsprechendes, zum Geschäftsbetriebe Zweckdienliches an ihre Stelle getreten ist. Das trifft bei der Eingehung von Lebensversicherungen, selbst in übertriebener Zahl und übermäßiger Gesamthöhe nicht zu. Sie ähneln einer Sparanlage und können durch Verpfändung dem Geschäfte wieder Betriebsmittel zuführen.

III. Zu Nr. 3 und 4. A. Allgemeines. 1. Zahlungseinstellung. **RG.** LeipzZ. **13** 700. Die Zahlungseinstellung ist vorhanden, wenn der Schuldner aufhört, im allgemeinen seinen unstreitigen und fälligen Verbindlichkeiten nachzukommen. Unerheblich ist, worauf die Zahlungseinstellung beruht, ob der Schuldner zahlungsunfähig ist, ob er sich fälschlicherweise dafür hält oder aus welchem Grunde sonst er mit dem Zahlen aufhört. Die Zahlungseinstellung hat nicht zur Voraussetzung, daß der Schuldner von den Gläubigern über das Maß seiner Haftung tatsächlich in Anspruch genommen ist oder daß die Inanspruchnahme ohne Erfolg geblieben wäre. Bei einer G. m. b. H., die an einem Vermögen Nießbrauch bestellt erhalten hat (§ 1085 BGB.), ist die Nichtzahlung von Schulden des Bestellers des Nießbrauchs, für die der Nießbraucher nach § 1088 haftet, als Zahlungseinstellung des Nießbrauchers anzusehen.

2. Schuldfrage. a) Umfang des Vorsatzes. **RG.** LeipzZ. **13** 703. Für die Schuldfrage aus § 240 Nr. 3 u. 4 kommt es nicht darauf an, ob der Gemeinschuldner sich seiner Verpflichtung zur Buchführung und seiner Eigenschaft als Vollkaufmann bewußt war. Der Irrtum hierüber ist als Irrtum über das Strafgesetz unerheblich. **b)** Fahrlässigkeit. **RG.** (Strafs.) **45** 387. Weigert sich der mit der Führung der Handelsbücher beauftragte Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft hartnäckig, die Bücher ordnungsmäßig zu führen und Bilanzen zu ziehen, und beruhigt sich der andere Gesellschafter hierbei, anstatt den unberechtigten Widerstand, nötigenfalls mit Hilfe des Gerichts zu brechen, so macht er sich nach § 240 Nr. 3 u. 4 strafrechtlich verantwortlich.

3. Dauer der Verpflichtung aus Nr. 3 und 4. **RG.** LeipzZ. **13** 695. Hat der Schuldner die Eigenschaft eines Vollkaufmanns verloren, so besteht für ihn die Pflicht zur Buchführung und Bilanzziehung nur so lange fort, als die aus dem früheren vollkaufmännischen Betriebe herrührenden geschäftlichen Verhältnisse zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht sämtlich abgewickelt waren.

B. Einzelnes. 1. Geschäftsführer einer GmbH. **RG.** SächsRpflA. **12** 498, GoltdA. **60** 91. Zwischen dem Vergehen nach § 84 GmbHG. und dem Vergehen nach § 240 Nr. 3 u. 4 KO. ist Realkonkurrenz möglich, dagegen kann eine Tateinheit zwischen den beiden Vergehen nicht in Frage kommen.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 84, GoltdA. **60** 269. Die Strafbarkeit des Geschäftsführers einer G. m. b. H. wird nicht dadurch beseitigt, daß er bereits vor Konkurseröffnung entlassen war. Dies hat nur zur Folge, daß zu seinen Ungunsten lediglich die Zeit in Betracht gezogen werden darf, während der er noch Geschäftsführer war, und daß nur die in dieser Zeit vorgefallenen Fehler in der Buchführung ihm zur Last gelegt werden können (vgl. **RG.** [Strafs.] **39** 218). Allerdings muß die Unordnung in der Buchführung auch noch zur Zeit der Konkurseröffnung bestehen und infolgedessen für diesen Zeitpunkt eine Übersicht des wahren Vermögenszustandes fehlen (vgl. **RG.** [Strafs.] **39** 167, 219, **40** 106, GoltdA. **35** 312).

3. Voll- und Kleinkaufmann. a) **RG.** SächsRpflA. **12** 427, GoltdA. **60** 76, DJZ. **12** 1299, R. **12** Nr. 1575. Aus der Eintragung einer Kommanditgesellschaft in das Handelsregister folgt für die Strafbestimmungen der KO. noch nicht, daß ein vollkaufmännischer Betrieb vorliegt, vielmehr hat der Strafrichter selbständig zu prüfen, ob das Gewerbe, das der eingetragene Unternehmer betreibt, geeignet ist, ihn zum Vollkaufmann zu machen. **b) RG.** SächsRpflA. **12** 427, GoltdA. **60** 76. Eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft, die zeitweilig nur Geschäfte von geringem Umfange zu erzielen vermag, hört dadurch noch nicht auf, Handelsgesellschaft zu sein, weil es nicht auf den tatsächlichen Umfang, sondern auf den Zweck ankommt, zu dem der gemeinschaftliche Betrieb eines Handelsgewerbes von den Beteiligten vereinbart wird. Solange ein vollkaufmännischer Betrieb vorliegt, sind die persönlich haftenden Gesellschafter zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet. **c) RG.** LeipzZ. **13** 700. Betreibt ein Müller hauptsächlich Kundenmüllerei, in geringem Umfang auch Handelsmüllerei, so fällt sein Betrieb unter die Be- und Verarbeitungsgeschäfte des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 HGB. Er ist also nur dann Kaufmann, dann allerdings notwendig Vollkaufmann, wenn der Betrieb seines Gewerbes über den Umfang des Handwerkes hinausging, also ein fabrikmäßiger war. **d) RG.** SächsRpflA. **12** 137, GoltdA. **59** 461, R. **12** Nr. 533. Ein Gemeinschuldner, der als Schneider ein Maßgeschäft betrieben hat, ist als Handwerker im Sinne des § 4 HGB. anzusehen. In diesem Falle ist es aber ohne Belang, ob sein Gewerbebetrieb von großem oder geringem Umfange gewesen ist, da auch ein Großhandwerker als ein sog. Minderkaufmann zu gelten hat. Nur dann, wenn sich der Betrieb zu einem Fabrikbetrieb umgestaltet, kann die Vollkaufmannseigenschaft eines solchen Gewerbetreibenden in Frage kommen. **e) RG.** R. **12** Nr. 534. War bei dem Gemeinschuldner der Verkauf der fertig angeschafften Kleidungsstücke nicht ein der Schneiderei untergeordneter, ihr dienender und ihr gegenüber nebensächlicher Betrieb, sondern stellte er sich als der hauptsächliche Teil der gesamten gewerblichen Tätigkeit des Gemeinschuldners dar und bildete er für ihn die Haupteinnahmequelle, so ist dieser als Vollkaufmann anzusehen, und es kommt auf die Frage, ob er in bezug auf das von ihm betriebene Maßgeschäft Handwerker im Sinne des § 4 HGB. gewesen ist, nicht an.

IV. Zu Nr. 3. 1. Allgemeines. **RG.** SeuffBl. **12** 332, DJZ. **12** 1131, R. **12** Nr. 1414. Eine alternative Feststellung im Rahmen des § 240 Nr. 3 KO. ist nur zulässig, soweit Tatbestände in Frage kommen, von denen keiner den anderen ausschließt. Eine solche Feststellung ist unstatthaft, wenn es sich um die Unterlassung oder unordentliche Führung der Handelsbücher handelt.

2. Voll- und Kleinkaufmann. **RG.** SeuffBl. **12** 332. Eine Verurteilung aus § 240 Nr. 3 KO. hat zur Voraussetzung, daß dem Angeklagten die Führung von Handelsbüchern gesetzlich oblag. Für die Frage, ob jemand Vollkaufmann ist, ist der Umsatz des Geschäfts allein belanglos. Maßgebend ist, ob das Geschäft über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Der Umsatz ist nur einer der Faktoren, von denen der Umfang abhängig ist. Erheblich ist insbesondere, ob eine kaufmännische Buchführung erforderlich ist (**RG.** [Straff.] **34** 101, GoltdA. **57** 217).

3. Welche Bücher sind zu führen? a) **RG.** (Straff.) **46** 102. Der Handelsmäkler ist verpflichtet, neben seinem Tagebuche (§ 100 HGB.) Handelsbücher nach § 38 ff. HGB. zu führen. **b) RG.** LeipzZ. **13** 695. Der Vollkaufmann ist nicht unter allen Umständen verpflichtet, ein Haupt- und ein Kassabuch zu führen. Abgesehen von der Aufstellung des Inventars und der Bilanz ist, soweit es sich um die Bestimmungen des HGB. selbst handelt, die Zahl und Gattung der zu führenden Bücher nicht vorgeschrieben, es genügt jede nach Art und Umfang des Geschäfts

den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Buchführung entsprechende Buchhaltung, welche ein brauchbares Bild von der Geschäfts- und Vermögenslage gewährt, wozu allerdings der Regel nach ein Haupt- und ein Kassabuch gehört. Unterlassung der Buchführung (§ 240 Nr. 3) liegt aber nur vor, wenn jede Buchführung fehlt, sonst kommt nur unordentliche Buchführung in Frage.

4. Unordentliche Buchführung. a) **RG.** GoltdA. **61** 115. Bei einer Gesellschaft m. b. H. wird dadurch, daß ein Gesellschafter seines Geschäftsanteils für verlustig erklärt wird, die Gesellschaft auch bei nur zwei Gesellschaftern nicht aufgelöst. Der Geschäftsführer bleibt daher verpflichtet, für ordnungsmäßige Buchführung zu sorgen. Sind Handelsbücher geführt, wird aber jede Eintragung in sie während einer längeren Frist unterlassen unter Umständen, die auf eine Fortsetzung der Unterlassung bis ins Ungewisse hinweisen, so liegt nicht unordentliche Buchführung, sondern Unterlassung der gesetzlich vorgeschriebenen Buchführung vor. **b)** **RG.** SächsRpflA. **13** 494, LeipzZ. **13** 698. Der Umstand allein, daß der Gemeinschuldner Wechselverbindlichkeiten aus Gefälligkeit einging, vermag die Eigenschaft dieser Geschäfte als Handelsgeschäfte nicht auszuschließen (Jäger § 240 Anm. 30). Auch wenn es aber Privatgeschäfte wären, mußten sie in den Handelsbüchern verzeichnet werden, soweit durch Eingehung der Verbindlichkeiten die Lage des Vermögens des Gemeinschuldners berührt wurde (**RG.** [Straff.] **5** 407, **25** 170, **41** 41). Die Unterlassung der Eintragung macht die Bücher unordentlich. **c)** **RG.** LeipzZ. **13** 84. Eine unordentliche Buchführung liegt nicht schon deshalb vor, weil das vom Schuldner geführte Journal und Hauptbuch keine Übersicht über den wirklichen Vermögenszustand gewährt. Das Gesetz schreibt nicht die Führung bestimmter Arten von Handelsbüchern vor, sondern es stellt die Forderung auf, daß aus den Handelsbüchern im allgemeinen die Lage des Vermögens zu ersehen ist. Eine unordentliche Buchführung liegt z. B. darin, daß der Schuldner erdichtete Forderungen in das Fakturenbuch einträgt, sowie daß in den Handelsbüchern Durchstreichungen, Rasuren und dergl. vorkommen (vgl. GoltdA. **43** 240). **d)** **RG.** R. **12** Nr. 964. Wenn auch nach den derzeit geltenden Grundsätzen einer ordentlichen Buchführung nicht gefordert wird, daß die Handelsgeschäfte nach ihrem Rechtsgrunde zu buchen sind, und demnach auch nicht die einzelnen Geschäftsabschlüsse, sondern nur die infolge der Geschäfte eintretenden Vermögensveränderungen gebucht werden, so dürfen die Einträge in den Büchern doch nicht auf bloße ziffernmäßige Angaben sich beschränken, sondern sie müssen Anhaltspunkte dafür geben, welche besonderen Handelsgeschäfte und welche Geschäftsabschlüsse ihnen zugrunde liegen. Dies ergibt sich mit Notwendigkeit aus der Natur der Sache selbst und findet im Gesetze deutlichen Ausdruck durch die Vorschrift (§ 38 Abs. 2 HGB.) einer geordneten Aufbewahrung der Handelsbücher. **e)** **RG.** R. **12** Nr. 1574. Eine geordnete Buchführung erfordert, daß das Vorhandensein der Waren oder der dafür durch Geschäftsabschlüsse erzielten Gegenwerte, mögen die Umsätze mit Gewinn oder mit Verlust verbunden gewesen sein, buchmäßig zum Ausdrucke kommt (§ 38 HGB.), daß also den Büchern mußte entnommen werden können, wie sich die Vermögenslage des Gemeinschuldners in bezug auf diese Waren seit deren Erwerb durch Handelsgeschäfte gestaltet hatte; es mußte mindestens zu erkennen sein, welche Menge der Bestände aus dem vorhandenen Vorrate zwecks Auslieferung an Filialen oder zwecks Veräußerung abgegeben wurden, und mit welchem Erfolge die Verwertung stattfand. **f)** **RG.** R. **12** Nr. 1870. Das Nichtaufbewahren ordnungsmäßiger Bilanzen fällt zwar nicht unter § 240 Nr. 4 KO., kann aber eine unordentliche Führung der Handelsbücher enthalten. **g)** **RG.** R. **13** Nr. 2541. Die Vorschrift des § 40 Abs. 3 HGB., daß zweifelhafte Forderungen nach ihrem wahrscheinlichen Werte einzusetzen, unbeibringliche Forderungen abzuschreiben sind, bezieht sich nur auf die Aufstellung der Bilanzen. In den Büchern des Kauf-

manns die Minderwertigkeit oder Wertlosigkeit der Geschäftsforderungen ersichtlich zu machen, ist nicht vorgeschrieben. Daß dies nicht geschehen ist, kann als unordentliche Buchführung nicht erachtet werden.

V. Zu Nr. 4. 1. Inhalt der Bilanz. **RG.** LeipzZ. **12** 937, R. **12** Nr. 3163. Für die Bilanzziehung gilt wie für die Buchführung der Grundsatz, daß sie die Lage des Vermögens ersichtlich zu machen hat, und zwar nicht nur ersichtlich für den Kaufmann selbst, aber auch nicht gerade für jedermann, sondern für jeden, der sich auf die Buchführung und Bilanzen versteht (**RG.** [Strafſ.] **4** 119, **41** 41). Die Nichtunterzeichnung einer dem Gesetz entsprechenden Bilanz macht nicht unbedingt nach § 240 Nr. 4 KO. strafbar (**RG.** [Strafſ.] **8** 424).

2. Verpflichtung zur Aufstellung einer Eröffnungsbilanz. a) **RG.** (Strafſ.) **45** 238. Die Pflicht des Liquidators einer G. m. b. H., sofort bei Beginn der Liquidation die Liquidations-Eröffnungsbilanz aufzustellen, wird nicht dadurch geändert, daß kurze Zeit vorher eine Jahresbilanz gezogen und seitdem keine Veränderung im Vermögensstande der Gesellschaft eingetreten ist. Die letzte Bilanz kann verwertet werden, aber völlige Untätigkeit des Liquidators wegen vermeintlicher Übereinstimmung steht einer Ziehung der Bilanz nicht gleich. b) **RG.** (Strafſ.) **45** 4. Betreibt ein Minderjähriger ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein Handelsgeschäft und führt dieses nach Volljährigkeit weiter, so ist er zur Aufstellung einer Eröffnungsbilanz für diesen Zeitpunkt verpflichtet. Der tatsächliche Betrieb seines Geschäfts vor erreichter Volljährigkeit ist nicht als Betrieb eines Handelsgewerbes im Rechtssinn anzusehen, und die früheren Aufzeichnungen können nicht als Eröffnungsbilanz im Sinne von § 39 HGB. gelten. Das Fehlen der Bilanz ist ein Verstoß gegen § 240 KO. c) **RG.** SeuffBl. **12** 434, DJZ. **12** 1244. Übernimmt ein Kaufmann das Geschäft seiner Ehefrau, das er bisher als deren Geschäftsführer geführt hatte, zum Jahresbeginn auf eigene Rechnung, so ist die am 31. Dezember aufgestellte Jahresbilanz keine Eröffnungsbilanz seines Geschäfts im Sinne des § 39 HGB. Selbst dann, wenn ein Kaufmann das von ihm mit einem Gesellschafter betriebene Handelsgeschäft als Einzelkaufmann übernimmt, entfällt seine Verpflichtung zur Aufstellung einer Eröffnungsbilanz nicht deswegen, weil er das übernommene Geschäft tatsächlich in dem bisherigen Umfang und in der bisherigen Art fortführt (**RG.** [Strafſ.] **45** 5).

§ 241. 1. Begünstigungsabsicht. **RG.** LeipzZ. **13** 704. Absicht im Sinne des § 241 ist der auf Herbeiführung des Erfolges gerichtete Wille des Täters, der vorliegt, wenn die Handlung in dem Bewußtsein vorgenommen wird, daß sie den Erfolg notwendig und unvermeidlich nach sich ziehe, und wenn der Wille des Täters dementsprechend den Eintritt des Erfolgs umfaßt.

2. Sicherung. **RG.** GoltdA. **60** 283. Durch die bloße Eintragung einer Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, wird ohne Übergabe des Hypothekenbriefs dem Gläubiger von dem Schuldner noch keine Sicherung im Sinne des § 241 KO. gewährt. In der Eintragung liegt nur die Aussicht auf demnächstige Erlangung einer realen Deckung, während § 241 die wirkliche Verschaffung der Deckung verlangt.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 699. Zahlungseinstellung und Zahlungsunfähigkeit sind durchaus verschiedene Begriffe. § 241 setzt Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit voraus.

§ 243. RG. LeipzZ. **13** 385 (Nr. 23). Ein nach § 243 KO. verbotener Stimmenkauf setzt folgendes voraus: 1. Der Konkursgläubiger muß seinen Willen dahin geäußert haben, daß er dem Zwangsvergleich nur gegen Aushändigung der Verpflichtungsurkunde zustimmen werde; 2. dieser Wille muß mit seinem Wissen und Wollen zur Kenntnis des Verpflichteten gebracht sein; 3. der Verpflichtete muß

die Urkunde, lediglich um dem Verlangen des Gläubigers gerecht zu werden, ausgestellt haben; 4. der Gläubiger muß sich beim Empfange der Urkunde bewußt gewesen sein, daß die Ausstellung derselben geschehen ist, um seine Zustimmung zu dem Zwangsvergleich zu erlangen.

Anfechtungsgesetz.

(1912 und 1913.)

Vorbemerkung: Im Anfechtungsrechte haben in den Berichtsjahren die Erörterungen über den sog. 1500-M.-Vertrag alles Übrige zurückgedrängt. Das RG. hält bis in die jüngste Zeit an seinem Standpunkte fest und hat ihn nur dahin eingeschränkt, daß im einzelnen Falle der Vertrag gegen die guten Sitten verstoßen kann. Die unteren Gerichte scheinen, soweit dies bekannt geworden ist, gegen das RG. zu entscheiden, während die OLG. geteilter Meinung sind. In der Literatur überwiegt die Gegnerschaft gegen das RG. Eine Änderung des Lohnbeschlagnahmegesetzes würde wohl die beste Lösung der Streitfrage sein.

Literatur: Becker, Zur Frage der Sittenwidrigkeit des 1500-M.-Vertrags, LeipzZ. **13** 645 ff. — Derselbe, Nochmals der 1500-M.-Vertrag, JW. **13** 1166 ff. — Durchholz, Kann ein Gläubiger Veräußerungen seines Schuldners anfechten, wenn die Forderung des Gläubigers vor Erhebung der Anfechtungsklage für einen Dritten ganz oder zum Teil gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen ist? R. **12** 145 ff. — Kiefer, Gehaltsverfügungen zum Nachteile der Gläubiger, Würzburger Abhandlung 1913. — Kipp, Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung, JW. **12** 11 ff. — Lesser, Gehaltsverträge zur Benachteiligung der Gläubiger, JW. **12** 891 ff., 1134 ff., **13** 297 ff. — Lippmann, Noch einmal Gehaltsverfügungen zum Nachteile der Gläubiger, LeipzZ. **12** 132 ff. — Meikel, Landesrechtliche Vollstreckungstitel als Grundlage der Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung, LeipzZ. **13** 131. — Schneider, Anfechtung zugunsten einer Aufrechnungforderung, LeipzZ. **13** 442 ff. — Seuffert, Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung, LeipzZ. **12** 20 ff. — Sonnenschein, Sicherungsübereignung und Sicherungsmißbrauch im System des fiduziarischen Rechtes, Greifswalder Dissertation 1913. — Strucksberg, Gehaltsverträge zur Benachteiligung der Gläubiger, LeipzZ. **12** 207 ff. — Türk, Verfügungen zahlungsunfähiger Schuldner über ihr Vermögen usw., KGBl. **13** 35 ff., **45** ff. — Zaeschmar, Abtretung künftiger Gehaltsansprüche in zivilistischer und strafrechtlicher Beleuchtung, JW. **13** 521 ff.

§ 1. A. Allgemeines. 1. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit. **RG.** LeipzZ. **12** 83. Ein Rechtsgeschäft, dem nur der Mangel der Anfechtbarkeit anhaftet, kann nicht schon aus diesem Grunde als nach § 138 BGB. nichtig angesehen werden (**RG. 69** 143). Es müßten dann besondere Umstände hinzutreten, aus denen ein Verstoß gegen die guten Sitten zu entnehmen ist (Vgl. auch JDR. **10** § 1 A 4).

2. Umfang der Anfechtung. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1115, JW. **12** 1063, R. **12** Nr. 3240. Der Anfechtungs- und Rückgewähranspruch des Gläubigers reicht nicht weiter, als durch die anfechtbare Handlung der Vermögensstand des Schuldners verändert worden ist. Es kann deshalb ein einheitliches Rechtsgeschäft auch nur teilweise anfechtbar sein. Das gilt z. B. bei Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstücke: diese ist nur insoweit anfechtbar, als es sich um den Überschuß der Mieteinkünfte des Hauses über die Hypothekenzinsen und die sonstigen aus den Einkünften zu bestreitenden Ausgaben handelt (vgl. **RG. 21** 95, Jäger § 29 Anm. 40). Nur auf diesen Überschuß hat der Gläubiger einen zu berücksichtigenden Anspruch; die Möglichkeit, daß er auch die übrigen Beträge, den Hypothekengläubigern zuvorkommend, hätte pfänden lassen können, bleibt außer Betracht.

3. Rechtsnatur des Anfechtungsanspruchs. R. **13** Nr. 3282 (Hamburg). Der Anfechtungsanspruch hat einen anderen Charakter als der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner. Er ist eine auf dem Gesetze beruhende Forderung, die mit der anfechtbaren Handlung entsteht. Daraus folgt, daß z. B. kein Recht auf 5 pCt. Zinsen bei Handelsgeschäftsforderungen besteht. Auch das Privileg der Unpfändbarkeit, das z. B. den Alimentenforderungen anhaftet, kann der Alimentationsberechtigte, der auf Grund seiner vollstreckbaren Forderung mit der Anfechtungsklage durchgedrungen ist, nicht für die Rückgewährsforderung in Anspruch nehmen. Insbesondere kann er also nicht einer Aufrechnungseinrede des Anfechtungsgegners aus diesem Grunde widersprechen.

B. Einzelnes. 1. Anfechtung des Rechtes auf den Fruchtbezug. **RG. 80** 8, JW. **12** 877. Hat der Schuldner einen zu seinem Vermögen gehörigen Gegenstand veräußert, so kommt als nachteilig für seine Gläubiger der Übergang des bisherigen Eigentums oder Gläubigerrechts auf den Erwerber in Betracht. Das Recht auf den Fruchtbezug ist dann lediglich als Ausfluß des Eigentums oder Gläubigerrechts zu behandeln, und der insofern eingetretene Wechsel kann nicht selbständig zum Gegenstand einer Anfechtungsklage gegen den Erwerber gemacht werden. Unterlag dagegen schon vor der Veräußerung ausschließlich das Recht zum Fruchtbezuge dem Gläubigerzugriff und war es schon damals vom Eigentum oder Gläubigerrechte des Veräußerers zu unterscheiden, so ist solche Unterscheidung auch nach der Veräußerung geboten. Um dem Grundsatze des Anfechtungsrechts, daß die für die Gläubiger nachteilige Wirkung einer Rechtsänderung rückgängig zu machen ist, gerecht zu werden, ist in diesen Fällen eine besondere selbständig gegen den Übergang des Rechtes auf den Fruchtbezug gerichtete Anfechtung zuzulassen.

2. Anfechtung zugunsten einer Aufrechnungsforderung. Schneider, LeipzZ. **13** 442 ff. Eine Anfechtung ist auch zugunsten einer Aufrechnungsforderung zulässig in der Weise, daß dadurch dem Anfechtenden ermöglicht werden soll, seine Forderung zur Aufrechnung zu bringen gegenüber einer Forderung seines Schuldners an ihn, die dieser in anfechtbarer Weise abgetreten hat. Da die Aufrechnung nach § 387 BGB. gleichartige Forderungen voraussetzt und eine Forderung, zu deren Gunsten die Anfechtung erfolgt, eine Geldforderung sein muß, so muß auch die verschobene Forderung, gegen die sich die Anfechtung richtet, auf Geld gehen.

3. Wirkung von Veräußerungsverboten zum Schutze der Anfechtung. LeipzZ. **12** 869 (Stettin). Veräußerungsverbote, die auf Grund einstweiliger Verfügungen zum Schutze von Anfechtungsgläubigern ins Grundbuch eingetragen werden, haben keine dingliche Wirkung und begründen kein Vorzugsrecht für die frühere Eintragung, die Verbote stehen überhaupt in keinem Rangverhältnisse zueinander. Die Wirkung richtet sich nur gegen die, welche außerhalb des Kreises der Begünstigten stehen; für die Geschützten untereinander kann das Veräußerungsverbot keine Änderung ihrer Rechtsstellung zur Folge haben. Eine Verschiedenheit tritt nur ein, wenn die Veräußerungsverbote sich auf verschiedene Gegenstände beziehen.

4. Anfechtung der Erbschaftsausschlagung. a) Kipp, JW. **12** 11 ff., nimmt zu Hellwigs Aufsatz (JDR. **10** zu § 1 B 3) über Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung Stellung. Es ist richtig, daß § 1953 BGB. der Anfechtbarkeit nicht entgegensteht; ebensowenig fallen die §§ 1406, 1453 BGB. ausschlaggebend ins Gewicht. Die Frage der Anfechtbarkeit ist überhaupt nicht aus konstruktiven Gesichtspunkten zu lösen, sondern maßgebend ist die Grundtendenz des Gesetzes, die dahin geht, daß der Entschluß des Erben nicht von seinen Gläubigern beeinflußt werden soll. Hellwigs Auffassung des § 517 BGB. ist unrichtig. Die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses ist auch

dann keine Schenkung, wenn die sonstigen Voraussetzungen einer Schenkung gegeben sind. Daher kann eine Schenkungsanfechtung überhaupt nicht in Frage kommen. Ebensowenig eine Anfechtung als gewöhnliche Rechtshandlung. Handlungen des Gemeinschuldners während des Konkursverfahrens sind regelmäßig den Gläubigern gegenüber unwirksam. Hiervon macht § 9 KO. bei der Erbschaftsausschlagung eine Ausnahme. Anfechtbar sind aber nur Handlungen, die vor der Konkurseröffnung vorgenommen sind (§ 29). Daher kann die Ausschlagung nach § 9 nicht angefochten werden. § 42 KO. kann auf diesen Fall nicht angewendet werden. Das Ergebnis der Unanfechtbarkeit ist auch innerlich berechtigt. **b)** Seuffert, LeipzZ. **12** 20 ff. Durch die Erbschaftsausschlagung tritt eine Schmälerung des dem Vollstreckungszugriffe zugänglichen Vermögens des Schuldners nicht ein, weil nach der Konstruktion des BGB. die Ausschlagung rückwirkende Kraft hat und deshalb die Erbschaft als ein Vermögen zu betrachten ist, das niemals dem Schuldner gehört hat. § 9 KO. schließt auch die Anfechtbarkeit der Erbschaftsausschlagung seiner ganzen Tendenz nach aus; es kann dem Konkursverwalter die Anfechtung nicht gestattet sein, wenn der Gemeinschuldner noch nach der Konkurseröffnung die Erbschaft ausschlagen darf. Enthält die Erbschaftsausschlagung einen verdeckten Erbschaftsverkauf, so ist sie bei Vorliegen der Benachteiligungsabsicht und Kenntnis des Gegners hiervon zweifellos anfechtbar. (S. a. zu KO. § 9).

5. Streitwert in Anfechtungsprozessen. **RG.** LeipzZ. **13** 781. Die Forderung, wegen deren der Anfechtende Befriedigung sucht, bildet, einheitlich mit Zinsen und Kosten berechnet, die Höchstgrenze des Streitwerts. Übersteigt der Forderungsbetrag den Zugriffswert, so ist der letztere maßgebend. Unangefochtene Belastungen der Sache, auf welche der Zugriff begehrt wird, kommen dabei in Abzug.

6. Unanfechtbarkeit. **RG.** LeipzZ. **12** 661 Nr. 30. Der unentgeltliche Verzicht eines Gastwirts auf die Konzession zugunsten eines anderen unterliegt keiner Anfechtung nach Maßgabe des Anfechtungsgesetzes, da die Konzession zur Ausübung des Gewerbes als Gastwirt ein höchstpersönliches, unveräußerliches Recht bildet, das von den Gläubigern des Konzessionsinhabers im Wege der Zwangsvollstreckung zum Zwecke ihrer Befriedigung nicht in Anspruch genommen werden kann.

§ 2. 1. Aktivlegitimation für die Anfechtung. Durchholz, R. **12** 145 ff. Ein Gläubiger kann Veräußerungen seines Schuldners auch anfechten, wenn seine Forderung vor Erhebung der Anfechtungsklage für einen Dritten gepfändet und diesem zur Einziehung überwiesen ist. Er kann aber nur auf Duldung der Befriedigung des Pfändungsgläubigers klagen. Das Urteil ist auf seinen Namen zu erlassen, und er bleibt derjenige, der seine Anträge an das Vollstreckungsgericht oder den Gerichtsvollzieher stellt. Ist die Forderung des Pfändungsgläubigers niedriger als die gepfändete Forderung, ist aber nach dem Pfändungsbeschlusse die ganze Forderung überwiesen, so kann der Gläubiger den Klagantrag nur dahin stellen, daß aus dem Erlöse des Anfechtungsgegenstandes zunächst der Pfändungsgläubiger und dann erst er selbst befriedigt wird.

2. Zur Anfechtung geeignete Titel. a) Landesgesetzliche Vollstreckungstitel. Meikel, LeipzZ. **13** 131. Auch die landesgesetzlich auf Grund des § 801 ZPO. zugelassenen Vollstreckungstitel sind Vollstreckungstitel im Sinne des § 2 AnfG. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die durch sie festgestellte Forderung dem privaten oder dem öffentlichen Rechte angehört. Da die Vollstreckungstitel nur in dem Staate vollstreckbar sind, der sie zuläßt, so kann der Anfechtungsbeklagte einwenden, daß der zurückzugewährende Gegenstand sich zur Zeit der Veräußerung außerhalb des Bundesstaats befand, für den der Vollstreckungstitel gilt, und daß deshalb der anfechtende Gläubiger durch die Ver-

äußerung nicht benachteiligt ist. Dabei ist aber zu beachten, daß die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand im Wege der Rechtshilfe zulässig sein kann. Der Anfechtungsbeklagte kann auch einwenden, daß der Schuldner im Gebiet eines anderen Bundesstaats noch ausreichendes greifbares Vermögen besitzt. Der Anfechtungskläger kann sich dagegen nicht darauf berufen, daß er auf Grund seines Titels nicht im Gebiete des anderen Bundesstaats vollstrecken dürfe; um dort vollstrecken zu können, muß er sich einen anderen Vollstreckungstitel beschaffen, was zulässig ist (vgl. **RG. 35** 360). Bezüglich der Einwendungen gegen die Forderung selbst ist davon auszugehen, daß die dem Titel zugrunde liegende Forderung regelmäßig als gegeben anzunehmen ist. Zulässig ist natürlich die Einrede der Tilgung oder der Stundung. **b)** Einstweilige Verfügung auf Geldleistung. LeipzZ. **13** 408 (Dresden). Die einstweilige Verfügung, die auf eine Geldleistung geht, also namentlich die in Ehesachen, gehört zu den vollstreckbaren Titeln im Sinne des § 2 (im Gegensatze zum Arrestbefehle). Der Verfügungskläger hat aber kein endgültiges Recht auf die Geldleistung, daher ist die Anfechtung nur mit der sich aus § 10 AnfG. ergebenden Beschränkung zuzulassen. Der Hauptprozeß, von dessen rechtskräftiger Entscheidung zugunsten des Klägers die Verurteilung des Anfechtungsgegners abhängig zu machen ist, ist nicht der Eheprozeß, sondern der schwebende oder anhängig zu machende Unterhaltsprozeß (vgl. JDR. **10** zu § 2 I 2). **c)** Notarielle Urkunde. **RG.** LeipzZ. **13** 157. Bildet eine notarielle Urkunde (§ 794 Nr. 5 ZPO.) den Vollstreckungstitel, so ist es gleichgültig, ob und in welcher Höhe für sie die Vollstreckungsklausel erteilt worden ist; für die Anfechtung wird keine vollstreckbare Ausfertigung erfordert (Jäger, AnfG. § 2 Anm. 19). Sollte daher der Teil der Hypothekenforderung, wegen dessen die vollstreckbare Ausfertigung erteilt ist, vollständig in der Zwangsversteigerung des Grundstücks zur Hebung gelangt sein, so würde doch die Ausfallsforderung, wegen deren angefochten wird, immer noch durch den vollstreckbaren Titel gedeckt sein. **d)** Urteil auf eine Zug-um-Zug-Leistung. PosMSchr. **12** 125 (Marienwerder). Es wird dahingestellt gelassen, ob ein Urteil, das auf Zahlung Zug um Zug gegen Bewirkung einer Gegenleistung lautet, ein zur Anfechtung geeigneter Titel ist. Die Anfechtung ist aber jedenfalls ausgeschlossen, wenn der Anfechtungskläger infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, die urteilsmäßige Gegenleistung nicht mehr bewirken kann.

3. Einwendungen gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch. **a)** LeipzZ. **13** 871 (Colmar). Der Anfechtungsschuldner kann sich nicht darauf berufen, daß ein gegen den Schuldner ergangenes vollstreckbares Versäumnisurteil zur Anfechtung nicht geeignet sei, weil der Schuldner zur Zeit der Urteilsfällung geisteskrank war. Solange eine Aufhebung des bisher nicht zugestellten Versäumnisurteils oder seiner Vollstreckbarkeitserklärung im Wege des Einspruchs oder der Wiederaufnahme des Verfahrens nicht erwirkt ist, bildet das Urteil einen Schuldtitel im Sinne des § 2 AnfG. Nur ist die Vollstreckung des Anfechtungsanspruchs von dem Eintritte der Rechtskraft des Versäumnisurteils abhängig zu machen (§ 10 AnfG.). **b) RG.** LeipzZ. **12** 772. Der gerichtliche Abschluß eines Vergleichs schließt den Einwand nicht aus, daß der Vergleich gesetzwidrig zustande gebracht und das Geschäft sittenwidrig und deshalb nichtig sei. Durch den Vergleich hatten die Parteien im Vorprozesse für den Anfechtungskläger einen Vollstreckungstitel in Höhe von 30 000 M. geschaffen, um ihm zu ermöglichen, durch Verfolgung der Anfechtungsklage bis zu diesem Betrage Befriedigung zu suchen, während durch ein außergerichtliches Abkommen die Höhe der Forderung nur auf 10 000 M. festgesetzt war. Weder der gerichtliche Scheinvergleich noch das außergerichtliche ernstlich gemeinte Abkommen können die Grundlage eines Anfechtungsanspruchs abgeben, weil das ganze Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.

4. Klagänderung. **RG.** LeipzZ. **12** 772. Die Forderung des Anfechtungsklägers, wegen deren Rückgewähr gewährt wird, bildet einen Bestandteil des Grundes und Antrags der Anfechtungsklage. Die Geltendmachung einer neuen Forderung des Anfechtungsklägers in der Berufungsinstanz stellt einen neuen Anfechtungsklaganspruch dar, dessen Erhebung nur mit Einwilligung des Anfechtungsgegners zulässig ist.

§ 3. I. Anfechtung von Gehaltsverträgen zugunsten Angehöriger. Der sog. 1500-M.-Vertrag (vgl. JDR. **10** zu § 3 IV). 1. Dogmatisch. **a)** Lippmann, LeipzZ. **12** 132 ff., hält seine früher dort vertretene Ansicht (LeipzZ. **10** 833) aufrecht, daß der Gehaltsvertrag wegen Simulation nichtig ist. Die Ansicht des RG., daß die Unterhaltspflicht des Schuldners gegen seine Familie eine höhere sei als die Pflicht, seine Gläubiger zu befriedigen, ist unzutreffend. Der Schuldner ist weder im Konkurse noch außerhalb desselben berechtigt, selbstherrlich über sein Gehaltsvermögen zugunsten seiner Familie zu verfügen. **b)** Strucksberg wendet sich gegen Lesser (JW. **11** 622 ff.). Lesser stellt folgenden Satz auf: da der an die Ehefrau gezahlte Betrag als Gegenleistung für die Dienste des Ehemanns gedacht ist, so muß ein besonderer Vertrag desselben mit dem Prinzipale dahin angenommen werden, daß der Mann diesen Betrag dem Prinzipale beläßt, daß er unterläßt, entweder selbst einen Anspruch darauf zu erwerben, oder für einen anderen zu vereinbaren. Hierin liegt ein Widerspruch; denn der Schuldner kann dem Prinzipale nicht etwas belassen, was er zu erwerben unterlassen hat. Anfechtbar sind aber auch nur Handlungen, die ein positives Tun enthalten, ein Unterlassen nur, wenn es von dem Gesetz einer bestimmten positiven Handlung gleichgestellt wird. Es genügt nicht, daß durch das Verhalten des Schuldners die Vergrößerung des Vermögens um einen möglichen Erwerb ausgeschlossen wird (JW. **90** 732, **02** 175, **05** 442, OLG. **10** 228). Im einzelnen Falle werden die Gehaltsverträge aus § 826 BGB. anzugreifen sein. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt aber nicht vor, wenn durch das Abkommen nur erreicht wird, daß der Schuldner und seine Familie standesgemäß leben können. Ein Verstoß gegen § 826 ist gegeben, wenn der Schuldner durch den Vertrag die Möglichkeit erhält, im Überflusse zu leben, während seine Gläubiger unbefriedigt bleiben. Die Ansicht Lippmanns (LeipzZ. **10** 833), daß der Vertrag zwischen Prinzipal und Frau simuliert sei und der Gläubiger einfach ohne Anfechtung durch Pfändung des den Betrag von 1500 M. übersteigenden Teil des Gehalts seine Befriedigung betreiben könne, wird abgelehnt .c) *Lesser, JW. **12** 891 ff., 1134 ff., **13** 297 ff. Da der Betrag, den der Prinzipal der Ehefrau des Schuldners durch besonderen Vertrag verspricht, ebenfalls Vergütung für Dienste des Schuldners ist, gibt dieser, indem er selbst den entsprechenden Betrag dem Prinzipale beläßt, mag dieser Wert auch niemals in der betreffenden Gestalt in seinem Vermögen gestanden haben, etwas aus seinem Vermögen im Sinne des § 7 AnfG. weg. Dadurch, daß er jenen Wert dem Prinzipale beläßt, unterläßt er nicht etwas, sondern schließt mit ihm einen Vertrag (entgegen Strucksberg, LeipzZ. **12** 209). Gleichzeitig vereinbart er mit dem Prinzipale, daß er ihm die 1500 M. übersteigende Vergütung nur unter solchen Umständen beläßt, daß zugleich seine Ehefrau den Überbetrag erhält. In dieser Art mittelbaren Zuwendung statt einer unmittelbaren Zuwendung an die Ehefrau durch Abtretung oder Vertrag zugunsten eines Dritten liegt die ganze Besonderheit des sog. 1500-M.-Vertrags. Darauf, ob der Prinzipal jemals einen Vertrag mit dem Schuldner geschlossen hätte, bei dem der Gläubiger ein Zugriffsobjekt gehabt hätte, kommt es für die Frage einer Benachteiligung nicht an. Die Benachteiligungsabsicht des Schuldners wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß er auch gleichzeitig die Absicht hatte, das Gehalt seiner Familie zu retten. Wäre § 826 BGB. anwendbar (JW. **12** 689), so müßten in diesem Falle die Verträge

des Prinzipals mit dem Schuldner und dessen Ehefrau zugleich nach § 138 BGB. nichtig sein, was unhaltbar ist. Da dieses Ergebnis nur vermieden werden kann, wenn man eine anfechtbare Rechtshandlung des Schuldners annimmt, — das AnfG. als Sondergesetz schließt die Anwendung des § 826 BGB. aus —, so ist dieser Umstand ein mittelbarer Beweis dafür, daß eine anfechtbare Rechtshandlung des Schuldners vorliegt. **d)** *Becker, JW. **13** 1166, GruchotsBeitr. 58 21. Die Konstruktion Lessers, wonach der Vertrag auch gegenüber dem Prinzipal anfechtbar sein soll, ist verfehlt; dagegen ist die Anfechtung gegenüber der Ehefrau und jedem dritten Zuwendungsempfänger begründet. Vgl. auch Becker zu §§ 117 Ziff. 4, 138 Ziff. 12 c, 823 Ziff. 18 c BGB. **e)** Becker, LeipzZ. **13** 645 ff. Ist der Anstellungsvertrag nach der Rechtsprechung des RG. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, so ist folgendes zu unterscheiden. Betrifft die Sittenwidrigkeit nur die Zuwendung an die Ehefrau, so ist nur dieser Teil des Vertrags nichtig. Dann steht dem Angestellten das volle Gehalt zu und kann von seinen Gläubigern gepfändet werden. Soweit die Vergütung zur Zeit der Pfändung noch nicht gezahlt ist, besteht kein Vertragsanspruch gegen Ehefrau und Geschäftsherrn; ebenso wenn die Vergütung gezahlt ist. Dagegen ist die Klage aus § 826 BGB. nicht ausgeschlossen, doch wird die Ehefrau und der Geschäftsherr regelmäßig nachweisen können, daß das Gehalt, wenn es an den Schuldner gezahlt wäre, zum Unterhalte verbraucht und bei einer Zwangsvollstreckung nicht mehr beim Schuldner vorgefunden wäre. Ist der ganze Vertrag nichtig, so hat der Angestellte Anspruch auf angemessenen Dienstlohn; dieser Anspruch kann, soweit er 1500 M. übersteigt, gepfändet werden. Soweit der Dienstlohn zur Zeit der Pfändung noch nicht gezahlt ist, kann gegen den Geschäftsherrn aus der ungerechtfertigten Bereicherung geklagt werden, es bedarf einer Schadensersatzklage nicht. Soweit gezahlt ist, besteht ein Anspruch gegen den Dienstherrn nicht. **f)** *Zaeschmar. Die Ansicht von Jäger und des RG., daß Vorausverfügungen über noch zu verdienenden Lohn deshalb nicht der Gläubigeranfechtung unterlägen, weil eine derartige Vorausverfügung Ablehnung eines möglichen Erwerbes sei und der Schuldner nichts aus seinem Vermögen fortgebe, ist unrichtig. Nach RG. entsteht eine abgetretene künftige Forderung noch in der Person des alten Gläubigers und geht im Momente der Entstehung auf den neuen über. Die Abtretung der künftigen Lohnforderung wird nun erst für den Zeitpunkt angefochten, an dem die Abtretung wirksam wird, d. h. wenn die Forderung entsteht, und in diesem Zeitpunkte scheidet tatsächlich etwas, die Forderung, aus dem Vermögen des Schuldners aus. Dieser hat, da er die Forderung, wenn auch nur einen Augenblick, besessen hat, durch die Abtretung auch nicht einen möglichen Erwerb abgelehnt. Eine Abtretung von noch zu verdienendem Lohne kann gegebenenfalls strafbar nach § 288 StGB. sein, obwohl zur Zeit der Handlung der beiseite zu schaffende Vermögensbestandteil noch nicht vorhanden war. Es handelt sich um ein bedingtes Verbrechen im Sinne Bindings; das Verbrechen liegt vor, wenn die Lohnforderung entstanden ist. **g)** *Kiefer. 1. Die Arbeitskraft ist kein Bestandteil des Vermögens, sondern ein höchst persönliches, unveräußerliches und unverfügbares Rechtsgut. Daher kann auch die Arbeitsleistung kein Aufwand aus dem Vermögen sein; sie ist vielmehr lediglich die Bestätigung der Arbeitskraft und somit keine anfechtbare Handlung, gleichviel ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt (12). 2. Die Erwerbsaussicht ist im allgemeinen eine rein tatsächliche Aussicht (15, 30). Steht aber der Schuldner in einem festen Anstellungsverhältnisse, so ist sein Anspruch auf Lohn ein mit dem Abschlusse des Dienstvertrags entstandenes Recht auf Vergütung für künftige Dienstleistungen. Dieses Recht ist übertragbar und pfändbar (§§ 832, 833 ZPO.); Vorausverfügungen sind nur insoweit möglich, als das Gesetz (§ 850 ZPO.) eine Verfügung über derartige Ansprüche zuläßt (23 f., 31). Zur Vornahme der Handlungen, die das Vollrecht zur Entstehung bringen,

ist der Schuldner im allgemeinen nicht verpflichtet (vgl. § 888 ZPO.). Eine andere Frage ist aber, ob er das Recht des Erstbedachten (Zessionars, Pfandgläubigers) durch weitere Vorausverfügungen beeinträchtigen darf. Dies ist im allgemeinen entsprechend den Grundsätzen des § 161 BGB. zu beurteilen. Eine Besonderheit des Dienstvertrags ist aber, daß der Schuldner regelmäßig zur Kündigung berechtigt ist. Dieses Kündigungsrecht ist, weil Ausfluß der Arbeitsfreiheit, ein höchst persönliches Gestaltungsrecht, das bei Abtretung, Pfändung oder Verpfändung künftigen Lohnes nicht auf den neuen Inhaber des Einzelanspruchs übergeht, sondern beim Träger des Rechtsverhältnisses, dem Schuldner, bleibt. Die Ausübung des Kündigungsrechts enthält daher keine Benachteiligung des neuen Gläubigers und ist somit trotz der früheren Vorausverfügung wirksam. Geschieht die Kündigung nicht nach Maßgabe des Anstellungsvertrags, so kann darin gleichzeitig ein Verzicht des Schuldners auf künftigen Gehalt bis zum vertragsmäßigen Ende der Anstellung enthalten sein; seine Rechtswirksamkeit beurteilt sich nach § 161 BGB. Soweit hiernach die Vorausverfügungen des Schuldners überhaupt wirksam sind, unterliegen sie grundsätzlich der Anfechtung. Die abweichende Ansicht des RG. ist unzutreffend; der Schuldner genießt allerdings das „Recht zur freien Betätigung seiner Persönlichkeit"; schließt er aber in Ausübung dieses Rechtes Verträge über die Verwertung seiner Arbeitskraft, so unterliegen seine Ansprüche hieraus den gewöhnlichen Verfügungsbeschränkungen (31 f.). 3. Einzelfälle: a) Die Vereinbarung unangemessenen Lohnes ist unanfechtbar, da es im Belieben des Schuldners liegt, zu welchen Bedingungen er Dienste übernehmen will (38 f.). b) Die Herabsetzung des Lohnes wirkt wie eine Kündigung. Tritt die Gehaltsänderung erst mit Ablauf der vertragsmäßigen Kündigungsfrist in Kraft, so fehlt es an einer Benachteiligung der Gläubiger. Bei sofortigem Inkrafttreten liegt ein Verzicht des Schuldners auf den Mehrgehalt bis zum Ende der Kündigungsfrist vor (Ausnahme: § 626 BGB.). Dieser Verzicht unterliegt der Anfechtung (40 f.). c) Die Abtretung künftigen Lohnes ist anfechtbar. Wie weit die Benachteiligung der Gläubiger reicht, ist von Fall zu Fall zu prüfen (spätere Kündigung ist zulässig; spätere Verzichte sind unwirksam). Die fiduziarische Abtretung hat im allgemeinen die gleiche Wirkung wie die gewöhnliche (46 f.). d) Der Lohnvertrag zugunsten Dritter ist gegenüber dem Dritten anfechtbar. Der Schuldner ist als ursprünglicher Inhaber des Gehaltsanspruchs anzusehen, und die Bereicherung des Dritten besteht in der mittelbaren Zuwendung des Rechtes auf den Gehalt oder Mehrgehalt. Gegenstand der Anfechtung ist die Klausel zugunsten des Dritten in Verbindung mit dem zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden Kausalverhältnisse. Für die Anfechtung gelten dieselben Grundsätze wie bei der Abtretung, da der Vertrag zugunsten Dritter gleichfalls eine Rechtsübertragung, wenn auch beschränkten Umfanges ist (52 f., 82, 86 f.).

2. Aus der Rechtsprechung: a) Des RG. α. **RG.** SeuffA. **67** 441, JW. **12** 689, LeipzZ. **12** 686 ff. Es war vereinbart, daß der Ehemann für seine Tätigkeit von dem beklagten Geschäftsherrn 1500 M. jährlich und die Ehefrau 10 500 M. jährlich erhalten sollten. Die Voraussetzungen der Anfechtungen sind gegenüber dem Geschäftsherrn jedenfalls nicht gegeben, da Bestandteile des Vermögens des Ehemanns, die nach § 7 AnfG. zurückgewährt werden könnten, durch den Anstellungsvertrag aus dem Vermögen des Ehemanns in das des Beklagten nicht gelangt sind. Auch aus § 11 AnfG. läßt sich ein Anfechtungsanspruch gegenüber dem Beklagten nicht herleiten. Ein Verstoß gegen die guten Sitten kommt in Frage, wenn der Ehemann den Vertrag in der Absicht geschlossen hat, seinen Gläubigern das ihm zustehende, noch zu erwerbende Entgelt als Gegenstand zu ihrer Befriedigung der äußeren Form nach zu entziehen, gleichzeitig aber den Genuß dieses Entgelts nur sich selbst, unter Vernachlässigung seiner Unterhaltspflicht

gegenüber seiner Familie, zu sichern, und der Geschäftsherr in Kenntnis dieser Absicht deren Verwirklichung dem Ehemanne bewußt ermöglicht hat. Dagegen ist unter Umständen ein sittenwidriges Verhalten des Arbeitgebers nicht anzunehmen, wenn er wußte oder Grund hatte zu glauben, der Angestellte bezwecke durch den Vertragsschluß nur, den notdürftigen Lebensunterhalt für seine Familie zu sichern, und er habe die Absicht, daneben nach Kräften sich um die Befriedigung seiner Gläubiger zu bemühen. Ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. ist im vorliegenden Falle auch deshalb ausgeschlossen, weil durch den Abschluß des Anstellungsvertrags ein Schaden für den Gläubiger nicht entstanden ist. Denn nach der tatsächlichen Feststellung des Vorderrichters hätte der Arbeitgeber von der Anstellung des Ehemanns Abstand genommen, wenn dessen wirtschaftliche Existenz sowie die seiner Familie nicht in der vereinbarten Art sichergestellt worden wäre. ➸ Der Standpunkt des RG. wird aus allgemeinen, insbesondere wirtschaftlichen Gründen gebilligt von Hampke, LeipzZ. **12** 633 ff.; Striemer, JW. **13** 182 ff.; Harnier, ebenda 295 f. In der Rechtsprechung schließen sich ihm OLG. Augsburg (LeipzZ. **13** 712), KfmG. und LG. Dresden (LeipzZ. **14** 267 ff.) an. Red. ⇜ β. **RG.** SeuffA. **67** 439, LeipzZ. **12** 560, R. **12** Nr. 1951. Die in den Entsch. des **RG.** JW. **05** 442 und **RG. 69** 60 bezüglich der Anfechtbarkeit von Gehaltsverträgen zugunsten Dritter ausgesprochenen Rechtssätze werden aufrecht erhalten. Maßgebend ist, daß durch Verträge der genannten Art dem Vermögen des Schuldners ein dem Zugriffe seiner Gläubiger zugänglicher Wert nicht entzogen ist und ein Anspruch der Gläubiger, daß der Schuldner seine Arbeitskraft in einer Weise verwertet, die ihnen einen Zugriff ermöglicht, im geltenden Rechte eine Stütze nicht findet. Dadurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, daß die Zuwendung an den Dritten wegen Arglist für nichtig erklärt werden kann. γ. **RG. 81** 41, LeipzZ. **13** 79. Durch den Gehaltsvertrag sollte gemäß § 328 BGB. ein Anspruch für den 1500 M. übersteigenden Teil des Gehalts nur in der Person der Ehefrau begründet werden. Ein Anspruch des Ehemanns hat nie bestanden, kann also auch nicht gepfändet werden. Aus der Tatsache, daß der Rest des Gehalts durch diesen Vertrag den Gläubigern des Ehemanns entzogen wurde, ergibt sich nicht, daß ein Scheingeschäft vorliegt. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt dann nicht vor, wenn der Gesamtbetrag der gewährten Vergütungen nicht das Maß dessen übersteigt, was zum Unterhalte des Schuldners und seiner Familie bei einer bescheidenen, standesmäßigen Lebensführung erforderlich ist. Ein Anfechtungsanspruch gegen den Geschäftsherrn ist ausgeschlossen, weil aus dem Vermögen des Schuldners weder unmittelbar noch mittelbar etwas an jenen gelangt ist. δ. **RG.** LeipzZ. **13** 862. Die Ehefrau des Schuldners legte folgende Urkunde vor: „Ich befinde mich bei dem Militärbauamt in A. in Stellung und beziehe von demselben ein Tagegeld von 8 M. Den täglich 4 M. übersteigenden Betrag meines Einkommens überweise ich zur Sicherung der Existenz meiner Familie und weise die Kgl. Garnisonverwaltung an, von meinem Einkommen nach Erteilung meiner Quittung an mich nur 4 M. pro Tag und den Restbetrag an meine Ehefrau zu zahlen. H., Techniker. Einverstanden, Militärbauamt." Die Interventionsklage der Frau gegenüber der Gehaltspfändung des Gläubigers wurde abgewiesen. Die Frau ist nur Rechtsnachfolgerin ihres Mannes, da sie die Forderung durch ein mit dem Manne geschlossenes Veräußerungsgeschäft, Abtretung oder Anweisung, erlangt hat. Dieses Geschäft ist anfechtbar. Der Senat hat früher (JW. **05** 442) ausgesprochen, daß Vorausverfügungen über Vergütungen, die erst noch verdient werden sollen, der Anfechtung entzogen seien. An dieser Auffassung wird nicht mehr festgehalten. ε. **RG.** LeipzZ. **14** 391. In einem gewöhnlichen Falle des 1500-M.-Vertrags wurde der Gläubiger mit der Klage gegen den Dienstherrn abgewiesen. Dem Gläubiger ist durch den Abschluß des Vertrags ein Schaden nicht entstanden. Nach den getroffenen Feststellungen wäre der Schuldner

ohne den Vertrag in seiner bisherigen freien Tätigkeit verblieben, und der Gläubiger hätte auch in diesem Falle seine Befriedigung nicht gefunden. Unrichtig ist, daß dem Gläubiger durch den Vertrag schon deshalb allein ein Schaden entstanden ist, weil der Vertrag so und nicht anders, d. h. unter Bedingungen, die dem Gläubiger die Befriedigung ermöglicht hätten, abgeschlossen ist. An der Entsch. **RG. 81** 41 wird gegenüber den abweichenden Äußerungen der Literatur festgehalten. **b)** Der unteren Gerichte. α. Mit dem RG. αα. PosMSchr. **13** 18 (Posen). Das OLG. schließt sich der Ansicht des RG. an, daß der sog. 1500-M.-Vertrag nicht anfechtbar ist. Es kann aber eine Haftung des Geschäftsherrn nach § 826 BGB. begründet sein, wenn der neue Vertrag lediglich in der Absicht geschlossen ist, weitere Gehaltspfändungen unmöglich zu machen, und der Geschäftsherr dies gewußt hat. Es ist dann Sache des Geschäftsherrn, die besonderen Gründe darzutun, die den Abschluß des Vertrags in der fraglichen Form rechtfertigen. ββ. OLG. **24** 297 (Braunschweig). Der Schuldner hatte eine Stellung als Reiseinspektor gegen ein Jahresgehalt von 1500 M. nebst Reisespesen angenommen. In einem zweiten Vertrag ist ihm eine Vergütung von 25 Pf. für jedes Hektoliter von ihm abgesetzten Bieres versprochen. Darunter befindet sich als „Nachtrag" die Bestimmung: „A. (Schuldner) verzichtet auf den Bezug der vorstehenden Gratifikation zugunsten seines Sohnes". Das OLG. führt aus: der Gratifikationsvertrag nebst Nachtrag ist ein einheitlicher Vertrag. Der Schuldner hat die Vergütung nicht zunächst für sich erwerben und als Bestandteil seines Vermögens auf seinen Sohn übertragen wollen, sondern nach der Absicht der Vertragschließenden hat der Sohn unmittelbar mit dem Abschlusse des Vertrags das durch die Tätigkeit des Vaters suspensiv bedingte Recht auf Zahlung der Vergütung erworben. Hat der Anspruch also nie zum Vermögen des Schuldners gehört, so kann auch eine anfechtbare Handlung nicht vorliegen. ➺ Diese Ansicht wird vom Herausgeber in einer Fußnote gemißbilligt. Red. ⟵ β. Gegen das RG. αα. OLG. **26** 402 (Düsseldorf). Der Gläubiger, ein unehelicher Sohn des Schuldners, pfändete das Gehalt des Schuldners, soweit es 100 M. monatlich überstieg. Darauf vereinbarten der Schuldner und dessen Ehefrau mit dem Dienstherrn, daß Schuldner monatlich 100 M. und seine Frau weitere 110 M. erhalten sollten. Der Klage gegen den Dienstherrn ist stattgegeben. Eine anfechtbare Abtretung liegt nicht vor, ebensowenig ein Verstoß gegen die guten Sitten. Dagegen ist der Vertrag als Scheingeschäft nichtig, gültig bleibt aber der wirklich gewollte Vertrag, nach welchem der Schuldner 210 M. monatliches Gehalt beziehen sollte. Der Gläubiger kann also seine Rechte aus der Pfändung geltend machen. ββ. OLG. **26** 405 (Hamm). Der Schuldner hatte von seinem Gehalte von 275 M. monatlich 150 M. an den Gläubiger zur Befriedigung einer Schuld abgetreten. Nachträglich schlossen der Schuldner und seine Frau mit dem Dienstherrn den üblichen Vertrag. Darin war ausdrücklich erwähnt, die Aufhebung des bisherigen Vertrags erfolge, weil dem Schuldner sein Einkommen über 1500 M. jährlich durch Abtretung und Pfändung entzogen sei. Der Klage gegen den Dienstherrn ist stattgegeben. Durch die Abtretung von 150 M. an den Gläubiger schied der Schuldner insoweit vollständig aus dem Schuldverhältnis aus. Handlungen, die er in bezug auf dieses nach der Abtretung in eigenem Namen vornimmt, sind ohne Einfluß auf die Rechtslage des Zessionars (vgl. **RG. 52** 185). Danach konnte der Schuldner den Anspruch aus dem Anstellungsvertrage nicht seiner Frau zuwenden, und der Gläubiger braucht eine Leistung des Dienstherrn nach § 407 BGB. nicht gegen sich gelten zu lassen, da dieser die Abtretung an den Gläubiger kannte. γγ. LeipzZ. **12** 710 (Düsseldorf). Der Schuldner hatte mit seinem Dienstherrn an Stelle des bisherigen einen neuen Dienstvertrag geschlossen unter Beitritt seiner Ehefrau. Dem Schuldner war ein monatliches Gehalt von 125 M., seiner Ehefrau „mit Rücksicht darauf, daß sie für ihren Mann eine Sicherheit von 1500 M.

stellte", monatlich 75 M. versprochen. Unter Anfechtung dieser Zuwendung klagte der Gläubiger gegen die Ehefrau auf Zahlung. Der Klage ist stattgegeben. Der der Ehefrau zugewendete Betrag bildete einen Teil der für die Leistungen des Ehemanns vereinbarten Gegenleistungen. Diese gebühren begrifflich dem Leistenden. Daher konnten sie nur durch Abtretung an die Ehefrau gelangen. Die Abtretung war ernstlich, ist aber anfechtbar. Sie benachteiligt die Gläubiger, denn der vertragliche Anspruch auf die Vergütung künftiger Dienste ist ein Vermögensrecht. Haben Dienstherr und Dienstpflichtiger einmal diesen Vermögenswert geschaffen, so besteht er, gleichviel, ob die Beteiligten bei Kenntnis der Unvermeidlichkeit einer beschränkten Pfändbarkeit die Schließung des Dienstvertrags unterlassen haben würden. δδ. LeipzZ. **12** 712 (Düsseldorf). Der Gläubiger hatte den pfändbaren Teil des Gehalts seines Schuldners, der Geschäftsführer einer GmbH. war, gepfändet und sich zur Einziehung überweisen lassen. Der Dienstherr schloß darauf unter Aufhebung des bestehenden Anstellungsvertrags einen neuen mit dem Schuldner und dessen Ehefrau, in welchem dem Schuldner monatlich 50 M., der Ehefrau monatlich 200 M nebst freier Station versprochen wurden. Der Klage gegen den Dienstherrn ist stattgegeben. Der neue Dienstvertrag ist zum Schein abgeschlossen. Er verdeckte aber ein anderes ernstliches Rechtsgeschäft. Dieses hatte die unveränderte Fortsetzung des bisherigen Dienstvertrags und die ernstliche Abtretung eines Teiles der dem Schuldner zustehenden Vergütung an seine Ehefrau zum Gegenstande. Diese Abtretung ist anfechtbar. Anfechtungsgegner ist aber nur die Ehefrau. Der Dienstherr haftet aus seiner arglistigen Mitwirkung an der Schaffung des Anfechtungstatbestandes nach § 826 BGB. εε. Die Entsch. des OLG. Karlsruhe (JDR. **10** § 3 IV 2 b) ist jetzt auch in LeipzZ. **12** 709 abgedruckt. ζζ. KGBl. **14** 22 (LG. II Berlin). Der Gläubiger hatte mehrere Forderungen seines Schuldners, der Spezialarzt ist, pfänden lassen. Die Ehefrau nimmt die Forderungen in Anspruch und stützt sich auf einen Vertrag, in welchem der Schuldner mit seiner Frau und einer Oberin vereinbart hat, daß der Frau die Einnahmen des Sanatoriums zustehen sollten, die als ärztliches Honorar eingehen würden, während der Schuldner gegen ein Jahresgehalt von 1500 M. als Angestellter des Unternehmens, welches die Oberin nach außen repräsentierte, tätig sein sollte. Die Klage der Frau ist abgewiesen. Der Anspruch auf Honorarzahlung ist in der Person des Schuldners entstanden und erst von diesem durch jenen Vertrag auf die Ehefrau übertragen worden. Die Abtretung ist anfechtbar. Der Vertrag ist auch wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. Die Entsch. des **RG. 69** 59 u. **81** 41 werden gemißbilligt.

II. Allgemeines. 1. Vermögensübertragungen zwecks gleichmäßiger außergerichtlicher Befriedigung. *Türk, KGBl. **13** 35 ff., 45 ff. Vermögensübertragungen zahlungsunfähiger Schuldner auf Dritte in der Absicht, eine gleichmäßige außergerichtliche Befriedigung ihrer Gläubiger herbeizuführen, sind lediglich durch diese Absicht der Anfechtung aus § 3 Ziff. 1 AnfG. nicht entzogen. Dagegen sind sie dann nicht anfechtbar, wenn der Konkurs ohne eine solche Maßregel unvermeidlich war und die außergerichtliche Liquidation den Gläubigern eine mindestens ebenso günstige Befriedigung gewährt, als der Konkurs erwarten ließ, oder wenn der Schuldner hiervon auch nur mit gutem Grunde überzeugt war. Auch wenn sie nicht anfechtbar sind, verstoßen sie bei drohender Zwangsvollstreckung gegen § 288 StGB., sofern der Schuldner damit die Zwangsvollstreckung vereiteln wollte. Sie sind dann aber nicht nichtig, sondern begründen nur Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB. Verfügungen zahlungsunfähiger Schuldner, welche das Pfandrecht der Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger an den Mietzinsen des Grundstücks zu verwirklichen bezwecken (Nießbrauchsbestellungen oder ähnliche Maßregeln), sind den persönlichen Gläubigern gegenüber nicht rechtswidrig und daher weder aus § 3 Ziff. 1 AnfG.

anfechtbar, noch aus § 288 StGB. strafbar, außer wenn der Schuldner hierbei gleichzeitig unzulässige Vorteile für sich selbst sucht.

2. Anfechtung von fiduziarischen Geschäften. *Sonnenschein 66 ff. Bei fiduziarischen Geschäften ergibt sich deren Anfechtbarkeit: a) aus der Natur als Hilfsgeschäft: 1. ist es selbständig, so ist es selbständig anfechtbar, z. B. eine nachträglich gewährte Sicherung; 2. ist es unselbständig, Bedingung des Hauptgeschäfts, so ist es nur aus den Gründen des Hauptgeschäfts anfechtbar, z. B. Sicherungsübereignung für eine unentgeltlich gewährte Verpflichtung; b) aus der fiduziarischen Natur des Geschäfts. Da dieses die Übertragung von „Mehr" an dinglichem Rechte bedeutet, als dem Grundgeschäft entspricht, so ist dieses „Mehr" den Gläubigern des Fiduzianten gegenüber ohne Grund gewährt, daher bei Unpfändbarkeit im übrigen als unentgeltlich anfechtbar. Da bei der Sicherungsübereignung nach Anfechtung der Übereignung das Pfand übrig bleibt, für dieses aber regelmäßig die Voraussetzungen der §§ 1205, 1253 BGB. nicht vorliegen, so ist den Gläubigern des Fiduzianten gegenüber bei erfolgter Anfechtung die ganze Sicherungsübereignung unwirksam. Sie können das Sicherungseigentum daher auch im Konkurse des Fiduziars aussondern.

3. Einverständnis des Gläubigers mit der angefochtenen Rechtshandlung. **RG.** LeipzZ. 12 239. Wenn ein Gläubiger nicht nur mit der angefochtenen Rechtshandlung einverstanden war, sondern sie sogar durch seinen Vorschlag veranlaßt hat, so kann er sie, wenn inzwischen die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit eingetreten sind, nicht anfechten. Es steht ihm die Einrede der Arglist entgegen (vgl. für ähnliche Fälle Jäger, Gläubigeranfechtung § 2 Anm. 39, 40).

4. Entstehung der Gläubigerforderung nach Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung. **RG.** LeipzZ. 12 681, R. 12 Nr. 646, 649. Dem Gläubiger ist die Anfechtung nicht deshalb versagt, weil seine Forderung erst nach der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung entstanden ist. Die Anfechtung ist grundsätzlich selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der Veräußernde zur Zeit der Veräußerung überhaupt Gläubiger nicht hatte. Auch hier ist die Anfechtung zuzulassen, wenn nach den besonderen Umständen des Falles die objektive Benachteiligung des Gläubigers, und zwar als Folge der angefochtenen Rechtshandlung, sowie die auf Benachteiligung gerichtete, dem anderen Teile bekannte Absicht festgestellt wird. Diese liegt z. B. vor, wenn der Schuldner damit zu rechnen hat, daß er fortwährend bedeutende Verpflichtungen eingehen muß, auf deren Bezahlung er nicht mit Sicherheit rechnen kann.

5. Prozessuales. a) Gerichtsstand. BayRpflZ. 12 182 (München). Die Klage aus § 3 Nr. 1 AnfG. kann im Gerichtsstande der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO.) erhoben werden (**RG. 21** 420). b) Eideszuschiebung über Benachteiligungsabsicht und Kenntnis. **RG.** LeipzZ. 13 311. Die Eideszuschiebung an den Anfechtungsgegner über Benachteiligungsabsicht und Kenntnis kann Bedenken unterliegen, wenn es sich um ein reines Erfüllungsgeschäft handelt, bei dem regelmäßig eine Benachteiligungsabsicht nicht vorliegt, und zu deren Feststellung also besondere Tatsachen erforderlich sein werden. Bei anderen Geschäften ist aber die Eideszuschiebung unbedenklich, da Benachteiligungsabsicht und Kenntnis davon nicht bloße Rechtsbegriffe, sondern Tatsachen, wenn auch innere, sind. Die Eideszuschiebung über die Benachteiligungsabsicht des Schuldners ist zulässig, da dieser Rechtsvorgänger des Anfechtungsgegners im Sinne des § 445 ZPO. ist.

III. Anfechtbare Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte. 1. Anfechtung eines nichtigen Geschäfts. BadRpr. 12 73 (Karlsruhe). Die Anfechtung eines nichtigen Geschäfts ist gegenstandslos, wenn es keine

den Gläubigern nachteilige Wirkungen geäußert hat. Dagegen ist sie begründet, wenn die nichtige Willenserklärung unmittelbar oder mittelbar zu einer die Befriedigung der Gläubiger beeinträchtigenden Rechtsveränderung geführt hat, z. B. Eintragung des Scheinerwerbers ins Grundbuch oder Besitzübergabe an ihn.

2. Anfechtung von Eheverträgen. OLG. **24** 8 (Stettin). Die Ansicht Jägers (AnfG. § 3 Anm. 64), daß Eheverträge, die das gesetzliche Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes aufheben, der Anfechtung schlechthin entzogen seien, ist nicht allgemein anerkannt (vgl. Gaupp-Stein § 861 II, OLG. **13** 371). Es wird auch hier darauf ankommen, ob und inwieweit im einzelnen Falle durch den Ehevertrag die Gläubiger benachteiligt werden.

3. Anfechtung der Abtretung einer Werklohnforderung **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1112, JW. **13** 885, LeipzZ. **14** 83, R. **13** Nr. 2171. Die Abtretung einer Werklohnforderung aus einem Werkvertrage, deren Entstehung von der Vorleistung des Schuldners durch Herstellung des Werkes abhängig ist, kann von einem Gläubiger des Schuldners wegen Benachteiligung angefochten werden, auch wenn die Vorleistung des Schuldners noch nicht bewirkt ist. Der Anfechtende kann sich die Vorteile des Vertrags dadurch sichern, daß er sich neben der Anfechtung dem Gläubiger seines Schuldners zu der Vorleistung erbietet. Es spricht aber keine Vermutung dafür, daß bei der Ausführung des Werkes durch den Schuldner diesem ein Gewinn daraus entstehen werde, sondern nur dafür, daß er in dem Werklohne eine Vergütung für seine eigene Arbeit und vielleicht auch einen Unternehmergewinn erhält. Auf die Überlassung dieses Vorteils hat der Gläubiger keinen Anspruch. Denn der Gläubiger hat keinen Anspruch darauf, daß sein Schuldner eine Arbeit leistet, die er nicht leisten will, und zwar deshalb nicht leisten will, weil er durch die Leistung einen eigenen Vorteil nicht zu erwarten hat, vielmehr nur durch die Leistung dem Vorteile seiner Gläubiger dienen würde (**RG. 70** 230).

4. Anfechtung eines Treuhandvertrags. **RG.** LeipzZ. **13** 158, R. **12** Nr. 3415. Ein Treuhandvertrag, durch welchen der Treuhänder die Mittel erhalten soll, die gesamte Gläubigerschaft zu befriedigen und den Ausbruch des Konkurses zu verhindern, ist nicht schlechthin der Anfechtung entzogen. Durch den Vertrag ist allerdings den Einzelgläubigern die Möglichkeit der Vollstreckung in die übereigneten Gegenstände genommen. Aber dies schließt nicht aus, daß die Beteiligten bei Eingehung des angefochtenen Rechtsgeschäfts überzeugt waren, daß sie durch dasselbe allen Gläubigern dienen und keinem von ihnen Schaden zufügen würden, und daß sie sich, soweit dieser letztere Erfolg dennoch als möglich gedacht wird, dieser Möglichkeit nicht bewußt gewesen sind. In diesem Falle ist die Anfechtung ausgeschlossen.

5. Anfechtung von Vollstreckungshandlungen. **RG.** JW. **14** 106, LeipzZ. **14** 378, R. **13** Nr. 3281. Auch Vollstreckungshandlungen sind anfechtbar, wenn die Vollstreckungshandlung in kollusivem Einverständnisse des Schuldners mit dem Gläubiger zustande gebracht und deshalb als eine vom Schuldner bwirkte Handlung anzusehen ist (**RG. 47** 223). Es genügt als Willensbetätigung des Schuldners auch ohne ausdrückliche Verabredung schon ein bewußtes Unterlassen, sofern sich aus einem solchen der auf den Erfolg der Gläubigerbenachteiligung gerichtete Wille folgern läßt (z. B. das Ergehenlassen eines Versäumnisurteils und die Unterlassung des Einspruchs).

6. **RG.** R. **12** Nr. 3141. Befreit sich der Bürge durch Einlösung eines Wechsels zugleich von seiner eigenen Wechselschuld, so ist die Anfechtung der dem Bürgen gewährten Deckung möglich.

7. **RG.** LeipzZ. **13** 236, R. **13** Nr. 104. Schließt der Vormund des begünstigten Gläubigers mit sich selbst das anfechtbare Geschäft ab und wird dies durch einen anderen, später bestellten Vormund genehmigt, so wirkt die Genehmigung auf den

Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, und das Rechtsgeschäft ist nach den allgemeinen Regeln anfechtbar. Hierbei ist unerheblich, daß der Vormund die Mutter des begünstigten Gläubigers war und der Anspruch des letzteren im Konkurse nach § 61 Nr. 5 KO. bevorrechtigt gewesen wäre. In welcher Reihenfolge die einzelnen Gläubiger im Falle eines Konkurses zur Befriedigung gelangt wären, ist ohne Bedeutung. Jedenfalls sind der Gesamtheit der Gläubiger Vermögenswerte, die zu ihrer Befriedigung hätten dienen können, ohne vollgültigen Ersatz entzogen worden.

IV. Benachteiligung der Gläubiger. 1. Allgemeines. *Lesser, JW. **12** 892 ff. Für die Frage des Vorliegens einer Gläubigerbenachteiligung ist lediglich der Zustand nach und vor Vornahme der anfechtbaren Handlung zu vergleichen, nicht etwa auch der Zustand nach Vornahme mit demjenigen, der vorhanden gewesen wäre, wenn der Schuldner an Stelle der anfechtbaren eine andere Handlung vorgenommen hätte; letztere scheidet gänzlich für die Frage des Vorliegens einer Benachteiligung aus. Wichtig beim sog. 1500-M.-Vertrag. (Anders **RG. 69** 61).

2. Einzelne Fälle, in denen: a) eine Benachteiligung vorliegt. α. **RG.** LeipzZ. **13** 488. Eine Benachteiligung liegt vor, wenn durch den angefochtenen Vertrag alle bisherigen Aktiven des Schuldners dem Gläubiger entzogen und gleichwertige Gegenleistungen nicht an ihre Stelle getreten sind. Eine Benachteiligung könnte im einzelnen Falle verneint werden, wenn dem Gläubiger auf Grund des Vertrags eine die gleiche Garantie für seine Befriedigung bietende Forderung gegen den Erwerber verschafft wird. Ist dies nicht der Fall, sondern wird in dem Vertrage die Übernahme der Haftung für die Forderungen des Gläubigers abgelehnt und ihr Bestehen bestritten, so liegt schon in der Erschwerung der Zwangsvollstreckung und der damit gegebenen Gefährdung der Befriedigung eine Benachteiligung des Gläubigers. β. LeipzZ. **13** 872 (Colmar). Nur die Gewährung einer für die Befriedigung der Gesamtgläubigerschaft vollkommen gleichwertigen Gegenleistung schließt die Anfechtung im Sinne des § 3 Ziff. 2 aus. Dies liegt nicht vor, wenn bei Veräußerung eines Gegenstandes ein Teil des Kaufpreises mit Forderungen des Käufers aus früherer Zeit verrechnet wird. Bei Gewährung einer Gegenleistung von geringerem Werte mindert sich die Masse, und hierdurch allein wird schon mit dem Abschlusse des Vertrags die Befriedigungsmöglichkeit für den Einzelgläubiger ungünstiger gestaltet. Dabei ist unerheblich, ob zur Zeit des Vertragsschlusses andere Zugriffsobjekte vorhanden sind und eine Befriedigung des Gläubigers aus der gewährten Gegenleistung möglich ist. Dies ist nur insofern von Bedeutung, als damit dem Anfechtungsschuldner der Nachweis erleichtert wird, daß ihm eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners nicht bekannt war. γ. R. **13** Nr. 249 (Stuttgart). Durch den Abschluß eines Vertrags, kraft dessen ein Hauseigentümer die Mieten des Hauses an einen Dritten mit der Auflage abtritt, aus den Eingängen die Hypothekenzinsen zu decken, sind die nicht hypothekarisch gesicherten Gläubiger des Hauseigentümers benachteiligt. b) eine Benachteiligung vorliegen kann. α. **RG.** LeipzZ. **13** 627. Die Anfechtung der Abtretung von Mietzinsforderungen wird durch § 1124 BGB. nicht ausgeschlossen. Wird für die Abtretung Valuta gezahlt, so ist die Anfechtung dann unzulässig, wenn an Stelle der veräußerten Forderungen die Valuta in das Vermögen des Schuldners gelangt ist. Es genügt aber nicht, wenn sie an einen Dritten gezahlt ist. β. **RG.** LeipzZ. **13** 782, R. **13** Nr. 3057. Bei der Prüfung der Benachteiligung darf nur auf den unmittelbaren Gegenstand des angefochtenen Geschäfts gesehen werden; die Möglichkeit für den Gläubiger, sich aus den künftigen Erträgnissen des Gegenstandes zu befriedigen, muß außer Betracht bleiben. Die Vereitelung einer solchen Möglichkeit ist keine Benachteiligung (vgl. **RG. 64** 339). γ. SächsRpflA. **12** 437 (Dresden). Beim Verkauf eines Geschäfts nebst Inventar und Waren wird die Benachteiligung nicht dadurch ausgeschlossen,

daß der Vertrag zum Zwecke der Sicherung der Ansprüche des Käufers diente und den anderen Gläubigern die Möglichkeit bleibt, den Anspruch des Schuldners auf Rückforderung der verkauften Sachen nach Befriedigung des Käufers zu pfänden. Die Aussicht der Gläubiger würde sich bei einer solchen Pfändung wesentlich ungünstiger gestalten, als wenn sie sogleich das vorhandene Warenlager und Inventar pfänden könnten. Hat der Käufer vor Abschluß des Kaufes ein gegen das Lager ausgebrachtes Arrestpfandrecht beseitigt, so liegt in Höhe der getilgten Arrestforderung eine Benachteiligung nicht vor. Ebensowenig ist eine solche vorhanden, soweit Sachen veräußert worden sind, die nach § 811 ZPO. der Pfändung nicht unterworfen sind. Macht der Käufer die Befriedigung der Arrestforderung davon abhängig, daß er wegen seines Ersatzanspruchs und wegen früherer Forderungen gegen den Schuldner durch Verkauf des Geschäfts sicher gestellt werde, so ist eine Benachteiligungsabsicht nicht vorhanden. c) keine Benachteiligung vorliegt. α. **RG.** LeipzZ. **13** 780. Eine Gläubigerbenachteiligung liegt nicht vor, wenn das vom Schuldner abgetretene Recht ihm nur der Form wegen oder mit der Auflage, es unentgeltlich abzutreten, übertragen worden war, das Recht also in Wirklichkeit von vornherein einem Dritten zustand. β. BayRpflZ. **12** 182, R. **12** Nr. 1357 (München). Verkauft ein Geschäftsmann seine gesamte Habe, einschließlich Laden und Wohnungseinrichtung und Warenlager, letzteres zum Fakturenpreise, mit der ausdrücklichen Bedingung, daß aus den Kaufpreisraten seine sämtlichen Gläubiger nach Verhältnis ihrer Forderungen durch den Geschäftskäufer (einen vermögenden Mann) befriedigt werden sollen, so liegt eine Benachteiligung nicht vor, weil nicht ersichtlich ist, daß die Gläubiger in dem ohne den Kaufvertrag sicheren Konkursverfahren mehr erhalten würden (**RG. 39** 32, GruchotsBeitr. **49** 1115).

V. Benachteiligungsabsicht. OLG. **26** 145 (KG.). Wer Mietforderungen an einen anderen Gläubiger abtritt, ohne die Mittel zu einer anderweiten Deckung der Hypothekenzinsen zu haben, muß sich regelmäßig bewußt sein, daß die Abtretung notwendig dazu führt, den Hypothekengläubigern die Mittel zu ihrer den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Befriedigung zu entziehen; dann ist die weitere Annahme berechtigt, daß er diesen Erfolg beabsichtigte. Daß die Benachteiligung der Gläubiger das ausschließliche Ziel der Handlung des Schuldners wäre, erfordert § 3 Nr. 1 nicht (JW. **06** 179).

VI. Zu Nr. 2. **RG.** JW. **12** 307, LeipzZ. **12** 774, R. **12** Nr. 647, 648. Die Regelung der Beweislast nach § 3 Ziff. 2 AnfG. erleidet auch bei Erfüllungsgeschäften keine Ausnahme, diese Tatsache übt aber Einfluß auf die Beweiswürdigung. Das Vorliegen eines Erfüllungsgeschäfts ist ein starkes Beweisanzeichen dafür, daß die Handlung des Schuldners nicht sowohl durch eine Benachteiligungsabsicht gegenüber den anderen Gläubigern als durch die Erfüllungsabsicht gegenüber dem befriedigten Gläubiger bestimmt war. Der Einzelfall ist zu prüfen, auch wenn der Anfechtungsgegner für seine Nichtkenntnis der Benachteiligungsabsicht keinen besonderen Beweis antritt (vgl. JDR. **10** zu § 3 V 2).

VII. Zu Nr. 3. R. **12** Nr. 3238 und 3239 (Stuttgart). Ob Zuwendungen an eine Lohndirne für Gestattung des Geschlechtsverkehrs und dergleichen unentgeltliche Verfügungen sind, hängt vom Einzelfall ab. Derartige Zuwendungen sind nicht „gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke", auch nicht in Höhe dessen, was üblicherweise einer Lohndirne bezahlt wird. Es fehlt an dem Erfordernisse des „Gebräuchlichseins"; dabei kann nur ein rechtlich anerkannter Gebrauch in Frage kommen.

§ 4. **RG.** JDR. **10** zu § 4 jetzt auch **RG. 77** 65.

§ 6. Vgl. zu § 3 Ziff. III. 5.

§ 7. I. Inhalt des Rückgewähranspruchs. 1. Im allgemeinen. a) SächsRpflA. **13** 211 (Dresden). Die Verbindlichkeit zur Rückgewähr des Anfechtungsgegenstandes besteht, da die Gläubiger durch die Vornahme der

ihrer Anfechtung unterliegenden Rechtshandlung nicht besser gestellt werden sollen, als sie ohne diese stehen würden, für den Anfechtungsgegner sämtlichen Gläubigern gegenüber nur einmal. Dadurch, daß er die Rückgewährspflicht einem Gläubiger gegenüber erfüllt, wird er von ihr auch allen übrigen gegenüber dauernd davon befreit, ohne daß durch die Erhebung von Klage oder durch sonstige auf die Geltendmachung des Anfechtungsrechts abzielende Maßnahmen, wie Mahnungen u. dgl., ein Vorzugsrecht für den einzelnen Gläubiger begründet werden könnte (vgl. **RG. 24** 98, **37** 100, JW. **89** 433, Jäger § 7 Anm. 36). **b)** **RG.** LeipzZ. **13** 239 ff. Der Anfechtungsbeklagte, der verurteilt ist, einen ihm übereigneten Grundstücksanteil an den Schuldner zurückzuübertragen und dem Gläubiger dadurch den Zugriff in diesen Gegenstand zu ermöglichen, ist nicht verpflichtet, Belastungen, mit denen er den Anteil vom Schuldner empfangen hat, zur Löschung zu bringen, und, wenn er solche zur Löschung gebracht hatte, sie gelöscht zu lassen und den Anteil ohne die Belastung an den Schuldner zurückzuübereignen. Er darf eine andere gleich lästige Hypothek an Stelle der zur Löschung gebrachten setzen.

2. Einzelnes. **a)** **RG. 80** 1, JW. **12** 877, R. **12** Nr. 2706—2707. Bei Anfechtung der Übertragung eines nutzbringenden Wertes sind außer diesem auch die Nutzungen so weit zurückzugewähren, als sie dem Gläubigerzugriff infolge des angefochtenen Aktes entzogen sind. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Anfechtungsgegner persönlich die Nutzungen gezogen hat. **b)** *Lesser, JW. **12** 891 ff. Die beim sog. 1500-M.-Vertrag vorhandene Vereinbarung des Schuldners mit dem Prinzipal, durch die er diesem den 1500 M. übersteigenden Betrag beläßt, stellt sich als eine Rechtshandlung dar, durch die der Schuldner etwas aus seinem Vermögen im Sinne des § 7 AnfG. weg- oder aufgibt, mag der aufgeopferte Wert auch in der betreffenden Gestalt niemals im Vermögen des Schuldners gewesen sein. **c)** Schneider, LeipzZ. **13** 445. Bei einer Anfechtung zugunsten einer Aufrechnungsforderung ist die vom Schuldner erworbene Forderung zur Befriedigung des Anfechtungsgläubigers so zurückzugewähren, daß eine Aufrechnung wie gegen den ursprünglichen Gläubiger auch jetzt noch zulässig ist. **d)** **RG.** LeipzZ. **12** 682, R. **12** Nr. 651. § 7 will auch solche Fälle treffen, in denen das Weggegebene nicht unmittelbar in das Vermögen des Anfechtungsbeklagten gelangt, materiell aber das Vermögen des Schuldners zugunsten des Erwerbers vermindert wird. Die Rückgewähr wird hier dadurch bewirkt, daß der Erwerber gezwungen wird, die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand des Erwerbes zu dulden (**RG. 59** 195). **e)** R. **12** Nr. 1072 (Frankfurt). Soll zugunsten des Anfechtenden auf einem in anfechtbarer Weise veräußerten Anteil an einem Grundstück eine Sicherungshypothek eingetragen werden, so ist diese Eintragung auf der ideellen früheren Hälfte des Schuldners zulässig, auch wenn der Anfechtungsgegner zur Zeit als alleiniger Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist.

3. Antrag bei anfechtbarer Bestellung einer Hypothek. **a)** v. d. Pfordten, BayRpflZ. **13** 16. Bei anfechtbarer Bestellung einer Hypothek ist der Klagantrag darauf zu richten, daß der Beklagte die Zwangsvollstreckung in die Hypothek zu dulden hat. Die einzelnen Maßnahmen der Vollstreckung gehören ins Vollstreckungsverfahren. Das Vollstreckungsgericht hat nicht die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung des Prozeßgerichts zu prüfen, sondern die Pfändung und Überweisung der Hypothekenforderung nach §§ 828 ff. ZPO. anzuordnen. **b)** Meikel, BayRpflZ. **13** 285 ff., erörtert die Frage ausführlicher. Ist das Grundstück, auf dem die anfechtbar bestellte Hypothek steht, versteigert, so geschieht die Rückgewähr derart, daß der Anfechtungsgegner den an ihn gezahlten Erlös zurückzahlt oder bei noch nicht erfolgter Auszahlung gegenüber dem Gläubiger mit seinem Hypothekenrecht zurücktritt. Bei Rückgewähr der Hypothek in Natur ist der Antrag so zu stellen, wie es v. d. Pfordten meint. Die §§ 828 ff. ZPO. sind für die Vollstreckung

anwendbar, weil es sich um eine Geldforderung, nicht um einen Individualanspruch handelt; denn maßgebend ist der der Anfechtung zugrunde liegende Titel. Unterschieden muß aber werden, ob die Vollstreckung sich in die Hypothek forderung, oder in das dingliche Recht richtet, wenn also die Hypothek in anfechtbarer Weise für eine nicht anfechtbare Forderung bestellt wurde. Im ersteren Falle sind die §§ 828 ff. maßgebend, im zweiten kann der Gläubiger nach § 866 ZPO. die Eintragung einer Zwangshypothek beantragen und verlangen, daß der Anfechtungsgegner dieser Hypothek den Rang der seinigen einräumt. Eine Abtretung der Hypothek kann nicht verlangt werden. Der Gläubiger kann auch statt Erwirkung einer Zwangshypothek die Zwangsversteigerung oder -verwaltung betreiben. Folgen der anfechtbaren Hypothek keine weiteren dinglichen Rechte, so kann er beanspruchen, daß bei Feststellung des geringsten Gebots die Hypothek des Anfechtungsgegners außer Betracht bleibt und der auf sie treffende Teil des Erlöses an ihn ausbezahlt wird. Folgen der Hypothek weitere Hypotheken, so kann er nur verlangen, daß der auf die Hypothek entfallende Erlös an ihn bezahlt wird; dagegen ändert sich das geringste Gebot nicht.

II. Freiwillige Rückgewähr. SächsRpflA. **13** 211 (Dresden). Das vom Gesetz aufgestellte Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung des Anfechtungsrechts steht selbstverständlich einem freiwilligen Leisten oder Dulden des Anfechtungsgegners nicht entgegen (vgl. Jäger § 1 Anm. 67).

III. Ersatz des Wertes an Stelle der Rückgewähr. 1. R. **12** Nr. 475 (Stuttgart). Gegenüber dem Anfechtungsanspruch aus § 7 AnfG. kann sich der Beklagte nicht darauf berufen, daß er ohne sein Verschulden außerstande sei, die anfechtbar erworbenen Gegenstände in Natur zurückzugewähren.

2. Meikel, LeipzZ. **12** 380. Veräußert ein Schuldner seinen Miteigentumsanteil an den andern Miteigentümer in anfechtbarer Weise, so ist eine Rückgewähr des Veräußerten im Sinne des § 7 AnfG. nicht möglich. Es kann daher vom Anfechtungsbeklagten nur Wertsersatz verlangt werden. Demgegenüber bleibt Roth, LeipzZ. **12** 532, bei seiner früher (LeipzZ. **10** 135) vertretenen Ansicht, der Gläubiger könne verlangen, daß der Erwerber die Zwangsvollstreckung in die Sache, deren Alleineigentümer er in anfechtbarer Weise geworden ist, mit der Maßgabe dulde, daß der Erlös bis zur Höhe der früheren Miteigentumsquote des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers diene.

IV. Zu Abs. 2. R. **12** Nr. 3241, 3242 (Stuttgart). Wer sich darauf beruft, daß er als gutgläubiger Empfänger einer unentgeltlichen Leistung diese nur in Höhe der Bereicherung zurückzugewähren habe, ist für seinen guten Glauben beweispflichtig. Es handelt sich um eine Ausnahmevorschrift; daher ist mit Jäger § 7 Anm. 27 davon auszugehen, daß die Beweislast den Empfänger trifft. Der gute Glaube ist nicht vorhanden, wenn der Empfänger weiß oder den Umständen nach wissen muß, daß die Gläubiger des Schuldners durch die Hingabe des Geschenkes benachteiligt werden.

§ 11. 1. Rechtsnachfolger. **RG. 80** 1, JW. **12** 877, R. **12** Nr. 2708 bis 2709. Erwirbt eine Ehefrau ein nutzbringendes Recht und der Ehemann kraft gesetzlichen Güterrechts die Nutzung daran, so ist der Ehemann insofern Rechtsnachfolger seiner Frau gemäß § 11 Abs. 2 AnfG. Auch die Abzweigung gewisser besonderer, aus dem Rechte erwachsender Befugnisse fällt unter § 11 Abs. 2. Dabei ist es gleichgültig, ob ein solcher Rechtsübergang auf rechtsgeschäftlicher Verfügung, obrigkeitlicher Weisung oder unmittelbar auf dem Gesetze beruht (vgl. Jäger, AnfG. § 11 Anm. 9). Der Mann kann sich aber nicht durch den nach § 11 Abs. 2 zulässigen Nachweis von der Anfechtbarkeit befreien. Da sich der Erwerb seines Nutzungsrechts unmittelbar an den Erwerb des Rechtes selbst durch seine Frau anschließt, so erscheint sie bezüglich des Nutzungsrechts als seine Vertreterin. Daher

kommt es für die Kenntnis der die Anfechtbarkeit begründenden Umstände auf die Person der Frau an (§ 166 BGB.).

2. Frist für die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger. **RG.** LeipzZ. **13** 400, R. **13** Nr. 878. Die Bestimmung einer Frist, in der die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger zu erfolgen hat oder für die dem Rechtsnachfolger eine Beweislast aufgebürdet wird, enthält § 11 nicht. Die Frist für die Anfechtung aus § 3 Nr. 1, die § 12 festlegt, gilt daher auch für die Anfechtung aus § 11. Die dem Rechtsnachfolger im § 11 Abs. 2 Nr. 2 aufgebürdete Beweislast gilt daher auch für die ganze Dauer der Anfechtungsfrist des § 12.

§ 13. 1. Verfolgung der Anfechtungsansprüche durch den Verwalter. a) SeuffA. **68** 411, PosMSchr. **13** 39, LeipzZ. **14** 97 (Königsberg). Nach Konkurseröffnung erfolgt die Verfolgung der von Konkursgläubigern erhobenen Anfechtungsansprüche durch den Verwalter. War schon rechtskräftig zugunsten des Anfechtungsklägers entschieden, so kann nur der Verwalter die Zwangsvollstreckung betreiben. Hat aber der Anfechtungskläger auch schon diese durchgeführt oder im Wege der Zwangsvollstreckung eine Sicherung, z. B. ein Pfandrecht an dem Zurückzugewährenden erlangt, so bleibt dem Verwalter gemäß § 13 Abs. 3 AnfG. nur die Möglichkeit, die erlangte Befriedigung oder Sicherung unter den Voraussetzungen des § 30 Ziff. 1 KO. anzufechten (vgl. JW. **93** 308). Danach findet auch § 33 KO. Anwendung, die Anfechtung setzt also voraus, daß binnen 6 Monaten seit der Vornahme der Rechtshandlung der Konkurs eröffnet ist. **b)** Insbesondere Geltendmachung im Wege der Einrede und bei Interventionsprozessen. α. SeuffA. **67** 86 (Posen). Mit der Konkurseröffnung geht das Anfechtungsrecht bezüglich aller Rechtshandlungen des Gemeinschuldners auf den Konkursverwalter über und kann von den einzelnen Gläubigern nicht mehr geltend gemacht werden. Ob die Anfechtung durch Klage oder einredeweise geschieht, macht keinen Unterschied. Ist vor der Konkurseröffnung beim Gemeinschuldner gepfändet, so kann ein der Pfändung vorangegangenes Veräußerungsgeschäft nur vom Verwalter angefochten werden. β. RheinA. **110** 299 (Cöln). § 13 findet keine Anwendung, wenn bei einem Interventionsprozeß die Anfechtung einredeweise geltend gemacht wird und der Schuldner in Konkurs fällt, bevor die Einrede in einer mündlichen Verhandlung vorgebracht ist. Ein Eintritt des Konkursverwalters in den Prozeß, der durch die Konkurseröffnung gar nicht unterbrochen wird, ist unzulässig. § 13 betrifft auch nur die von Konkursgläubigern erhobenen Anfechtungsansprüche, dagegen sind die Beklagten im Interventionsprozesse Pfändungsgläubiger, also Absonderungsberechtigte. Unerheblich ist, ob diese auf ihr Absonderungsrecht der Konkursmasse gegenüber verzichtet und es auf den Verwalter übertragen, auch ihre Forderungen nur als Konkursgläubiger angemeldet haben; denn im Prozesse halten sie ihr Pfandrecht aufrecht.

2. Unterbrechung des Anfechtungsprozesses und seine Wirkung. BadRpr. **12** 117, **13** 35 (Karlsruhe). Nach § 13 Abs. 2 AnfG. wird durch die Konkurseröffnung ein Anfechtungsprozeß kraft Gesetzes unabhängig vom Willen der Parteien unterbrochen. Eine trotzdem stattfindende mündliche Verhandlung und ein ergangenes Urteil sind unwirksam (**RG. 64** 362). Zur Geltendmachung der Unwirksamkeit ist die Partei berechtigt, zu deren Ungunsten das Urteil ergangen ist, mag der Unterbrechungsgrund auf ihrer Seite, auf Seite des Prozeßgegners oder wie hier auf seiten eines am Prozeß unbeteiligten Dritten eingetreten sein (Struckmann-Koch § 249 Anm. 3).

Personenstandsgesetz.

(Bericht aus den Jahren 1912 und 1913.)

Literatur: Seibert, Führer für Standesbeamte. 2. Aufl. München 1912.

§ 1. Literatur: Metz, Die rechtliche Stellung des Standesbeamten. Meiningen 1913. (Ein Auszug daraus abgedruckt Standesa. **14** 88.)

Josef, BadNotZ. **12** 85, 102. Durch § 1 PStG. ist die Zuständigkeit des Notars zur Beurkundung von Personenstandsfällen ausgeschlossen.

§ 11. I. Anweisung an den Standesbeamten. Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde? ZBlFG. **14** 457 (KG.). Der KGJ. **39** A 33, **40** A 18 — JDR. **10** Ziff. 2 a und b — ausgesprochene Grundsatz, daß gegen eine im Rahmen des § 11 Abs. 3 PStG. ergehende Anweisung des Standesbeamten der Aufsichtsbehörde des Standesbeamten ein Beschwerderecht nicht zustehe, greift auch dann Platz, wenn die Anweisung eine Eintragung im Standesregister zum Gegenstande hat. Der Aufsichtsbehörde bleibt es unbenommen, nach Eintragung des Falles auf dessen Berichtigung in dem durch die §§ 65, 66 PStG. geregelten Verfahren hinzuwirken.

II. Beschwerderecht im Falle der Ablehnung einer Anweisung. Beteiligter? 1. BayObLG. **13** 687, BayRpflZ. **13** 50, R. **13** Nr. 571, SeuffBl. **13** 135 (BayObLG.). Wird die Weigerung eines Standesbeamten, die Eheschließungserklärung wegen des Bestehens von Ehehindernissen entgegenzunehmen, für unberechtigt erklärt, so hat die bayerische Heimatgemeinde kein Beschwerderecht nach § 20 FGG., da sie bürgerlich-rechtliche Ehehindernisse geltend zu machen nicht befugt ist.

2. Standesa. **13** 226, Standesb. **13** 241 (KG.). Hat eine geschiedene Frau vor der Aufsichtsbehörde für die Standesämter in Hamburg — formgültig — zu Protokoll erklärt, daß sie gemäß § 1577 Abs. 2 BGB. ihren früheren Familiennamen wieder annehme, und hat die beurkundende Behörde eine beglaubigte Abschrift der Erklärung dem zur Führung des Heiratsregisters zuständigen Standesbeamten übersandt, damit dieser am Rande der über die Eheschließung aufgenommenen Eintragung die Erklärung wegen der Annahme des früheren Familiennamens vermerke, so ist die genannte Behörde nicht beschwerdeberechtigt, wenn das Standesamt mit der Begründung, daß die Beurkundung dem Erfordernisse der öffentlichen Beglaubigung nicht entspreche, die Eintragung des Randvermerkes ablehnt und das Gericht erster Instanz diese Auffassung teilt. Es fehlt der Urkundsbehörde das sie zur Einlegung der Beschwerde legitimierende „berechtigte Interesse" (vgl. Hinschius-Boschan Anm. 60 zu § 11 PStG.), insbesondere gibt ihr der Umstand, daß der Eintragung ihre Beurkundung zugrunde liegen würde, kein Recht, auf Eintragung der Beurkundung zu dringen, vielmehr hat sie ihrer Amtspflicht damit genügt, daß sie die Urkunde aufgenommen und dem zuständigen Standesbeamten übersandt hat. Beschwerdeberechtigt sind lediglich die Beteiligten, die an der Namensänderung ein Interesse haben, an erster Stelle also die geschiedene Frau, die ihren früheren Familiennamen wieder angenommen hat.

§ 13. Literatur: Hoffmann, Taubstumme vor dem Standesamt, Standesa. **13** 161.

I. Keine Abkürzungen. Stölzel, PrVerwBl. **35** 235. Die Auffassung, daß auch der Name des Standesbeamten zur „Eintragung" gehöre und deshalb (§ 13 Abs. 1) nicht abgekürzt werden dürfe, kann aus § 13 (Abs. 2 Ziff. 6) und aus § 14 abgeleitet werden. Doch kann der Standesbeamte wohl auch nur mit seinem Zunamen unterzeichnen.

II. Stand. SächsOLG. **34** 81 (Dresden). In Sachsen sind nach der V. d. M. J. vom 6. April 1911 bei Eintragungen in das Personenstandsregister als „Kaufleute" nur diejenigen zu bezeichnen, die ein Handelsgewerbe betreiben, während die im Handelsgewerbe Angestellten unter der ihnen zukommenden Berufsbezeichnung anzuführen sind (so als Prokurist, Buchhalter, Kassierer, Handlungsreisender). Ein „Handlungsreisender" beschwert sich mit Recht darüber, wenn er nur als „Reisender" im Standesregister eingetragen ist.

III. Schreibweise der Vornamen. 1. Ausländische Vornamen. ThürBl. **60** 176 (Jena). Die Frage, welche Vornamen von Inländern in Deutschland gewählt werden dürfen, entscheidet sich nach öffentlichem Landesrechte. Die Wahl ausländischer Vornamen bedeutet an sich keinen Verstoß gegen die Sittlichkeit oder die staatliche Ordnung. Dagegen greift für das formelle Gebiet der § 11 AusfVO. zum PStG. vom 25. März 1899 beschränkend ein, indem er bestimmt, in welcher Sprachform ein gewählter Vorname einzutragen ist. Deshalb ist ein ausländischer Vorname, für den es eine deutsche Sprachform gibt, in dieser Form, andernfalls in der ausländischen Sprachform einzutragen. Daher unzulässig die Eintragung des Vornamen in der Sprachform „Jean" und „Bodvin, da es eine deutsche Sprachform „Johann" und „Bodwin" gibt, zulässig dagegen die Eintragung des Vornamens „Noël". Ob diese Grundsätze auch für Ausländer gelten, wird dahingestellt gelassen.

2. Nach den Regeln der amtlichen Rechtschreibung. SchleswHolstAnz. **13** 9 (KG.). Das Verlangen einer von der amtlichen Rechtschreibung abweichenden Schreibweise der Vornamen ist (in Preußen) von dem Standesbeamten nur zu beachten, wenn es vor der Eintragung ihm gegenüber ausdrücklich erklärt ist (vgl. PrMJ. vom 10. Juni 1903, MBliV. 137). Insoweit wird der in KGJ. **30** A 280, RJA. **6** 99 — JDR. **4** Ziff. 2 zu § 65 PStG. — ausgesprochene Grundsatz eingeschränkt.

IV. Schreibweise der Familiennamen. 1. Schreibart. ElsLothJZ. **13** 33 (Colmar). Nach dem vor 1900 in Elsaß-Lothringen geltenden Rechte konnte ein Familiennamen nur durch Abstammung oder Verleihung erworben werden, dagegen erwuchs aus dem selbst langjährigen Gebrauch eines Familiennamens kein Recht auf dessen Führung, insbesondere war die Ersitzung eines Familiennamens ausgeschlossen. Alles dies gilt auch von einer bestimmten Schreibart des Familiennamens, doch kann der Name als sprachliches Gebilde gleich der Sprache — im allgemeinen nur noch langsamer als diese — besonders in seiner Schreibart allmählichen Änderungen unterliegen.

2. Unter Verwendung bestimmter Schriftzeichen. Standesa. **13** 204, Standesb. **13** 219 (KG.). Läßt der Schreibgebrauch wahlweise den Gebrauch verschiedener Schriftzeichen zur Bezeichnung desselben Lautes zu, wie dies bei „ß" und „ss" der Fall ist, so kann jedenfalls dann eine Beurkundung nicht als unrichtig bezeichnet werden, wenn der Name übereinstimmend in der Beurkundung und der Unterschrift mit denselben Schriftzeichen geschrieben ist, selbst wenn der Träger des Namens sonst in einem Teile ein anderes Schriftzeichen anzuwenden pflegt.

V. Wesentliche Zahlenangaben. BayObLG. **13** 568, BayRpflZ. **12** 44, OLG. **25** 407, RJA. **12** 196, SeuffBl. **13** 2, ZBlFG. **13** 308 (BayObLG.). Wesentliche Zahlenangaben sind bei Geburtsurkunden: Jahr, Tag und Stunde der Geburt (AusfBest. des BR. Muster A I). Werden sie nicht mit Buchstaben, sondern nur mit Ziffern wiedergegeben, so ist das Standesregister nicht ordnungsmäßig geführt und die ihm nach § 15 Abs. 1 PStG. zukommende Beweiskraft nach Abs. 3 aufgehoben oder abgeschwächt (Hinschius-Boschan, § 15 Anm. 10). Der Verstoß bei der Eintragung ist daher nicht ein rein äußerliches

Versehen im Sinne der §§ 17, 18 der AusfBest. des BR., sondern bedarf der Berichtigung nach §§ 65, 66 PStG.

§ 14. BayObLG. **13** 208, BayRpflZ. **12** 286, R. **12** 390, DJZ. **13** 928 (Bay. ObLG.). Wenn der Standesbeamte zur Zeit der Berichtigung die Nebenregister schon an die Aufsichtsbehörde abgegeben hat, hat er nach § 29 Abs. 4 Satz 1 der bayrischen Vollzugsvorschriften vom 29. April 1900 (JMBl. 862) allerdings neben der beglaubigten Abschrift der berichtigten Standesurkunde auch die Akten der Aufsichtsbehörde vorzulegen; diese hat sie an das AG. zurückzuschicken, wo sie aufzubewahren sind. Allein aus dieser Vorschrift ist nicht zu folgern, daß die Beischreibung der Berichtigung im Nebenregister von der Rückgabe der Akten an das AG. abhängt. Die Vorschrift will nur verhüten, daß der Standesbeamte die nach § 14 PStG. vorzulegende beglaubigte Abschrift der berichtigten Standesurkunde und die gerichtlichen Akten der Aufsichtsbehörde gesondert übersendet. Die Beischreibung hat auf Veranlassung der Aufsichtsbehörde zu geschehen. Das AG. hat dem Ersuchen, den Gerichtsschreiber mit der Beischreibung zu beauftragen, stattzugeben, ohne den Inhalt des Ersuchens sachlich zu prüfen. Weigert sich das AG., das Ersuchen der Aufsichtsbehörde zu vollziehen, so ist darüber im Dienstaufsichtswege zu entscheiden (§ 36 VollzVorschr.).

§ 15. I. Bedeutung für den Strafrichter. RheinA. **110** I 329 (Cöln Straffen.). Die Beweisregel des § 15 hat für den Strafrichter keine Geltung; er hat vielmehr die Frage, ob der Angeklagte berechtigt sei, den Namen „von L." als bürgerlichen zu führen, nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung zu entscheiden. — Der eheliche Sohn darf kraft eigenen Rechtes den Namen seines Vaters so führen, wie dieser ihn tatsächlich geführt hat.

II. Familienstammbücher. 1. Grosebert, DJZ. **13** 94. Den Eintragungen in die Familienstammbücher (und den abgekürzten Bescheinigungen) kommt zwar nicht die Beweiskraft nach § 15 PStG. zu, aber sie beweisen doch als öffentliche Urkunden (§ 415 ZPO.) die Tatsache, daß unter der angegebenen Nummer der Geburts- oder Sterbefall usw. in das Standesregister eingetragen ist, und dies wird in der Regel genügen, um die Überzeugung des Richters zu begründen, daß auch die Geburt usw. und die anderen Tatsachen, deren Eintragung in das Register beurkundet ist, sich ereignet haben, wie der Vermerk es angibt. Nur da versagen die Stammbücher, wo das Gesetz (z. B. in § 2356 Abs. 1 Satz 1 BGB. und § 29 GBO.) das formelle Erfordernis aufstellt, daß etwas durch öffentliche Urkunden nachzuweisen ist.

2. Heydenreich, FischersZ. **42** 130 empfiehlt, die Stamm- und Familienbücher zu einer obligatorischen Einrichtung zu machen.

3. Vgl. auch unten zu § 73 PStG.

§ 16. 1. Einsicht oder Durchsicht? a) BayStaatsMinJ. vom 20. Oktober 1911, Standesa. **13** 67, Standesb. **13** 6 schließt sich der Ansicht von KGJ. **29** A 255, RJA. **5** 138 (Stuttgart) — JDR. **4** zu § 16 PStG. — und Hinschius Boschan 461 an, daß das Recht der Einsicht des Standesregisters und der Forderung beglaubigter Auszüge nicht unbeschränkt, sondern nur in Ansehung einzelner vom Gesuchsteller näher zu bezeichnender Einträge, die in den Standesregistern enthalten sind oder enthalten sein können, zulässig ist. Das Recht allgemeiner Durchsicht der Standesregister oder ihrer Teile ist zu verneinen. b) Ebenso PrMJ. vom 25. November 1913, Standesa. **14** 13, soweit es sich um die Verweigerung der Durchsicht gegenüber solchen Personen handelt, die aus der Durchsicht die Förderung des Handels mit Empfängnisverhütungsmitteln oder des Vertriebs von Schriften über den gleichen Gegenstand bezwecken. Den Vertretern der deutschen Lebensversiche-

rungsunternehmungen und sonstigen unverdächtigen Interessenten gegenüber ist es dagegen bei der bisherigen Praxis zu belassen.

2. Auszüge aus den Nebenregistern. NaumbAK. **12** 14 (LG. Naumburg). An sich sind die Auszüge und Auskünfte von den Standesämtern aus den Hauptregistern zu erteilen und nur in besonderen Ausnahmefällen von den AG. aus den bei ihnen aufbewahrten Nebenregistern, vor allem dann, wenn man bei einer Zerstörung der Hauptregister auf die Nebenregister angewiesen ist. Solange solche Ausnahmefälle nicht vorliegen, beschränkt sich die Tätigkeit der AG. hinsichtlich der Nebenregister auf deren Aufbewahrung.

§ 22. I. Wahl der Vornamen. HessRspr. **14** 43 (LG. Darmstadt). Zulässig ist die Auswahl solcher Vornamen, die zwar ursprünglich Abkürzungen andrer waren, nach allgemeinem Sprachgebrauch aber sich zu selbständigen Vornamen entwickelt haben; desgleichen können, soweit nicht der Sprachgebrauch entgegensteht, mehrere Vornamen zu einem vereinigt werden („Lieselotte, Annaliese, Annamarie", daher auch nicht unzulässig „Annelotte").

II. Familiennamen. 1. Unmaßgeblichkeit polizeilicher Verfügung. KGJ. **42** A 72, R. **12** 707 (KG.). Die Entscheidung darüber, ob der im Standesregister eingetragene Name der richtige sei, steht ausschließlich dem für die Berichtigung des Standesregisters zuständigen Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu. Für diesen ist eine polizeiliche, die Namensführung betreffende Verfügung der Landespolizeibehörde ohne Bedeutung. Der Regierungspräsident als Landespolizeibehörde ist überhaupt nicht befugt, durch polizeiliche Verfügung im Interesse der öffentlichen Ordnung einem Bezirkseingesessenen aufzugeben, sich im Verkehr eines anderen Namens als desjenigen zu bedienen, der als der ihm vom Vater überkommene Namen im Standesregister (Geburtsregister) eingetragen ist.

2. Unzuständigkeit des Heroldsamts zur Feststellung bürgerlicher Namen. **a)** KGJ. **42** A 72, 76 (KG.). Das Heroldsamt ist nur soweit zuständig, als es festzustellen hat, ob eine den Namen „von M." führende Person das Wort „von" im Namen als Zeichen ihrer Zugehörigkeit zum preußischen Adel führen darf. Zur Berichtigung des Standesregisters dahin, daß der Name ohne den Zusatz „von" zu führen sei, bedarf es der richterlichen, von dem Ausspruche des Heroldsamts unabhängigen Entscheidung, daß der betreffenden Person nur der Name „M." (und nicht „von M.") zukommt. Ohne eine solche Entscheidung käme nur ein erläuternder Randvermerk etwa des Inhalts in Frage: „Das Wort „von" in dieser Urkunde bedeutet nicht die Zugehörigkeit zum preußischen Adel" oder: „Der Nebengenannte gehört dem preußischen Adel nicht an". **b)** GoltdA. **61** 150, DJZ. **13** 1445 (PrOVG.). Das Kgl. preußische Heroldsamt ist für die Feststellung bürgerlicher Familiennamen nicht zuständig. Die Partikel „von" kann auch Bestandteil eines bürgerlichen Familiennamens sein. Bei der Feststellung des richtigen Familiennamens handelt es sich um die Ermittelung desjenigen Namens, der einer Person rechtlich zukommt, den zu führen sie verpflichtet und berechtigt ist. Über die Rechtsfrage, welcher Familienname einer Person zukomme, haben diejenigen Behörden zu befinden, die für die Angelegenheit, in der jene Frage hervortritt, zuständig sind. In Zweifelsfällen ist die Entscheidung über den richtigen Familiennamen weder dem Landesherrn noch den von ihm für die Genehmigung von Namensänderungen berufenen Behörden gesetzlich vorbehalten (vgl. KGJ. **39** A 48, JDR. **10** Ziff. IV 2 zu § 66). Die Polizeibehörde ist nicht berufen, nach Art einer Statusentscheidung eine allgemein gültige Feststellung des Namens als solche zu treffen. Die Kontrolle der Führung richtiger Namen ist Sache der Ortspolizei. Für ihr Einschreiten liegt keine Veranlassung vor, wenn der von einer Person geführte Name mit dem im Standesregister eingetragenen übereinstimmt.

3. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. A 4 zu § 22 — auch KGJ. **42** A 66.

§ 23. BadRpr. **13** 185 (AG. Donaueschingen). Hat ein Kind, nachdem es aus dem Mutterleib ausgetreten ist, auch nur einen Augenblick gelebt, so liegt ein Fall des § 23 PStG. nicht vor.

§ 24. **RG. 79** 357, GruchotsBeitr. **56** 1089, BayRpflZ. **12** 378, RJA. **12** 14, Standesb. **12** 153 — Dissens zwischen Colmar, ElsLothJZ. **12** 382, R. **12** Nr. 1372 und Rostock RJA. **10** 107, JDR. 8 Ziff. 2 zu § 24. — Der Zweck des § 24 PStG. ist (nach den Motiven zu dem wörtlich übereinstimmenden § 20 PrG. vom 9. März 1874) die Feststellung der Momente und Merkmale, welche dazu dienlich sein können, die Person und Herkunft des aufgefundenen Kindes zu ermitteln. Im Sinne des Gesetzes liegt es also, ein Findelkind in das Geburtsregister in allen den Fällen einzutragen, in denen es noch in einem Alter ist und unter Umständen gefunden wird, daß es rätlich erscheint, die Anhaltspunkte für die Ermittelung seines Personenstandes für die Zukunft sicherzustellen. Wenn das Gesetz selbst — im Anschluß an Art. 58 code civil, der von „enfant nouveau-né“ spricht — die Eintragung nur für „neugeborene“ Kinder vorsieht, so ist dieser Begriff an sich wenig bestimmt und einer verschiedenen zeitlichen Ausdehnung zugänglich. Fixiert ist nur der Beginn des Zustandes, der eine Voraussetzung für die Eintragung bildet, unbestimmt seiner Dauer. Es erscheint daher nicht gerechtfertigt, wie ein Teil der Schriftsteller es tut, die Eintragungsfähigkeit auf Kinder zu beschränken, deren Alter vielleicht nach Stunden, höchstens nach Tagen oder Wochen, nicht aber nach Monaten oder gar Jahren zählt. Eines gesetzlichen Anhalts entbehrt auch die Meinung, daß die Vorschrift auf Kinder zu beschränken sei, von denen angenommen werden müsse, daß sie bisher verheimlicht und noch nicht zum Standesregister angemeldet seien. Denn die Möglichkeit, daß ein Kind bereits eingetragen ist, liegt auch vor, wenn das Kind kurz nach der Geburt aufgefunden ist, und die Möglichkeit der Eintragung der Geburt kann für die Feststellung der Persönlichkeit des Kindes nichts nützen, weil die Eintragung unbekannt ist; sie macht also die Eintragung der Auffindung nicht überflüssig. Wird nachträglich die Eintragung der Geburt des Findlinges ermittelt, so bieten die §§ 26, 65 ff. PStG. Handhabe zur Löschung des Eintrags über die Auffindung.

§ 25. I. Bedeutung des Legitimationsvermerkes im Geburts- und Heiratsregister. 1. **RG.** RJA. 12 195, ElsLothJZ. **13** 533, GruchotsBeitr. **57** 1012, R. **13** Nr. 1665 bleibt auch gegenüber den Darlegungen ElsLothJZ. **13** 519 (Colmar) bei der Auffassung **RG. 68** 60 — JDR. **8** Ziff. 1a zu § 26 — stehen. Die Auffassung, daß die Eintragung der Kindesanerkennung in das Geburtsregister die Feststellung der Abstammung des Kindes und damit die Eintragung der Tatsache der Abstammung enthalte, übersieht, daß § 26 von einer „erst nach Eintragung des Geburtsfalls“ erfolgenden Feststellung spricht. Er hat also Feststellungen im Auge, die der Regel nach schon bei Eintragung des Geburtsfalls (§ 22) erfolgen sollen. Und zwar kann es sich im Regelfalle bei Fragen der Abstammung um „Vor- und Familiennamen, Religion, Stand oder Gewerbe und Wohnort der Eltern“ handeln (§ 22 Nr. 5). Darüber besteht aber kein Zweifel, daß bei der Geburt eines unehelichen Kindes nur die Kindesmutter, nicht auch der außereheliche Erzeuger des Kindes als Elternteil in Frage kommt. Enthielte die Anerkennung der außerehelichen Vaterschaft die Feststellung der Abstammung des Kindes, so wäre § 25 in der Fassung verfehlt und neben § 26 überhaupt entbehrlich. Allein das PStG. geht von vornherein nicht darauf aus, die Abstammung außerehelich geborener Kinder nach der Seite ihres Erzeugers aus dem Standesregister ersichtlich zu machen. § 25 ist vielmehr die einzige Stelle des Gesetzes, die sich mit dem Erzeuger des Kindes befaßt, und es hat einen guten Grund, wenn sie im Falle der Anerkennung des Kindes nur die Registrierung eben dieser Anerkennung zuläßt, nicht aber, wie bei ehelichen Kindern, die Beurkundung

eines förmlichen Abstammungsverhältnisses vorschreibt. Daß die Anerkennung in § 25 nicht zugleich im Sinne von § 26 einen „Vorgang" bedeutet, durch den die Standesrechte des Kindes „in anderer Weise eine Veränderung erlitten", bedarf keiner Ausführung.

2. a) KGJ. **42** A 81 (KG.). Ist ein im Standesregister vermerktes Vaterschaftsanerkenntnis (§ 1720 Abs. 2 BGB.) überhaupt nicht abgegeben, so ist der Vermerk im Standesregister zu berichtigen. Die Auffassung des RG., daß bei inhaltlich unrichtigem Anerkenntnisse die Berichtigung unzulässig sei (**RG. 68** 60, IDR. 8 Ziff. 1 a zu § 26) steht dem nicht entgegen. Der nach der Ansicht des RG. einer Berichtigung nicht zugängliche Vermerk, daß die Vaterschaft anerkannt sei, hindert nicht, daß der Ehemann der Mutter, wenn er in Wahrheit nicht der Erzeuger ist, dem Kinde noch nachträglich seinen Familiennamen beilegt (§ 1706 Abs. 2 BGB.) und daß dies hinter dem Vaterschaftsanerkenntnisvermerk auch noch im Standesregister vermerkt wird. b) RJA. **12** 210 (KG.) im Anschluß an KGJ. **42** A 81 (oben zu a). Durch den Vermerk der Namenserteilung (§ 1706 Abs. 2) soll nicht der Vermerk über die Anerkennung der Vaterschaft beseitigt oder abgeändert werden, vielmehr sollen beide Vermerke nebeneinander ihre selbständige Bedeutung haben. Es wird nur in zulässiger Weise durch den zweiten Vermerk auf die Bedenken hingewiesen, die gegen die Richtigkeit der in dem ersten Vermerk enthaltenen Erklärung bestehen.

II. R. **14** Nr. 73 (Hamburg). Ein uneheliches Kind, dessen Eltern sich nach seiner Geburt geheiratet haben, kann nach dem Tode des Vaters die Berichtigung des Geburtsregisters nicht dadurch erreichen, daß es eine von seiner Mutter notariell ausgestellte eidesstattliche Erklärung des Inhalts vorlegt, sie habe in der Empfängniszeit nur mit ihrem späteren Ehemanne geschlechtlich verkehrt.

§ 26. 1. BadRpr. **12** 164 (Karlsruhe). Ein Urteil, das die Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde nach § 1717 BGB. feststellt, hat nicht die Bedeutung einer Feststellung der Abstammung des Kindes von jener Mannesperson. Auf Grund eines solchen Urteils kann daher eine Änderung der Standesrechte des Kindes gemäß § 26 PStG. nicht eingetragen werden.

2. Jacobi, JW. **13** 1170. Ein im Auslande begründetes Adoptionsverhältnis kann nur dann im Standesregister eingetragen werden, wenn der Adoptionsvertrag durch ein nach § 66 FGG. zuständiges Gericht, also in dessen Bezirke der Ausländer in Deutschland seinen Wohnsitz oder seinen Aufenthaltsort hat, bestätigt worden ist.

§ 56. Standesa. **13** 28, Standesb. **13** 35 (KG.). Ist ein Sterbefall in dem Sterberegister eines unzuständigen Standesbeamten eingetragen, so bedarf es einer Berichtigung der Eintragung nach §§ 65, 66 durch Eintragung eines Randvermerkes dahin, daß der Standesbeamte zur Beurkundung des Sterbefalls örtlich nicht zuständig war, sondern der Standesbeamte in ...... örtlich zuständig ist.

§ 65. 1. Erläuternder Randvermerk (bürgerlicher Name) RJA. **12** 199, R. **13** Nr. 2798 (KG.). Zu den nach § 15 PStG. beweiskräftigen Tatsachen gehört auch der Adel insofern, als die Feststellung der Personenidentität davon abhängt (KGJ. **36** A 65, 54 (65), IDR. 8 Ziff. II a zu § 66 PStG.). Dem gleichen Zwecke dient auch das Berichtigungsverfahren. Ist also in dem Standesregister eine Person als adlig eingetragen, die es in Wahrheit nicht ist, so steht einer Berichtigung dahin, daß sie dem Adel nicht angehört, nichts entgegen. Erweckt eine Eintragung den Anschein, als ob die mit dem Worte „von" eingetragene Person dem preußischen Adelsstande angehöre, so ist ein erläuternder Randvermerk (vgl. KGJ. **42** A 66, JW. **12** 157, IDR. **10** Ziff. III zu § 66 PStG.) dahin zulässig, daß die betreffende Person dem preußischen Adelsstande nicht angehöre.

2. Keine Löschung einer Eintragung (insbes. im Register eines unzuständigen Standesbeamten). a) KGJ. **41** A 49, RJA. **11** 176, R. **12** Nr. 1712, **13** 177, FischersZ. **41** 237 (KG.). Das PStG. kennt die Löschung einer Eintragung überhaupt nicht. Das KG. hatte zwar früher einmal im Falle einer Rückberichtigung die Löschung eines Randvermerkes zugelassen (KGJ. **22** A 48, 49). Diese auch von Sartorius 399 Anm. 5 zu § 65, Hinschius-Boschan 590, 591 Anm. 5 zu §§ 65, 66, Stölzel 152 Anm. 1 zu § 65 sowie in älteren Entscheidungen (Standesb. **79** 270, **02** 92) vertretene Ansicht ist aber später aufgegeben worden. Jede Berichtigung muß einen positiven Inhalt haben; sie kann sich nicht darauf beschränken, daß eine Eintragung oder ein Randvermerk zu tilgen sei (KGJ. **32** A 79, **37** A 109). Hat daher entgegen der Vorschrift des § 17 ein unzuständiger Standesbeamter die Eintragung des Geburtsfalls bewirkt, so hat der Berichtigungsvermerk lediglich zum Ausdrucke zu bringen, „daß der Standesbeamte zur Entgegennahme der Anmeldung örtlich nicht zuständig war". Ob noch eine beweiskräftige Eintragung des Geburtsfalls möglich ist, wird im wesentlichen davon abhängen, ob eine zur Anzeige verpflichtete Person (§ 18) noch am Leben ist und daher in entsprechender Anwendung des § 27 die nachträgliche Anmeldung und Eintragung in dem richtigen Geburtsregister herbeigeführt werden kann. Immerhin wird die bei dem unzuständigen Standesbeamten bewirkte Anmeldung noch einen Beweisgrund darstellen, der für die richterliche Überzeugung verwertet werden kann, wenn auch der Urkunde nicht einmal die abgeschwächte Beweiskraft des § 15 Abs. 3 zukommt. Sie behält aber mindestens den Beweiswert, den eine privatschriftliche Aufzeichnung einer zuverlässigen Person haben würde. b) Dagegen Katzenstein, JW. **13** 523, da § 3 PStG. eine ausschließliche Zuständigkeit des Standesbeamten für seinen Bezirk nicht festsetze.

§ 66. 1. KG. JDR. **10** Ziff. II zu § 66 — auch RJA. **11** 263.

2. KG. JDR. **10** Ziff. III 3 zu § 66 — auch KGJ. **42** A 66.

3. KGJ. **44** A 65, OLG. **28** 4 (KG.). Der in KGJ. **36** A 55, JDR. **8** Ziff. II a zu § 66 PStG. ausgesprochene Rechtssatz, daß in Preußen die von der Adelsbehörde über die Zugehörigkeit eines preußischen Untertanen zum Adelsstande getroffene Entscheidung für die Gerichte bei der Anordnung der Berichtigung einer Eintragung im Standesregister maßgebend ist, gilt auch hinsichtlich solcher preußischen Untertanen, die in Preußen den niederen Reichsadel für sich in Anspruch nehmen, denn der Reichsadel ist insoweit spätestens mit der Anerkennung des Königs in den preußischen Adel aufgegangen. Hinsichtlich derjenigen Mitglieder des hohen Adels, denen im alten Deutschen Reiche zur Zeit seiner Auflösung erbliche Reichsstandschaft zustand, kann die Adelshoheit des Königs nur nach Maßgabe der preußischen VO. vom 21. Juni 1815 (GS. 105) und der Instruktion vom 30. Mai 1820 (GS. 81) anerkannt werden.

4. KGJ. **43** A 75 (KG.). Die Anordnung der Berichtigung der Kirchenbücher in der Provinz Hannover (wie auch im übrigen Preußen) liegt insoweit, als diese noch zur Beurkundung des Personenstandes dienen, nicht den AG., sondern den Regierungen, Abt. f. Kirchen- und Schulwesen ob (Art. 20 Nr. 4 PrG. vom 6. August 1883 (GS. 295), § 2 Nr. 5 PrG. vom 6. Mai 1885 (GS. 135).

§ 67. **RG.** (Straff.) DJZ. **13** 588. Bedeutungslos für die Strafbarkeit nach § 67 ist es, daß tatsächlich alle Vorbedingungen erfüllt waren, die von dem russischen Rechte für eine in Rußland erfolgte Eheschließung erfordert werden, und daß das russische Recht den Israeliten zu einer gültigen Eheschließung die Trauung durch einen Rabbiner vorschreibt. Denn nach Art. 13 Abs. 3 EGBGB. bestimmt sich die Form einer Ehe, die im Inlande geschlossen wird, ausschließlich nach den deutschen Gesetzen. Daß die Verlobten in den (irrigen) Glauben versetzt werden, als

ob sie (nach der Trauung) in einer ehelichen Verbindung leben, wird zum Tatbestande des § 67 nicht erfordert.

§ 69. 1. **RG.** (Straff.) BayRpflZ. **13** 479, R. **13** Nr. 2955. Der „die Eheschließung vollziehende" d. h. jetzt derjenige Standesbeamte, der die Erklärungen der Verlobten, miteinander die Ehe eingehen zu wollen, entgegennimmt, hat die im PStG. und BGB. gegebenen Vorschriften zu befolgen. Er muß sich also selbst davon überzeugen, daß keine Ehehindernisse vorhanden sind. Auf einen andern kann er diese Pflicht nicht abwälzen. Nur wenn das Aufgebot von einem anderen Standesamt angeordnet worden ist, genügt die nach § 49 ausgestellte Bescheinigung, daß diesem Ehehindernisse nicht bekannt geworden seien. In allen anderen Fällen hat er selbst die Prüfung anzustellen, auch wenn sein Stellvertreter das Aufgebot angeordnet hatte (**RG.** StrS. **16** 321 und R. **07** Nr. 2662). Noch weniger kann er sich darauf berufen, daß irgend ein anderer, mag er ihn für noch so zuverlässig gehalten haben, die Prüfung vorgenommen habe.

2. **RG.** (Straff.) R. **13** 3214. Unverschuldete Rechtsunkenntnis, durch die die Außerachtlassung einer gesetzlichen Vorschrift herbeigeführt ist, schließt nach § 59 StrGB. die Bestrafung des Standesbeamten aus, und zwar gilt dies sowohl von der Unkenntnis eines gesetzlichen Erfordernisses der Eheschließung, als auch von der Unkenntnis der Prüfungspflicht — immer vorausgesetzt, daß die Unkenntnis nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist.

3. **RG.** (Straff.) R. **12** Nr. 2129. Mag auch nicht jede noch so entschuldbare Unkenntnis oder jedes noch so verzeihliche Mißverständnis des für die Eheschließung und ihre Voraussetzungen maßgebenden Rechtes den Standesbeamten ohne weiteres nach § 69 PStG. strafbar machen, so kann doch ein solcher Fall dann nicht in Frage kommen, wenn es sich um die grundlegenden und einfachsten Bestimmungen hierüber, z. B. des § 1305 BGB. handelt, mit denen sich sorgfältig vertraut zu machen eine unabweisbare Pflicht des Standesbeamten bildet.

§ 73. RG. (Straff.) JW. **12** 940, R. **12** Nr. 1112. Die Eintragung eines Tauffalls in einem Familienstammbuch ist dann keine öffentliche Urkunde im Sinne des § 274 Ziff. 1 StGB., wenn festgestellt ist, daß erst die Eintragung des Kirchenakts in das Stammbuch und dann, auf dieser Grundlage, die Eintragung in das Kirchenbuch unter Ausfüllung einer Reihe von Rubriken zu der laufenden Nummer stattgefunden hat, denn dann handelt es sich nicht um einen „Extrakt aus dem Kirchenbuche" (§ 128 Satz 2 I 10 PrAGO.), der ersehen ließe, daß der Aussteller seine Kenntnis des Bezeugten aus dem Kirchenbuche schöpfe und daß der Inhalt des Zeugnisses den Inhalt des Kirchenbuchs wiedergebe (**RG.** (Straff.) **29** 241). — Für den gegenüber Dritten unter Umständen wesentlichen Beweis, daß die Eltern über den ihrem Kinde zu erteilenden Religionsunterricht einig seien oder in einem gewissen Zeitpunkt einig gewesen seien (§ 78 II 2 PrALR.), kann die Tatsache der vollzogenen Taufe des Kindes und eine entsprechende Eintragung im Familienstammbuch erheblich sein.

§ 81. R. **13** 177 (Frankfurt). Nach dem General-Regierungs-Reskript des Herzogtums Nassau vom 30. September 1871 ist dem von dem Pfarrer abgesondert von dem Kirchenbuche zu führenden Zivilstandsregister öffentlicher Glauben beigelegt. Dieser öffentliche Glauben umfaßt bei Geburtsurkunden auch den Familiennamen des Vaters.

Reichshaftpflichtgesetz.

Vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 EGBGB.

Vorbemerkung: Die Anzahl der Reichsgerichtserkenntnisse zum Haftpflichtgesetz ist naturgemäß immer sehr groß, da es sich bei Haftpflichtprozessen meist um revisible Objekte handelt. Von den im vorliegenden Jahrgang mitgeteilten sind besonders beachtlich die über den Begriff des Betriebsunfalls ergangenen, der immer wieder Anlaß zu Zweifeln im Einzelfall bietet. Sehr bemerkenswert ist auch das Urteil des RG., in dem die Berücksichtigung der Betriebsgefahr als mitwirkende Ursache neben dem eigenen Verschulden des Getöteten oder Verletzten auf ein vernünftiges Maß eingeschränkt wird. Von grundsätzlicher Bedeutung sind schließlich auch die Ausführungen in dem zu § 3 a ergangenen Erkenntnis über die Frage, ob bei Verletzung einer Ehefrau diese selbst oder ihr Ehemann als geschädigt anzusehen ist.

Literatur: Fromherz, Haftpflichtrecht. Grundriß der außervertraglichen Haftpflicht insbesondere aus unerlaubten Handlungen. — Kappe, Die Entwickelung der Haftpflicht der Straßenbahnen für die in ihrem Betriebe entstandenen Schäden, KleinbZtschr. **12** 700.

§ 1. RG. GruchotsBeitr. **55** 1095, EisenbE. **29** 35. Die dem Eisenbahnunternehmer im § 1 auferlegte Haftung fällt unter den Begriff der Verantwortlichkeit des Dritten aus einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 840 Abs. 3 BGB., da hierunter eine unerlaubte Handlung im weiteren Sinne zu verstehen und deshalb auch die Gefährdehaftung der Eisenbahn darin einbegriffen ist. Anderseits ist eine entsprechende Ausdehnung des im § 840 Abs. 3 BGB. zugunsten der nach §§ 833 bis 838 BGB. haftenden Personen geschaffenen Ausnahmerechts, wonach ihre Haftung in dem inneren Verhältnisse zu dem mitverantwortlichen Dritten wegfällt, auf den nach § 1 haftenden Eisenbahnunternehmer nicht statthaft; denn es handelt sich im § 840 Abs. 3 BGB. nicht um eine allgemeine Rechtsregel, die analog angewendet werden könnte, sondern der dieser Vorschrift zugrunde liegende Gedanke, daß derjenige, der aus wirklichem Verschulden haftet, keine Ausgleichung bei dem suchen soll, der nur aus vermutetem Verschulden ersatzpflichtig ist, ist nur in ganz bestimmten, im Abs. 3 des § 840 aufgezählten Einzelanwendungen durchgeführt. — AM. Seligsohn, JW. **12** 375 (JW. **11** 1215).

I. Betriebsunfälle. 1. **RG.** EisenbA. **13** 1158, KleinbZ. **13** 462, Eisenb. E. **30** 90. Ein Unfall, der durch ein Betriebsmittel oder eine Betriebseinrichtung in einem Zeitpunkte verursacht wird, in welchem der betreffende Gegenstand nicht in einer der Beförderung auf der Bahn unmittelbar dienenden Weise in Benutzung ist, ist kein Betriebsunfall. Die Schranken an Wegeübergängen dienen in aufgezogenem Zustande nicht unmittelbar dem Beförderungsvorgang auf der Bahn, sie sind vielmehr nur in Bereitschaft, ihrer Zweckbestimmung, eine Gefährdung sowohl des Eisenbahntransports als auch des Personen- und Fuhrwerksverkehrs zu verhüten, durch das Herablassen bei der Annäherung eines Zuges dienstbar gemacht zu werden. Selbst wenn nun das Aufziehen der Schranken nach dem Vorbeifahren eines Zuges zu den zum Betriebe der Bahn gehörigen Vorgängen gerechnet und die Ursache des Herabfallens in dem zu entscheidenden Falle in einer unsachgemäßen Vornahme dieser Betriebshandlung gefunden wird, so würde daraus höchstens folgen, daß der Unfall durch den Betrieb der Bahn verursacht ist, d. h. mit diesem im inneren Zusammenhange steht. Dagegen fehlt es, da die Schranken nicht im unmittelbaren Anschluß an ihr mangelhaftes Aufziehen, sondern erst längere Zeit nach der Beendigung dieses Vorganges herabgefallen sind, an dem gleichfalls erforderlichen zeitlichen Zusammenhange mit einem Betriebsvorgange.

2. **RG.** JW. **13** 648, EisenbA. **13** 1355, EisenbE. **30** 106. Unfälle der Reisenden beim Aussteigen aus dem Eisenbahnwagen sind ohne weiteren Nachweis als mit dem Betriebe der Eisenbahn zusammenhängend anzusehen, und es ist Sache der

Eisenbahnverwaltung, im einzelnen Falle besondere Umstände darzutun, die eine abweichende Annahme rechtfertigen. Dies gilt nicht nur für den Fall des Aussteigens auf der Zielstation, sondern auch für den auf einer Unterwegsstation. Denn wenn das Aussteigen aus einem haltenden Zuge überhaupt ein zu dem Eisenbahnbetriebe gehöriger Vorgang ist, so kann es in rechtlicher Hinsicht keinen Unterschied machen, ob das Aussteigen am Zielpunkte der Reise oder nur während des Aufenthalts auf einer Zwischenstation erfolgt, zumal letzteres bei hinreichendem Aufenthalte von der Eisenbahnverwaltung gestattet und allgemein üblich, vielfach sogar der Aufenthalt gerade zu dem Zwecke länger bemessen ist, um dem Reisenden Gelegenheit zum Verlassen des Zuges zwecks Einkaufs von Erfrischungen zu geben.

3. **RG.** EisenbA. **13** 1621. Unfälle, von denen ein Reisender nach dem Aussteigen aus dem Bahnwagen oder vor dem Einsteigen in den Zug, also auf dem Wege vom oder zum Zuge betroffen wird, sind an sich keine Betriebsunfälle, und zwar auch dann noch nicht, wenn der Zugang zum Zuge oder die Umsteigstrecke, die vom ankommenden zum weiterfahrenden Zuge zurückzulegen ist, über dazwischenliegende Gleise führt. Die über solche Gleise hinwegführenden Zugänge zum Zuge bilden für sich allein noch keine dem Bahnbetrieb eigentümliche Gefahr, auch wenn sie wegen der hervortretenden Schienen den Anforderungen an die allgemeine Verkehrssicherheit nicht entsprechen sollten. Vielmehr tritt auf ihnen die Bahngefahr erst dann zutage, wenn der Bahnbetrieb denjenigen, der dieses Gleis überschreitet, auch tatsächlich gefährden könnte. Gleichwohl ist nicht ausgeschlossen, daß auch ein Unfall, der einem Reisenden auf einer Umsteigstrecke zustößt, unter besonderen Umständen auf die Gefahren des Eisenbahnbetriebs ursächlich zurückzuführen und deshalb nach § 1 HaftpflG. als Betriebsunfall zu erklären ist. Dies gilt insbesondere von der durch den Bahnbetrieb erforderten Eile des Umsteigens.

4. **RG.** EisenbE. **30** 108. Ein Betriebsunfall liegt nur vor, wenn eine innere Beziehung zur Betriebstätigkeit der Bahn besteht. Gefährliche Bau- oder Betriebsanlagen der Bahn bilden nicht an sich, sondern nur im Zusammenhange mit ihrer Betriebstätigkeit Momente, die den Begriff des Betriebsunfalls erfüllen.

5. **RG.** LeipzZ. **13** 222, EisenbE. **29** 426. Kommt eine Milchhändlerin, die von der Eisenbahn die Erlaubnis erhalten hat, ihre Milchkannen persönlich auszuladen, nach dem Ausladen der Milchkannen auf der Ladebrücke zu Falle, so liegt ein Betriebsunfall nicht vor.

6. **RG.** JW. **13** 994. Wenn jemand beim Aufschlagen einer Türe durch einen im letzten Augenblick aufspringenden Reisenden infolge des engen Raumes in dem Eisenbahnwagen verletzt wird, so liegt ein Betriebsunfall vor.

7. **RG.** EisenbE. **29** 466. Wenn jemand einem andern beim Aufsteigen auf einen elektrischen Straßenbahnwagen behilflich ist und dabei zu Falle kommt und verunglückt, so liegt ein Betriebsunfall vor. Denn der Betriebsvorgang, nämlich die Fortbewegung des Wagens zu einer Zeit, als der Aufsteigende noch auf dem Trittbrette stand und deshalb noch der Stütze des Verunglückten bedurfte, bedingte das Nebenherlaufen des letzteren und hatte alsdann seinen Sturz zur Folge. Insoweit liegt ein direkter (innerer) Zusammenhang des Unfalls mit einem Betriebsvorgange vor, wobei es auch unerheblich war, ob der Aufsteigende sich wirklich in Gefahr befand, sofern der Verunglückte nur nach der ganzen Sachlage dies annehmen durfte.

II. Betriebsunternehmer. **RG.** EisenbE. **29** 90. Eine ausländische Eisenbahngesellschaft, die von der preußischen Staatsbahn eine Strecke gepachtet hat und daselbst den Verkehr selbständig leitet, indem sie die Züge regelmäßig aus eigenem rollenden Material zusammenstellt, mit ihrem eigenen Personal bedient und die Fahrpläne selbständig aufstellt, ist für diese Strecke Betriebsunternehmerin, auch wenn nach dem Vertrag ein Rangiermeister der preußischen Staatsbahn die

Rangierarbeiten zu leiten hat und ferner sämtliche Einnahmen aus dem Personen-, Gepäck- und Güterverkehre der preußischen Staatsbahn zu überlassen sind.

III. Höhere Gewalt. **RG.** EisenbE. **29** 336. Ein Unfall durch Zusammenstoß eines Straßenbahnwagens mit einem durchgehenden Gespanne beruht dann nicht auf höherer Gewalt, wenn der Führer des Straßenbahnwagens durch Geistesgegenwart und mutige Entschlossenheit den Unfall irgendwie vermeiden konnte.

IV. Eigenes Verschulden. 1. **RG.** JW. **13** 23, EisenbE. **29** 327. Es kommt namentlich auf verkehrsreichen Bahnstrecken in der Nähe von Hauptstationen häufig vor, daß Eisenbahnzüge, weil die Einfahrt nicht frei ist, vor der Station anhalten, und zwar nicht nur auf freier Strecke, sondern je nachdem auch auf einer Vorstation, die sonst von dem Zuge durchfahren wird. Hiermit muß der Reisende im Falle eines Anhaltens rechnen, ebenso wie damit, daß ein aus solchem Anlasse haltender Zug plötzlich und vielleicht mit einem Rucke sich wieder in Bewegung setzt. Wenn der Reisende in solchem Falle kein Ausrufen einer Station vernimmt, ihm auch sonst keine zuverlässigen Merkmale dafür, daß der Zug am Ziele angelangt ist, gegeben sind, so hat er wohl Anlaß, sich darüber anderweit zu vergewissern, sei es durch Ausschau aus Fenster oder Türe, sei es durch Befragen von Mitreisenden oder Bahnbediensteten. Unvorsichtig ist es, in einem derartigen Falle ohne jede nähere Information blindlings auszusteigen.

2. **RG.** EisenbA. **13** 1355. Wenn ein Reisender beim Aussteigen aus einem haltenden Zuge infolge Nachgebens einer auf dem Bahnsteige befindlichen Kiesaufschüttung zu Falle kommt, so ist der Hinweis darauf, der Verletzte habe die Kiesaufschüttung sehen müssen, nicht geeignet, ein Verschulden seinerseits zu begründen. Denn er konnte sich darauf verlassen, daß der Bahnsteig, auch wenn sich eine Kiesaufschüttung darauf befand, gefahrlos zu betreten und die Kiesaufschüttung am Rande genügend befestigt sein werde, wenn an der betreffenden Stelle das Halten des Zuges und das Aussteigen der Reisenden gestattet wurde.

3. **RG.** EisenbE. **29** 95. Das Aussteigen aus dem Eisenbahnwagen trotz hohen Abstandes des Trittbretts vom Erdboden darf sich ein gesunder Mensch zutrauen. Die Nichtinanspruchnahme des Betriebspersonals zur Hilfeleistung stellt kein eigenes Verschulden dar; denn eine solche Hilfeleistung ist weder allgemein üblich noch mit der Schleunigkeit des Eisenbahnbetriebs recht vereinbar.

4. **RG.** EisenbE. **29** 97. Das Aussteigen einer Frau aus einem außerhalb des Bahnsteigs haltenden Zuge ohne Inanspruchnahme mitreisender dritter Personen ist nicht als Verschulden anzusehen.

5. **RG.** EisenbE. **29** 98. Zwar wird der Fahrgast auch beim Passieren des Bahnsteigs sich mit gehöriger Vorsicht bewegen und auf Hindernisse aller Art, die sich ihm bei einem lebhaften Bahnhofsverkehre leicht überall in den Weg stellen können, besonders achtsam sein müssen. Immerhin wird man von einem Verschulden des Reisenden in der Regel nur dann reden können, wenn er leicht wahrnehmbare, in die Augen fallende Hindernisse übersieht.

6. **RG.** EisenbE. **29** 93. Wenn ein Fahrgast auf den Ruf „es brennt" in Verbindung mit einem Krachen und hellen Aufblitzen in der dadurch entstehenden Panik aus dem Wagen springt, statt hinauszusteigen, so liegt kein eigenes Verschulden vor.

7. **RG.** EisenbE. **29** 85. Eigenes Verschulden kann nicht darin erblickt werden, daß ein Eisenbahnfahrgast die Unterbringung einer umfangreichen Hutschachtel im Gepäcknetze durch einen Mitreisenden nicht beanstandet, wenn er von dem Gewichte der Hutschachtel (30 Pfd.) keine Kenntnis gehabt hat und infolgedessen nicht damit rechnen mußte, daß sie ihm beim Herabfallen gefährlich werden könnte.

8. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1095, EisenbahnE. **29** 35. Einen Fuhrmann, der sein auf das Eisenbahngleis geratenes Pferd vom Bahndamme herunterholen will und die unmittelbare Nähe des Zuges, weil er ihm durch das Pferd verdeckt wird, nicht be-

merkt, oder, als der Zug plötzlich aus dem Nebel unmittelbar vor ihm auftaucht, die Geistesgegenwart verliert und in der Bestürzung unzweckmäßig handelt, trifft kein Verschulden.

9. **RG.** EisenbE. **29** 320. Der Kläger hatte den linken Arm derart um die Plattformstange gelegt, daß der Arm über den Wagenrand hinausragte und bei dem lebhaften Berliner Straßenverkehre Verletzungen leicht ausgesetzt war. In dieser Stellung verharrte er, obwohl er den schwer lenkbaren Möbelwagen in solche gefahrdrohende Nähe herankommen sah, daß der Wagenführer bremsen mußte. Bei der nötigen Aufmerksamkeit hätte der Kläger die Gefahr erkennen können, und mit Recht ist daher in seinem Verhalten ein ursächliches Verschulden gefunden worden.

10. **RG.** EisenbE. **29** 58. Wenn der Unfall einen durch Alkohol geschwächten Körper getroffen und wenn auch dieser Umstand auf die Verletzung in ihrem nachherigen Krankheitsverlaufe verschlimmernd eingewirkt hat, so kann er dem Verletzten doch nicht als ein Selbstverschulden angerechnet werden, das schon bei der Entstehung des Schadens im Zeitpunkte des Unfalls mitgewirkt hätte. Es kommt höchstens in Betracht, ob etwa die Trunksucht bei Bemessung des Erwerbsverlustes des Verletzten im Verfahren über den Betrag des Anspruchs zu berücksichtigen ist.

V. Verhältnis des § 254 BGB. zum HaftpflG. 1. **RG.** JW. **13** 144, EisenbE. **29** 341, EisenbVereinsZ. **13** 197. Die ursächliche Mitwirkung der Betriebsgefahr neben dem schuldhaften Verhalten des Verletzten oder Getöteten rechtfertigt es nicht ohne weiteres, den Betriebsunternehmer zum teilweisen Schadensersatze für verpflichtet zu erklären. Andernfalls müßte bei jedem im Eisenbahnbetriebe vorkommenden Unfall eine wenigstens teilweise Schadensersatzpflicht angenommen werden, weil bei jedem derartigen Unfalle die Ursache mindestens zum Teil in der Betriebsgefahr zu suchen ist. Dieses Ergebnis steht aber mit § 1 im Widerspruche, der zweifelsfrei erkennen läßt, daß nicht jedes Mitwirken der Betriebsgefahr bei vorliegendem eigenen Verschulden eine Ersatzpflicht begründen soll.

2. **RG.** EisenbE. **29** 89. Wenn jemand auf einem ihm von einem Bahnbediensteten gewiesenen, aber nur für Angestellte der Bahn bestimmten Wege weitergeht, auch nachdem er gemerkt hat, daß er nicht auf dem richtigen Wege sein kann, so trifft ihn kein so schweres Verschulden, daß dagegen die Betriebsgefahr der Eisenbahn völlig zurückträte.

3. **RG.** EisenbE. **29** 320. Überschreitet jemand kurz vor Einlaufen eines Zuges, den er benutzen will, das Eisenbahngleis, so ist, zumal bei Verhältnissen, die eine erhöhte Betriebsgefahr bedeuten, das eigene Verschulden nicht stets als so groß anzusehen, daß jede Ersatzpflicht des Unternehmers ausgeschlossen wäre.

4. **RG.** EisenbA. **13** 299, EisenbE. **29** 317. Hat ein Fahrgast bei der Einfahrt eines Zuges, den er aus der entgegengesetzten Richtung erwartete, sich so nahe an das Gleise herangestellt, daß er von dem herankommenden Zuge erfaßt wurde, und verharrt er in dieser Stellung trotz der Signalpfiffe der Lokomotive und der Zurufe des Lokomotivpersonals, so liegt ein überwiegendes eigenes Verschulden vor. Darin, daß auf einer kleinen ländlichen Haltestelle eine besondere Absperrung der Gleise nicht vorgesehen ist, ist eine erhöhte Betriebsgefahr nicht zu erblicken.

5. **RG.** EisenbE. **29** 425. Ist das Arbeiten in unmittelbarer Nähe stark befahrener Gleise vermeidbar, und läßt es der Arbeiter außerdem an der nötigen Aufmerksamkeit gegenüber etwa herannahenden Zügen fehlen, so ist jeder Anspruch auf Schadensersatz zu versagen.

6. **RG.** EisenbE. **29** 328. Das eigene Verschulden, das darin zu erblicken ist, daß der durch Scheuwerden seiner Pferde verunglückte Fuhrwerksbesitzer trotz Herannahen eines Güterzuges und trotzdem er mit erheblichem Geräusch, Pfeifen und Ausstoßen von Dampf rechnen mußte, die Pferde nicht absträngte und die Zügel nicht kurz band, sondern ohne Vorsichtsmaßregeln das Aufladen fortsetzte, kann gegenüber

der Betriebsgefahr der Eisenbahn nicht als überwiegend angesehen werden, wenn der Wagen sich auf unebenem Feldboden eine Strecke weit von dem Bahnkörper entfernt befand und die Pferde ruhige Tiere waren.

7. **RG.** EisenbVereinsZ. **13** 1036. Wenn der Verletzte ohne jede Vorsichtsmaßregeln an einem Bahnübergang ohne Schranken auf den Bahnkörper gefahren und infolge des Warnungspfiffs der Lokomotive eines herannahenden Zuges das Pferd durchgegangen ist, so ist sein Verschulden so groß, daß auch unter Berücksichtigung der durch das Fehlen der Schranken und den Pfiff herbeigeführten Erhöhung der Betriebsgefahr die völlige Abweisung der Klage berechtigt erscheint.

8. **RG.** EisenbE. **29** 335. Wenn ein Fahrgast auf der Straßenbahn sich in gefährlicher Nähe der durch Kette oder Gitter nicht versperrten Abstiegtreppe aufstellt, so muß er sich in irgend einer Weise gegen die Gefahr des Absturzes sichern. Es ist rechtsirrig, in solchem Falle die Ursache des Absturzes lediglich in der eigentümlichen Betriebsgefahr der Straßenbahn zu suchen.

9. **RG.** JW. **13** 1112. Wer Gepäckstücke auf die Straßenbahn mitnimmt, die seine Bewegungsfreiheit beeinträchtigen, und dadurch gehindert wird, sich rechtzeitig und hinreichend festzuhalten, wird dadurch hinsichtlich der ihm bei der Benutzung der Straßenbahn obliegenden Sorgfaltspflicht nicht ohne weiteres entlastet.

§ 3 a. 1. **RG.** JW. **13** 322, EisenbE. **29** 440. Der Eisenbahnunternehmer hat auch die Folgen der Schädigung zu vertreten, die durch eine irrige Diagnose oder eine unrichtige Behandlung des zur Heilung zugezogenen Arztes herbeigeführt wurde, es sei denn, daß sie nicht auf der allgemeinen menschlichen und wissenschaftlichen Unvollkommenheit, sondern auf einem Kunstfehler des Arztes, also auf einem selbständigen Ereignisse beruhen, das die adäquat ursächliche Verknüpfung mit der Verletzung gelöst und einen neuen Ursachenverlauf eröffnet hat.

2. **RG.** EisenbE. **29** 454. Hat der Unfall das Hervortreten eines Bruches nur beschleunigt und ist mit Sicherheit oder mit an Gewißheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß der Bruch auch ohne den Unfall in kürzester Zeit ausgetreten sein würde, so ist nur der durch das vorzeitige Austreten des Bruches entstandene Schaden zu ersetzen.

3. EisenbE. **29** 192 (Hamburg). Der Betriebsunternehmer ist zur Erstattung der Kurkosten auch dann verpflichtet, wenn die Kur ohne Erfolg war. Entscheidend ist allein, ob nach den Grundsätzen von Treu und Glauben der Verletzte berechtigt war, ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

4. **RG.** EisenbE. **29** 432. Eine Rente auf die ganze Lebenszeit (wofern es sich nicht um eine Vergütung für vermehrte Bedürfnisse handelt) ist nur in dem Falle zuzuerkennen, wenn die künftige Gestaltung der Dinge zuverlässig dahin beurteilt werden kann, daß der Verletzte ohne den Unfall nach seinen persönlichen und beruflichen Verhältnissen in Verbindung mit seiner vor der Verletzung vorhandenen körperlichen Rüstigkeit bis ans Lebensende oder doch bis ins höchste Greisenalter erwerbstätig geblieben sein würde.

5. **RG.** EisenbE. **29** 380. Es besteht keine Vermutung dafür, daß eine Erwerbsbeschränkung im Zweifel andauern werde, vielmehr hat der Schadensersatz fordernde Kläger auch die Dauer der behaupteten Erwerbsbeschränkung nachzuweisen. Der § 323 ZPO. kommt nur in Frage, wenn zurzeit der Urteilsfällung eine Feststellung des Aufhörens der Erwerbsbeschränkung nicht möglich ist.

6. **RG.** EisenbE. **30** 107. Läßt sich eine Änderung der für die Bemessung der Haftpflichtrente maßgebenden Verhältnisse nicht erwarten, so ist ihre Zubilligung bis zum Ende der normalen Erwerbsfähigkeit gerechtfertigt.

7. EisenbE. **29** 468 (Colmar). Ein Verletzter, der zwar seine bisherige Berufstätigkeit nicht mehr ausüben kann, aber doch befähigt ist, sich in einem anderen Beruf einen Erwerb zu verschaffen, ist verpflichtet, zur Verminderung des Schadens durch

Wahl eines anderen Berufs beizutragen, auch wenn er zu diesem Zwecke genötigt ist, sich die dazu erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten erst anzueignen, also z. B. eine neue Lehrzeit auf sich zu nehmen.

8. **RG.** EisenbE. **29** 340. Befand sich der Verletzte zur Zeit der Verletzung in einer augenblicklich ungünstigen und nicht einträglichen, seiner Erwerbsfähigkeit nicht entsprechenden Erwerbslage, so kann dieser ungünstige Zufall dem Schadensersatzpflichtigen nicht zugute kommen. Maßgebend ist vielmehr der Gebrauch, den die verletzte Person nach den Verhältnissen, in denen sie lebt, in der Zeit nach dem Unfall ohne dessen Dazwischentreten von ihrer Erwerbsfähigkeit voraussichtlich gemacht haben würde.

9. **RG.** JW. **13** 99, EisenbE. **13** 331. Ob bei der Verletzung einer Ehefrau diese als geschädigt anzusehen ist oder ihr Mann, hängt von dem die Ehe beherrschenden Güterrecht ab. Beim gesetzlichen Güterstande bedeutet der Wegfall oder die Verminderung der Fähigkeit der Frau zur Leistung häuslicher Arbeiten in erster Linie einen Schaden des Mannes. Das schließt aber nicht aus, daß wenigstens mittelbar auch ein Schaden der Frau entsteht, so wenn durch die Minderung der Arbeitsfähigkeit der Frau die Erwerbsverhältnisse des Mannes verschlechtert oder durch die Ausgaben für unzureichende Hilfskräfte seine Einnahmen so weit aufgezehrt werden, daß dadurch der Unterhalt der Frau beeinträchtigt oder wenigstens gegen früher geschmälert wird. Ein Schaden der Frau kann aber ferner auch insoweit in Betracht kommen, als eine Einbuße in der möglichen künftigen Ausnutzung ihrer Erwerbskraft nach Auflösung der Ehe feststellbar ist und soweit durch den erlittenen Unfall ihre Bedürfnisse vermehrt sind.

10. **RG.** SeuffA. **68** 236, EisenbE. **30** 83. Die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Ehefrau hat wegen verminderter Erwerbsfähigkeit durch eine Körperverletzung einen selbständigen Anspruch auf Ersatz des vollen Schadens.

§ 8. RG. JW. **13** 22, EisenbE. **29** 326. Die zweijährige Verjährungsfrist des § 8 gilt entsprechend auch für die nach § 323 ZPO. zu erhebenden Ansprüche auf Erhöhung der Rente, und zwar beginnt sie für diese Ansprüche mit dem Zeitpunkt, in dem die wesentliche Veränderung der ursprünglich maßgebenden Verhältnisse eingetreten ist.

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Vorbemerkung: Die durch das neue Gesetz entstandenen Streitfragen beginnen sich zu klären. In vielen Fällen hat die Rechtsprechung, insbesondere des RGs., Klärung gebracht. In manchen Fragen hat das RG. früher aufgestellte Ansichten aufgegeben, so vor allem in der Frage, ob die Verbringung von Waren aus einer Geschäftsstelle des Ausverkaufenden in eine andere Geschäftsstelle als Nachschieben anzusehen sei. Das RG. bejaht nunmehr die Frage (vgl. zu § 8 Ziff. 3).

Literatur: Aichele, Ausverkaufswesen, WürttZ. **13** 52. — Alexander-Katz, D.R.P.a., DJZ. **13** 92. — Cahen, Über die sogenannte rückwirkende Kraft des § 16 des unlauteren Wettbewerbgesetzes, LeipzZ. **13** 532. — Fehr, Die Einigungsämter in Sachen des unlauteren Wettbewerbes, GoldschmidtsZ. **73** 147. — Finger, Ware und gewerbliche Leistung im Sinne des Wettbewerbsgesetzes, WürttRpflZ. **13** 36. — Derselbe, Ausverkauf und Sonderangebot, MschutzuWettbew. **12** 320. — Fuld, Die Ausverkaufsverordnungen und die Konkursordnung, R. **14** 360. — Hartmann, Rechtsungültigkeit einer Ausführungsverordnung betreffend Ausverkäufe, GewRschutz **13** 60. — Kirchberger, Die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen für Klagen aus dem Wettbewerbsrechte, MschutzuWettbew. **13** 12. — Lobe, § 8 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Festschrift für Wach). — Rosenthal, Das Anwendungsgebiet der Unterlassungsklage, LeipzZ. **12** 608. — Wernike, Die Ausverkaufsentscheidungen des Reichsgerichts, LeipzZ. **13** 577. — Willemsen, Die Bedeutung des Wortes „Selbstkostenpreis", MschutzuWettbew. **12** 327.

§§ 1 ff. 1. SchlHolstAnz. **13** 211 (Kiel). Verhältnis des BGB. zum UnlWG. Das BGB. tritt nicht nur dann ein, wenn das Sondergesetz eine Lücke aufweist, sondern es ist auch, wenn ein Tatbestand sowohl den Bestimmungen des UnlWG. wie denen des BGB. entspricht, der Verletzte berechtigt, aus beiden Gesetzen vorzugehen.

2. *Fehr, GoldschmidtsZ. **73** 147 ff. Streitigkeiten im Gebiete des unlauteren Wettbewerbes können dem „Einigungsamt in Sachen des unlauteren Wettbewerbes" unterbreitet werden. Die Parteien unterwerfen sich dem Amte durch den Einigungsvertrag. Der Einigungsvertrag ist kein Schiedsvertrag im Sinne der ZPO. Zweck ist Klärung und Schlichtung des Streites auf rein gütlichem Wege. Entscheidungsgewalt kommt dem Einigungsamte nicht zu. — Die Einigungsämter sind errichtet bei vielen Handelskammern; in Berlin bei den Ältesten der Kaufmannschaft.

3. Rosenthal, GewRschutz **13** 92, über die Gesetzesvorschläge betreffend das Zugabeunwesen.

§ 1. 1. Fuld, GewRschutz **13** 11. Über Stempel auf Zeichnungen. Mißbrauch von Markzeichnungen untersteht regelmäßig dem § 1. S. ob. § 826.

2. *Schmitt, JW. **13** 669 ff. Wenn dieselbe unlautere Handlung mit Unterlassungsklage verfolgt werden kann und zugleich mit öffentlicher Strafe bedroht ist, dann ist der Anspruchsberechtigte, entgegen der vom **RG.** JW. **11** 981 und **13** 35 vertretenen Anschauung, nicht auf die Strafanzeige oder den Strafantrag beschränkt, sondern kann im Zivilrechtsweg auf Unterlassung klagen. Denn der urteilsmäßig anerkannte Unterlassungsanspruch kann mit wirksameren Zuwiderhandlungsstrafen erzwungen werden, als sie das Strafgesetz zumeist androht, der Anspruch auf öffentliche Bekanntmachung des Urteils besteht nur im bürgerlichen Rechtsstreite (§ 23 Abs. 4 UnlWG.), in welchem auch noch Fälle mit der Unterlassungsklage verfolgt werden können, deren Strafverfolgung bereits verjährt ist. Auch die bürgerlichrechtliche Haftung des § 13 Abs. 3 UnlWG. für fremdes Tun reicht weiter als jede strafrechtliche Verantwortlichkeit. Vgl. §§ 823 ff.

3. Rosenthal, LZ. **12** 608, teilt die Hauptanwendungsfälle der Unterlassungsklage mit.

4. **RG.** JW. **13** 274. Es unterliegt keinem Zweifel, daß Wettbewerbshandlungen, bei denen das Mittel der Täuschung angewandt wird, gegen die guten Sitten verstoßen. Es bestehen aber Bedenken, ob der Berufungsrichter den Begriff der Täuschung zu eng aufgefaßt hat; er hat geglaubt, die Täuschung feststellen zu können, weil die Beklagte in dem Schreiben vom 13. Dezember 1910 verschwiegen habe, daß sie im Jahre 1911 (infolge eines mit der Klägerin geschlossenen Vergleichs) nicht mehr nach Ungarn verkaufen dürfe, und weil sie in dem Schreiben so getan habe, als ob die Kunden in ihrem, der Kunden, eigensten Interesse der Beklagten, noch vor Weihnachten 1910 ihren gesamten Jahresbedarf für 1911 aufgeben sollten. Dabei scheint der Berufungsrichter übersehen zu haben, daß eine Offenbarungspflicht der Beklagten dahin: sie dürfe nach dem 1. Januar 1911 nicht mehr nach Ungarn verkaufen, jedenfalls nicht bestand (derartige Offenbarungen der Kundschaft gegenüber im Handel auch nicht gebräuchlich sind), sowie ferner, daß in den an die Kundschaft gerichteten Angeboten und Reklamen regelmäßig das eigenste Interesse der Kundschaft hervorgehoben und betont wird. Daß in anderer Weise eine Täuschung bewirkt sei, ist aus dem Berufungsurteil nicht ersichtlich.

5. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 512, R. **13** Nr. 1666. In Handel und Verkehr ist es eine durch Ehrlichkeit, Sitte und Anstand gebotene Pflicht eines jeden Gewerbetreibenden, seine Firma und seine Waren tunlichst von denen der Konkurrenten zu unterscheiden und Verwechselungen zu verhüten. Wenn im Widerspruche mit diesem Grundsatze der Bestandteil „Warenhaus für Deutsche Beamte" in die Firma der Beklagten gerade zu Zwecken des Wettbewerbes mit der Klägerin, welche sich der

Bezeichnung „Alleinige Verkaufsstelle des Warenhauses für Deutsche Beamte“ befugterweise bedient, aufgenommen ist und von der Beklagten in Kenntnis der Sachlage beibehalten und benutzt wird, um Verwechselungen herbeizuführen und bei dem Publikum irrige Vorstellungen hervorzurufen, so verstößt eine solche Handlungsweise sowohl seitens der Gründer der Gesellschaft als auch seitens der Gesellschaft selbst gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und damit gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UnlWG.

6. **RG.** JW. **13** 441, GewRschutz **13** 182. Handelt es sich im wirtschaftlichen Kampfe zweier großen Interessengruppen — Alkoholfreunde und Alkoholgegner — um Fragen von allgemeinem Interesse und grundverschiedener Anschauung, so ist dieser Gesichtspunkt bei Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, zu berücksichtigen. Der Entscheidung des Berufungsgerichts liegt die Auffassung zugrunde, daß es sich bei dem Streitfall um einen wirtschaftlichen Kampf zweier großen Interessengruppen handelt, nämlich einesteils der Gegner des Alkohols und der von ihren Bestrebungen jedenfalls Nutzen ziehenden Vertreter derjenigen Geschäfte, die alkoholfreie Getränke vertreiben, andernteils derjenigen Gewerbetreibenden, die alkoholhaltige Getränke, namentlich Bier und Wein verkaufen, und daß dieser Kampf bei der Wichtigkeit der einander entgegenstehenden Interessen hüben und drüben scharfe Formen angenommen hat. Nun können zwar auch derartige wirtschaftliche Kämpfe großer Interessengruppen durch die Wahl der Kampfmittel in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise ausarten, und es liegt deshalb kein Grund vor, auf sie grundsätzlich die Anwendbarkeit des UnlWG. auszuschließen. Immerhin ist jedoch der Umstand, daß es sich um Fragen von allgemeinem Interesse und von grundverschiedener Anschauung handelt, bei Entscheidung des einzelnen Streitfalles von Bedeutung, und bei Würdigung der Art und Weise der Führung des Kampfes nicht außer Betracht zu lassen.

7. **RG.** R. **13** Nr. 595. Es verstößt an sich nicht schon gegen die guten Sitten, wenn im Wettbewerbe der eine Konkurrent eine gegebene Sachlage zu seinem Vorteile, sei es auch zum Nachteile des andern, auszunutzen sucht; das liegt vielmehr vielfach im Wesen des Wettbewerbskampfes; es kommt nur auf das Mittel an, mit dem, auf die Art und Weise, in der der Vorteil erstrebt wird.

8. **RG.** JW. **13** 325, MschutzuWettbew. **12** 408, R. **13** Nr. 596. Im Geschäftsverkehr ist ein bewußtes Hinwirken auf einen Vertragsbruch seitens eines Dritten in der Regel ein sittenwidriges. Nur im einzelnen Falle vermögen die begleitenden Umstände die Sittenwidrigkeit auszuschließen. Ein sittenwidriges Verhalten liegt dagegen nicht vor, wenn derjenige, der den Vertrag verletzt, von vornherein die Absicht hatte, seinen Vertragspflichten zuwiderzuhandeln, und der andere die Gelegenheit nur so benutzt, wie sie sich ihm darbietet. Klage auf Unterlassung gegen den neuen Geschäftsherrn eines durch Vertragsbruch festengagierten Angestellten gegen den neuen Geschäftsherrn.

9. **RG.** LeipzZ. **13** 383, R. **13** Nr. 1044. In dem ohne Täuschungsabsicht erfolgten Erwerb eines rechtsgültig und unanfechtbar entstandenen Zeichens und auch in der ohne Täuschungsabsicht erfolgten Benutzung des Zeichens ist eine sittenwidrige unehrenhafte Handlung des Zeicheninhabers nicht deshalb zu erblicken, weil sein Amtsvorgänger das Zeichenrecht in unlauterer Absicht erworben hat, selbst wenn der Zeicheninhaber diese Absicht zur Zeit seines Erwerbes gekannt hat.

10. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 645, R. **13** Nr. 2192. Es widerspricht den Grundsätzen des geschäftlichen Anstandes, für die eigene Ware eine Bezeichnung zu wählen, die ihre Zugkraft den Leistungen der Konkurrenz verdankt und die geeignet und darauf berechnet ist, Verwechselungen zwischen der eigenen und fremden Ware herbeizuführen und durch dieses unlautere Mittel den Absatz der eigenen Ware zu fördern.

11. **RG.** R. **13** Nr. 2500. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt nicht vor, wenn der Beklagte in Ausübung der ihm vermeintlich zustehenden Rechte gehandelt hat und sich dazu für berechtigt halten konnte, auch wenn er sich dabei bewußt war, daß er dadurch den Irrtum hervorrufe, daß seine Waren von dem Kläger herrühren.

12. GewRschutz **13** 114 (Karlsruhe). Die Lieferung von Waren unter der Angabe, dieselben seien Originalfabrikate einer bestimmten Firma, verstößt im Falle der Unwahrheit gegen § 1.

13. MschutzuWettbew. **13** 38 (Hamm). Der Verkauf eines Markenartikels gegen den Willen des Fabrikanten und unter dem von diesem festgesetzten Detailpreis verstößt nicht gegen die guten Sitten, selbst wenn der Verkäufer den Artikel von einem vertragsbrüchigen Kunden des Fabrikanten bezogen hat.

14. FrankfRundsch. **47** 28 (Frankfurt). Verstoß gegen § 1, wenn jemand seiner Ware Wertqualitäten beilegt, die sie nicht besitzt, um damit zum Kaufe anzureizen.

15. OLG. **27** 262, HansGZ. **13** Hptbl. 269, GewRschutz **13** 230 (Hamburg). Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn jemand die wirksame Reklame eines anderen für sich in täuschender Weise ausnutzt, selbst dann, wenn klar ersichtlich ist, daß die nachgeahmte Reklame ein anderes Fabrikat anpreisen will.

16. HessRspr. **14** 68 (Darmstadt). Gegen die guten Sitten verstoßende Wettbewerbshandlungen im Sinne des § 1 sind vorzugsweise solche, die zum Zwecke der Täuschung vorgenommen worden sind.

17. **RG.** R. **13** Nr. 2191, MschutzuWettbew. **12** 508. Wer, ohne weiter in Verbindung mit einem altberühmten Geschäft zu bleiben, sich durch Vorschiebung des gleichen Familiennamens und Wappens dessen Ruf erschleicht, handelt wider die guten Sitten.

18. OLG. **27** 289, MschutzuWettbew. **13** 113 (Königsberg). Gewährt ein Inhaber eines Lichtspieltheaters auf die von einem anderen ausgegebenen Vorzugs karten gleichfalls eine Preisermäßigung, so liegt darin kein Verstoß gegen § 1.

19. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 247 s. IDR. **11** § 1 Ziff. 13 b.

20. **RG.** R. **13** Nr. 894. Die Löschung eines Warenzeichens kann, obwohl die Eintragung desselben in einer formell nach dem Warenbezeichnungsgesetze zulässigen Weise erlangt ist, auf Grund des § 826 BGB. und nicht weniger des § 1 UnlWG. dann verlangt werden, wenn die Erwirkung der Eintragung einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält.

21. **RG.** GewRschutz **13** 18 s. IDR. **11** § 1 Ziff. 26. (Anspruch auf Löschung eines Warenzeichens; Gleichheit des Familiennamens.)

22. **RG.** DIZ. **13** 1322. Verstoß gegen die guten Sitten durch Verwendung des von einem anderen herausgegebenen Druckwerkes zu Zwecken des unlauteren Wettbewerbes.

23. MschutzuWettbew. **12** 584 (LG. Breslau). Preisschleuderei bei Markenartikeln. Verleitung zum Vertragsbruche.

24. Alexander-Katz. Die Bezeichnung „D. R.-P." kann gegen §§ 1, 4 UnlWG. verstoßen (s. u. § 3 Ziff. III B 24).

25. OLG. **27** 265 (KG.). Über die Benutzung von Vordrucken anderer Firmen.

26. OLG. **27** 291 (KG.). Unrichtige Behauptungen in einer Reklameschrift verstoßen nicht ohne weiteres gegen § 1.

§ 3. I. Allgemeine Voraussetzungen.

1. **RG.** R. **13** Nr. 2503. § 3 behandelt das unwahre Anpreisen der eigenen Waren und Leistungen (oder auch der Waren und Leistungen eines Dritten), § 14 das zu Schädigungen geeignete, unbegründete Herabsetzen der Waren und Leistungen eines anderen. Im vorliegenden Falle hat die Beklagte nach den getroffenen Feststellungen ihren Waren und ihren Leistungen Vorzüge beigelegt, die sie nicht besitzen, insbesondere den Vorzug, daß ihr Fabrikat reiner sei als das Fabrikat jedes Kon-

kurrenten. Damit hat sie unrichtige Angaben über ihre geschäftlichen Verhältnisse, insbesondere über ihre gewerblichen Leistungen gemacht und also, da diese Angaben geeignet waren, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, den § 3 Ges. verletzt, (vgl. JW. **01** 211 Nr. 14). § 14 Ges. betrifft einen ganz anderen Tatbestand, als er hier vom Berufungsrichter nur festgestellt ist.

2. OLG. **27** 273 (KG.). In Fällen, in denen nachgewiesen ist, daß kein Wettbewerb bezweckt war, kann auch § 3 nicht angewendet werden. (Der Beklagte, Schriftleiter des T. Anzeigers hat Tonziegel im Gegensatz zu Kalksandstein als empfehlenswert hingestellt). Vgl. Braunschweig ebd. 283.

II. Öffentliche Mitteilungen.

1. MschutzuWettbew. **13** 118 (LG. Detmold). Plakate, Prospekte und Etiketten als Ankündigungen, öffentliche Bekanntmachungen und Mitteilungen an einen großen Personenkreis.

2. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 70. Ausstellen von Photographien ist eine für einen größeren Personenkreis bestimmte Mitteilung.

III. Unrichtige Angaben. (JDR. **11** § 3 Ziff. II u. das. Angef.).

A. Allgemeines. 1. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 288. Die Auffassung der Verkehrskreise, für die eine Veröffentlichung bestimmt ist, entscheidet darüber, ob in einem Prospekte lediglich die Wiedergabe wissenschaftlicher Forschungen anderer über die Vergleichungen von Anbauversuchen enthalten ist, oder ob diese Angaben unrichtige und irreführende sind.

2. SchlHolstAnz. **13** 289 (Kiel). Maßgebend ist, wie die Anzeige vom Durchschnittspublikum aufgefaßt wird. Läßt eine Kundgebung eine verschiedene Auslegung zu, ist sie mehrdeutig, so ist sie unrichtig im Sinne des § 3 schon dann, wenn anzunehmen ist, daß wenigstens ein Teil des Publikums sie in dem Sinne verstehen wird, in dem sie unrichtig ist.

3. **RG.** R. **13** Nr. 3298. Entscheidend für die Feststellung, daß unrichtige Beschaffenheitsangabe durch die Verwendung einer Bezeichnung der Ware gemacht ist, ist die Durchschnittsauffassung der beteiligten Verkehrskreise.

4. SchlHolstAnz. **13** 293 (Kiel). Eine offene Handelsgesellschaft haftet für die Wettbewerbshandlungen eines offenen Handelsgesellschafters, wenn sie innerhalb des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft erfolgt sind.

5. OLG. **27** 279 (KG.). Ob es sich um ein bloßes Urteil oder eine tatsächliche Angabe in Form eines Urteils handelt, richtet sich danach, ob sich die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Behaupteten objektiv feststellen läßt. Die Behauptung, eine Zeitung sei die gelesenste, d. h. ob sie in einer größeren Auflage als die übrigen Zeitungen verbreitet wird, läßt sich nachprüfen.

B. Einzelne Fälle.

1. SchlHolstAnz. **13** 148 (Kiel). Das Recht zur Veröffentlichung eines wegen unlauteren Wettbewerbes ergangenen Urteils ist zwar nicht von einem richterlichen Ausspruch abhängig, die Art der Veröffentlichung kann aber selbst wieder gegen das UnlWG. verstoßen.

2. Willemsen. Unter Selbstkosten werden bald die „engeren Selbstkosten", bald die „erweiterten Selbstkosten" verstanden. Erstere bestehen aus dem Fakturenpreise, zuzüglich der auf der Ware lastenden direkten Spesen, Fracht, Steuer usw., letztere ergeben sich, wenn zu den engeren Selbstkosten die indirekten oder allgemeinen Unkosten hinzugerechnet werden. Selbstkostenpreis kann nur im Sinne der engeren Selbstkosten aufgefaßt werden.

3. **RG.** R. **13** Nr. 2502. Die Bestimmung des § 5, wonach die Verwendungen von Namen nicht unter § 3 fallen, greift nicht Platz, wenn ein Name in Anzeigen, die

an das große Publikum gerichtet sind, für dieses die Bedeutung einer Herkunftsbezeichnung hat (Singer Nähmaschinen).

4. Ankündigung „Fabrik", „Fabrikpreise".

a) **RG.** MschutzuWettbew. **12** 470. Firmenbezeichnung „Konfektionshaus zur großen Fabrik". Es kommt bei der Bezeichnung „Fabrik" lediglich darauf an, wie das Publikum die Ankündigung versteht.

b) OLG. **27** 270 (KG.). Unrichtige Bezeichnung eines Betriebs als Fabrik. Die Bezeichnung wird vom Publikum als Gegensatz zum Zwischenhandel als auch zum Handwerk aufgefaßt. — Vgl. KG. ebd. 271 über die Bezeichnung „Drehrollenfabrik".

c) SeuffA. **68** 183 (Dresden). Unlauterer Wettbewerb, begangen dadurch, daß die Inhaber einer Fabrik, die in dieser Fabrik erzeugten Waren durch eine anderes von ihnen gleichfalls betriebenes, vom Sitze der Fabrik getrennt gelegenes Geschäft vertrieben. Der Vertrieb erfolgte in den anderen Geschäften unter der Firma dieses Geschäftes, das von den Inhabern der Fabrik von dem früheren Inhaber erworben und mit der früheren Firma fortgeführt war. Die jetzt vertriebene Ware war minderwertig. OLG. führt aus: setzt im Falle der Veräußerung des Unternehmens der Nachfolger die Warenerzeugung fort, so bleibt ihm, solange nicht persönliche Umstände dies ausschließen, auch diese Anerkennung von seiten des Publikums bewahrt, und er kann noch sicherer auf die Aufrechterhaltung dieses Ansehens rechnen, wenn er die Kontinuität seines Betriebs mit dem bisherigen durch die Weiterführung der Firma verbreitet.

d) SchlHolstAnz. **13** 289 (Kiel). Ankündigung eines Verkaufs zu Fabrikpreisen. Fabrikpreise sind nur diejenigen Preise, zu denen der Fabrikant an den Zwischenhändler abgibt, nicht die Preise, zu denen der Fabrikant im einzelnen verkauft.

e) MschutzuWettbew. **12** 586 (LG. Colmar). Unterschied zwischen „Fabrikpreis" und „Katalogpreis".

f) OLG. **27** 283, MschutzuWettbew. **12** 360, GewRschutz **13** 44, Anm. (KG.). Die Bezeichnung „Erste Fabrik" ist eine Angabe über geschäftliche Verhältnisse, die geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken.

g) SächsRpflA. **13** 378 (Dresden). Bezeichnung eines handwerksmäßigen Gewerbes als „Fabrik" ist unzulässig. Die Bezeichnung eines Unternehmens als Werk setzt ein großindustrielles Unternehmen voraus, das in eigenen Fabrikräumen mit großer Arbeiterzahl betrieben wird (**RG.** MschutzuWettbew. **11** 156).

5. MschutzuWettbew. **13** 114 (Königsberg). Die Ankündigung „Werkstätten mit Maschinenbetrieb, selbstgefertigte Wohnungen" fällt, wenn sie wahrheitswidrig ist, unter § 3, im Gegensatze zu bloßen geschäftlichen Übertreibungen.

6. HansGZ. **13** Hptbl. 78 (Hamburg). Unter Partiewarengeschäft ist auch ein Geschäft zu verstehen, das, wenn es sich auch in erster Linie mit Erwerb und Weiterveräußerung von Partiewaren befaßt, doch aushilfsweise reguläre Waren in verhältnismäßig geringer Menge zur Vervollständigung seines Warenbestandes einkauft und vertreibt.

7. GewRschutz **13** 112 (KG.). Vgl. JDR. **11** § 3 Ziff. II B 6. Unter Industrie versteht man landläufig nicht den Handel. Im engeren Sinne versteht man unter „Industrie" vielmehr nur die Be- und Verarbeitung von Rohstoffen und Halbfabrikaten im Gegensatz zur Urproduktion (Landwirtschaft, Bergbau, Jagd und Fischerei). Für den Zwischenhandel ist das Wort Industrie nicht zulässig.

8. **RG.** R. **13** Nr. 2357. Eine unrichtige Angabe ist darin zu finden, daß jemand auf seinen Waren als Aufdruck ein Hoflieferantenprädikat führt, das

ihm zwar verliehen ist, zu dessen Führung er aber nach den inländischen Vorschriften nicht befugt ist.

9. WürttJ. **25** 151 (Stuttgart). Unrichtige Angabe durch Mitteilung des Geschäftsjahrs „gegründet 1682". Unterschied zwischen der Behauptung, daß die Firma im Jahre 1682 gegründet und daß das Geschäft in diesem Jahre gegründet sei.

10. SächsRpflA. **13** 379 (Dresden). Verstoß gegen § 3 durch unrichtige Angabe auswärtiger Zweigniederlassungen.

11. OLG **27** 271, MecklZ. **32** 70 (Rostock). Unrichtige Ankündigung durch Bezeichnung „Niederlage der Schuhfabrik M. T.".

12. RheinA. **111** I 11 (Cöln). Unrichtige Ankündigung eines „Musterlagers". Musterlager sind nur solche Lager, die von Großfirmen eingerichtet werden.

13. MschutzuWettbew. **13** 113 (Hamm). Eine im Binnenlande ansässige Firma darf sich nicht „Hamburger Importhaus" nennen.

14. MschutzuWettbew. **12** 668 (Celle). In der Bezeichnung „einzige Spezialbuchhandlung für Rechts- und Staatswissenschaften am Platze" ist nach Lage des Falles ein Verstoß gegen § 3 erblickt worden.

15. MschutzuWettbew. **13** 33, HansGZ. **13** Hptbl. 105 (Hamburg). Verstoß gegen UnlWG., wenn ein Geschäft, das sich hauptsächlich mit dem An- und Verkauf von Hypotheken und außerdem mit der Gewährung von Darlehen befaßt, sich als Bankgeschäft bezeichnet.

16. OLG. **27** 277 (KG.). Verkauf zu einem höheren als dem ausgezeichneten Preise. Wenn jemand das Pfund Kasseler zu 70—75 Pfg. anzeigt, so ist damit eine Durchschnittsware gemeint. Die besten Fleischstücke können nach der Durchschnittsauffassung des Publikums teurer verkauft werden.

17. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 648. Die Ankündigung eines besonders billigen Artikels (Lockartikel) verletzt das Gesetz, wenn von diesem Artikel nur beschränkte Mengen zu dem angekündigten Preise abgegeben werden, bei größeren Mengen dagegen ein höherer Preis gefordert wird.

18. SchlHolstAnz. **13** 293 (Kiel). Inserate mit der unrichtigen Behauptung, daß ein privates Gelegenheitsangebot vorliege, fallen unter § 3.

19. Ankündigung sog. Privatgelegenheitskäufe.

a) **RG.** (Straff.) **46** 275. Ankündigung eines sog. privaten Gelegenheitskaufs. Der Einwand ist unerheblich, daß Kauflustige an Ort und Stelle sogleich sehen können, es handle sich entgegen dem Inhalte der Ankündigung weder um einen Privatverkauf, noch um einen Gelegenheitskauf.

b) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 181. Vortäuschung eines Privatgelegenheitskaufs. Vgl. **RG.** ebd. **13** 18.

20. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 407. Ankündigungen eines Geldgebers, die den Anschein erwecken, als handele es sich um eine gesellschaftliche Gesamthaftung.

21. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 70. Unwahre Angaben über die Heilwirkung von Waren; unwahre Angabe, das Heilmittel sei gesetzlich geschützt.

22. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 558. Unrichtige Angaben über eine Heilmethode.

23. ElsLothJZ. **13** 294 (Colmar). Bezeichnung eines Geschäftes als „Amerikanische Photographie" trotz eines schon bestehenden Geschäfts mit der Bezeichnung „Amerikanischer Photographie-Salon".

24. Anzeige „patentamtlich geschützt" und ähnl. (vgl. oben § 1 Ziff. 24).

a) OLG. **27** 269 (Braunschweig). Die Bezeichnung „patentamtlich geschützt". Keine unzulässige Bezeichnung nach Lage des Falles, obwohl es sich nie um Gebrauchsmuster handelte.

b) OLG. **27** 293 (KG.). Die Angabe „patentiert" statt „mustergeschützt" verstößt gegen das Gesetz.

c) OLG. 27 268 (Hamburg). Die Bezeichnung „patentierte Neuheit" als unlautere Reklame.

d) OLG. 27 268 (KG.). Unterlassung der Bezeichnung „gesetzlich geschützt".

e) MschutzuWettbew. 13 115 (Cassel). Klage auf Unterlassung der Bezeichnung des Fabrikats der Beklagten als Patentform. Der Vermerk D. R.-P. als auf Täuschung berechnet festgestellt.

25. **RG. 80** 273, JW. **13** 54. Klage auf Verurteilung des Beklagten, sich als „Hoflieferant Seiner Heiligkeit des Papstes und der heiligen apostolischen Paläste" zu bezeichnen. Entziehbarkeit des Titels. Die Fortführung in solchem Falle verstößt gegen § 3 UnlW.

26. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 181. Unrichtige Ankündigung der Nähmaschinen als Originalfabrikate.

27. Zahnheilkunde.

a) **RG.** GewRschutz. **13** 348, DJZ. **13** 1500. Die Ankündigung von „schmerzlosen Zahnoperationen" als unlauterer Wettbewerb. Die Angabe ist nur dann wahr, wenn der Ankündigende zur Vornahme derartiger Operationen imstande ist.

b) **RG.** MschutzuWettbew. **12** 474. Die Ankündigung schmerzlosen Zahnziehens als wissentlich unwahre zur Irreführung geeignete Angabe. Vgl. **RG.** ebd. 647.

c) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 341, GewRschutz **13** 111. Die Ankündigung schmerzlosen Zahnziehens ist eine wissentlich unwahre, zur Irreführung geeignete Angabe.

d) OLG. 27 266, BadRpr. **13** 211 (Karlsruhe). Die Ankündigung „Dentist, vormals mehrjähriger Assistent und Vertreter des Hofzahnarztes . . . ." ist eine unrichtige Angabe, wenn es sich nicht um einen Zahnarzt, sondern um einen Zahntechniker handelt. Unter dem Assistenten eines Zahnarztes versteht man einen Mann mit wissenschaftlicher Vorbildung in der Zahnheilkunde. Die Hinzufügung „Dentist" ändert an dem Umstande nichts, daß die Ankündigung den Anschein erweckt, als sei der Ankündigende als Assistent ein wissenschaftlich vorgebildeter Mann.

28. **RG.** (Straff.) **46** 321. Wer sich in Ankündigungen von Waren Apotheker nennt, ohne die Approbation zu besitzen, verstößt gegen §§ 3 und 4 UnlWG. Indem der Angeklagte sich die Bezeichnung „Apotheker" im geschäftlichen Verkehr und beim Vertriebe der von ihm hergestellten Arzneimittel beilegte, machte er Angaben über geschäftliche Verhältnisse, nämlich unmittelbar über geschäftliche Eigenschaften, die ihn als Verfertiger der Heilmittel angeblich zukamen. Darin sind ferner auch Angaben über die Beschaffenheit der von ihm hergestellten Waren enthalten, insofern deren Güte notwendig von den Fähigkeiten und Eigenschaften des Herstellers abhängt.

29. Zeitungswesen. a) **RG.** (Straff.) GewRschutz **13** 19, MschutzuWettbew. **12** 181. Unlautere Reklame durch Anpreisung, daß die Abonnenten einer Zeitung gegen Unfall versichert seien. Das Publikum faßt die Anzeige dahin auf, es werde beim Angeklagten zu den sonst bei ähnlichen Unternehmungen üblichen Versicherungsbedingungen versichert, und es werde auch einen entsprechend zu verwirklichenden Versicherungsanspruch gegen einen zahlungsfähigen Versicherer erlangen. Nach beiden Richtungen sind die Angaben des Versicherers unwahr.

b) OLG. 27 279 (KG.). Auflage einer Zeitung. Dies wird so verstanden, daß darunter die regelmäßige Verbreitung der Zeitung überhaupt, auch an nicht zahlende Geschäftsleute, Gastwirte usw. gemeint ist.

30. OLG. 27 267, MschutzuWettbew. **12** 358 (KG.). Bezeichnung als Architekt. Man versteht darunter einen Fachmann, der Entwürfe, Zeichnungen von Gebäuden, Möbeln, Gärten usw. in mehr oder weniger geschmackvoller Weise, selbständig anfertigen kann, ohne daß er des Nachweises besonders künstlerischer Vorbildung bedarf.

31. OLG. **27** 277, ElsLothJZ. **13** 289 (Colmar). Ankündigung einer Klassikerausgabe unter Verschweigung der Tatsache, daß sie keine vollständige, sondern eine gekürzte sei, verstößt gegen § 3.

32. a) MschutzuWettbew. **12** 579 (KG.). Unrichtige Angabe über die Beschaffenheit eines chemischen Produkts durch Behauptung der völligen Übereinstimmung mit einem Originalpräparate. „Vollwertiger Ersatz für Ichtyol".

b) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 252. Die Ankündigung eines Ersatzmittels als „Lysol" verstößt gegen UnlWuWZG.

33. a) FrankfRundsch. **47** 28 (Frankfurt). Unrichtige Angaben im Weinhandel.

b) MschutzuWettbew. **12** 358 (Dresden). Bezeichnung als Borsdorfer Apfelwein. Unter Borsdorfer Äpfeln versteht man solche von ganz besonders guter Qualität.

34. MschutzuWettbew. **12** 663 (Colmar). Unter „tabac français" ist nur Tabak aus dem eigentlichen Frankreich zu verstehen. Tabak aus Algier darf als „tabac français" nicht bezeichnet werden.

35. OLG. **27** 283 Anm. (KG.). Die Bezeichnung „Größtes Düngergeschäft Deutschlands" ist Angabe im Sinne des § 3.

IV. Anschein eines besonders günstigen Angbots.

1. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 475. Begriff des besonders günstigen Angebots. Es kommt nicht darauf an, ob der Angeklagte im Gegensatze zu anderen gleichartigen Angeboten besondere Vorteile versprochen hatte, sondern darauf, ob nach dem Inhalte der Ankündigungen der Angeklagte für sein Geschäft Vorzüge in Anspruch nahm, die anderen Geschäften, auf die die behaupteten Tatsachen nicht zutrafen, versagt bleiben müssen (**RG. 40** 122).

2. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 17. Besonders günstig ist ein Angebot, wenn der Ankündigende besondere Vorzüge für sein Geschäft in Anspruch nimmt, die in Wahrheit nicht vorhanden sind.

3. a) OLG. **27** 274 (KG.). Unrichtige Angaben durch bildliche Darstellungen auf Briefbogen und Preislisten (Abbildung der Gebäude und des Hofes als größer und bedeutender als sie wirklich sind).

b) **RG.** (Straff.) **46** 427. Über Veranstaltungen, die den Angaben im Sinne des § 3 gleichstehen, s. § 5 Ziff. 2.

V. Zu den einzelnen Fällen des § 3.

1. Geschäftliche Verhältnisse (Beispiele ob. II B).

2. Beschaffenheitsbezeichnung. OLG. **27** 281 (Naumburg). „Mariaschein" Beschaffenheitsbezeichnung für erstklassige Kohlen.

3. Veranstaltungen, die den Angaben gleichstehen.

4. Herkunftsbezeichnung.

a) **RG.** MschutzuWettbew. **12** 406, SeuffBl. **13** 239, MschutzuWettbew. **12** 330, GewRschutz. **13** 68, R. **13** Nr. 897. Die Verwendung von Worten wie „Pilsener" oder „Münchener" bei Bezeichnung eines nicht aus Pilsen oder München stammenden Bieres ist zulässig, wenn durch Zusätze, besonders deutliche Angabe der Braustätte zweifelsfrei klar gestellt wird, daß mit der Bezeichnung „Pilsener" nur eine Beschaffenheitsangabe gemacht, nur gesagt wird, daß das Bier „nach Pilsener Art" gebraut ist.

b) SchlHolstAnz. **13** 122 (Kiel). Die Bezeichnung „Pilsener Bier" hat an sich die Bedeutung einer Herkunftsbezeichnung. Sie kann den Charakter als Herkunftsbezeichnung verlieren, wenn durch eine zusätzliche andere Ortsbezeichnung (wie „Radeberger Pilsener") oder durch einen sonstigen Zusatz klar gestellt wird, daß das Bier nicht aus Pilsen stammt, sondern nur Bier „Pilsener Art" ist. Die Bezeichnung „Germania-Pilsener" läßt nicht erkennen, daß das hierunter verstandene Bier nicht in Pilsen gebraut ist, die Bezeichnung ist unzulässig.

c) **RG.** MschutzuWettbew. **13** 102. Die Verwendung „Pilsener" für ein nicht

aus Pilsen stammendes Bier ist zulässig, wenn aus einem Zusatze für den Durchschnittskäufer hervorgeht, daß es sich nur um ein nach Pilsener Art gebrautes Bier handelt. Ankündigung von Bier als „Pilsator", „unser neues Pilsener" oder „unser" neues Pilsener Bier Pilsator.

d) **RG.** MschutzuWettbew. **13** 105. Radeberger Pilsener ist keine unrichtige Herkunftsbezeichnung. Vgl. **RG.** ebd. 106.

e) Zum Kampfe um die Bezeichnungen „Münchener Bier" und „Kulmbacher Bier" vgl. MschutzuWettbew. **12** 277.

f) MschutzuWettbew. **13** 118 (LG. Detmold). Daß „Steinhäger" Gattungsbezeichnung ist, kommt nicht in Betracht, wenn das Wort „Steinhäger" als Herstellungsort auf der Ware angebracht wird.

g) **RG.** (Strafs.) GewRschutz **13** 20, MchutzuWettbew. **12** 189. Über die Bezeichnung „Emser Salz". Vgl. ebd. 99 OLG. Karlsruhe und Patentamt.

h) OLG. 27 281 Anm. (KG.). Die Bezeichnung „Vermouth di Torino„ ist Herkunftsbezeichnung.

i) OLG. 27 280 (KG.). Die Bezeichnung „Singer-Nähmaschinen" als Herkunftsbezeichnung. Wo die Bezeichnung zugleich Gattungs- und Herkunftsbezeichnung sein kann, muß in einer für das große kaufende Publikum verständlichen Weise klargestellt werden, ob das eine oder das andere vorliegt.

VI. Unterlassungsklage.

1. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 183. Zur Begründung der Klage aus § 3 hat der Kläger nicht das Bestehen einer Wiederholungsgefahr darzutun, der Anspruch ist aber abzuweisen, wenn wegen besonderer Umstände, deren Darlegung dem Beklagten obliegt, eine Wiederholungsgefahr gänzlich ausgeschlossen ist. Veröffentlichungen, die nicht in Tageszeitungen, sondern in Katalogen für eine Weltausstellung enthalten sind, können zu der Annahme führen, daß die Wiederholungsgefahr nicht zu besorgen ist

2. **RG.** R. **13** Nr. 3299. Das vom Richter auszusprechende Verbot hat sich allerdings gegen die Wiederholung der gemachten unrichtigen Angaben zu richten; damit ist aber nicht gemeint, daß dieselben einzeln und wörtlich im Urteilstenor aufzuführen seien, es genügt, das Verbot für dasjenige auszusprechen, was in den gegebenen Fällen das Wesen der Zuwiderhandlung gegen das Gesetz bildet.

3. OLG. **27** 262 (KG.). Keine Abwehrklage einer Gesellschaft in Liquidation, die ihren gesamten Geschäftsbetrieb aufgegeben hat, auch nicht mehr Inhaberin von Schutzrechten ist.

4. OLG. **27** 280 (Naumburg). Abweisung wegen Ausschlusses der Wiederholungsgefahr.

5. OLG. **27** 279 (KG.). Neben der Unterlassung kann nicht ohne weiteres die Vernichtung der vorhandenen Druckschriften gefordert werden, in denen die unrichtige Angabe enthalten ist. Dies ließe sich nur rechtfertigen, wenn ohne jenes Mittel der Unterlassungsanspruch nicht durchführbar wäre.

VII. Zulässigkeit des Rechtswegs.

RG. MschutzuWettbew. **12** 646. Über die Zulässigkeit des Rechtswegs bei Klagen gegen den Postfiskus, die auf unlauteren Wettbewerb im Fernsprechbetriebe gestützt sind.

§ 4. 1. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 342. Schwindelhafte Reklame und Betrug. Im Falle des § 4 müssen die Angaben unrichtig und zum Zwecke der Irreführung, also der Täuschung gemacht sein. Dieses zuletzt erwähnte Merkmal hat das Vergehen des § 4 mit dem Tatbestande des Betrugs gemeinsam. Allein dieselbe Handlung könnte nur angenommen werden, wenn der hauptsächlichste Teil der Vorspiegelung falscher Tatsachen (im weiteren Sinne) bei beiden Tatbeständen zusammenfiel. Vorliegend verneint.

2. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 513. Täter braucht keineswegs nur der Inhaber des Geschäfts zu sein, auch Angestellte eines Geschäfts können als Täter in Betracht kommen.

3. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 475. Öffentliche Ankündigungen, in denen zwar auch wahre Angaben enthalten sind, die aber den Anschein zu erwecken geeignet sind, daß es die Käufer nicht mit einer Möbelhandlung, sondern mit einem Privathausstand zu tun haben, der aus irgend welchen besonderen Gründen zum Verkauf kommt. Maßgebend ist der Gesamtinhalt der Ankündigungen. Vgl. **RG.** vom 21. Februar 1913 ebd.

4. **RG.** (Strafs.) **46** 275. Verhältnis des § 4 Abs. 1 zu Abs. 2. Die einschlägigen Vorschriften im § 4 haben nicht den Sinn, daß, wenn bei der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Weise ein Angestellter oder Beauftragter mitwirkt, gegen den Inhaber oder Leiter des Betriebs immer nur die Bestimmung des Abs. 2 anzuwenden sei. Diese soll die Anwendbarkeit von Abs. 1 nicht einschränken, sondern die Sache noch erweitern und kommt gegen den Inhaber oder Leiter erst zur Anwendung, wenn diese Personen nicht nach den Vorschriften des allgemeinen Strafrechts als Täter im Sinne des Abs. 1 anzusehen sind. Sie hat hauptsächlich Bedeutung für die Fälle, in denen nach dem allgemeinen Strafrechte die Teilnahmeformen der Anstiftung oder Beihilfe in Frage kommen würden. In diesen Fällen bedarf es dann keines weitergehenden Nachweises, als in Abs. 2 vorausgesetzt wird, und ist, auch gegenüber der Teilnahmeform der Beihilfe stets die Strafe des Täters angedroht.

5. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 354, GewRschutz **13** 97. Die „Angaben" im Sinne des § 4 brauchen nicht lediglich tatsächlicher Art zu sein, sie können auch Urteile umfassen. (Vgl. **RG.** [Strafs.] **44** 143).

6. **RG.** R. **13** Nr. 1079. Liegt gleichzeitig Verstoß gegen beide Vorschriften durch eine Tat vor, so kann der Nebenkläger, der selbständig Revision einlegt, nur Verurteilung aus § 4 begehren.

7. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 342. Mehrfache Verletzung des § 4 und keine fortgesetzte Handlung, wenn unrichtige Angaben in verschiedenen Orten gemacht werden.

8. a) **RG.** MschutzuWettbew. **13** 17. Der § 4 will nicht die Irreführung beim Vertragsschlusse treffen, sondern die vor diesem liegende, durch Täuschung erfolgte Anlockung von Kunden.

b) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 356. Unwahre zur Irreführung geeignete Angaben durch die unwahre Ankündigung, man verkaufe nur zum Zwecke schleuniger Räumung, die Waren seien aus bestem Material und von gediegenster Arbeit.

9. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 648. Freisprechung, wenn der Angeklagte seine Angaben überhaupt nicht für irreführend gehalten hat.

10. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 559. Anerkennungsschreiben fallen zwar nicht unter die Auszeichnungen im Sinne des § 4 (**RG.** Nr. **40** 372), ihre Mitteilung an Dritte kann aber gegebenenfalls sehr wohl eine Angabe über die Beschaffenheit von gewerblichen Leistungen und Waren, zum mindesten über „geschäftliche Verhältnisse" enthalten.

11. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 510. Der Anschein eines besonders günstigen Angebots wird erweckt durch die Ankündigung eines Angebots, als rühre es von einem Privaten und nicht von einem Möbelhändler her.

12. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 558. Darauf, ob das unwahre Angebot aus anderen Gründen besonders günstig ist, kommt es bei einem Verstoß gegen § 4 nicht an.

13. **RG.** (Strafs.) GewRschutz **13** 185. Der Angeklagte hat durch die Worte „Bienenhonig" und „Honig" sowie durch die Abbildungen eines Bienenkorbes nicht

den Anschein erwecken wollen, als ob wirklicher Bienenhonig angeboten werde, sondern er hat lediglich den Zweck verfolgt, die Aufmerksamkeit der Leser auf die Ankündigung zu lenken. Niemand, der die Anzeigen liest, kann auf den Gedanken kommen, daß echter Honig angeboten wird. Wollte der Angeklagte lediglich die Aufmerksamkeit auf die Ankündigung lenken, so hatte er auch nicht bedingungsweise den Vorsatz, eine unwahre und zur Irreführung geeignete Angabe zu machen. §§ 4 und 5 finden keine Anwendung.

14. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 341. Wissentlich unwahre zur Irreführung geeignete Angabe, daß zu herabgesetzten Ladenpreisen verkauft werde, während in Wirklichkeit die früheren Preise erheblich niedriger waren als die in Vergleich gesetzten Normalpreise.

15. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 249, GewRschutz **13** 65. Die Anpreisung von Kognak als „uralt" bei einem Preise von 5,50 M. für die Flasche ist eine übertriebene Reklame, keine zur Irreführung geeignete unwahre Angabe.

16. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 474. Ankündigung eines Warenhauses, daß an bestimmten Ausnahmetagen gewisse Waren billiger verkauft würden, als zur Irreführung geeignete Angabe.

17. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 560. Unrichtige Angaben betreffend eines Ausverkaufs wegen Geschäftsauflösung.

18. **RG.** R. **13** Nr. 1241. Wenn ein Mittel als gegen Rheumatismus, Hexenschuß, Kopfschmerz usw. sicher und sofort helfendes bezeichnet wird, so ist das eine Angabe über seine Beschaffenheit. Denn die Beschaffenheit einer Ware umfaßt alle Eigenschaften, körperliche und unkörperliche, welche bei Würdigung ihrer Brauchbarkeit in Betracht kommen (**RG. 33** 442, **38** 247). Als eine „Angabe" im Sinne des § 4 UnlWG. kann auch das Aussprechen eines Urteils angesehen werden, sofern nicht lediglich eine rein persönliche Ansicht, sondern eine Äußerung vorliegt, die auf ihre Wahrheit oder Unwahrheit sachlich (objektiv) nachgeprüft werden kann.

19. **RG.** R. **13** Nr. 3094. Daraus, daß die Hingabe verzinslicher Darlehen zu den Bankiergeschäften im Sinne des § 1 Nr. 4 HGB. gehört, kann nicht gefolgert werden, daß jeder auf die Gewährung solcher Darlehen gerichtete Geschäftsbetrieb als Bankgeschäft bezeichnet werden darf. Aus § 1 HGB. folgt nicht ohne weiteres, daß Bankier sei, wer irgendwelche Arten der Bankiergeschäfte, sei es auch im Hauptgewerbe, betreibt. Der Schwerpunkt beim Bankgewerbe liegt darin, dem Bedürfnisse des Verkehrs nach dem Umsatze von Geld und geldähnlichen Werten (Wertpapieren) durch Abschluß oder Vermittlung geeigneter Rechtsgeschäfte zu dienen. Der Begriff des Bankgeschäfts ist gesetzlich nicht umschrieben, er bestimmt sich nach der Verkehrserscheinung. Nach dieser ist aber das Geschäft eines gewöhnlichen Geldverleihers kein Bankgeschäft.

20. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 70. Die Anwendung des § 4 ist nicht auf den Fall eines nur teilweise strafbaren Inhalts der Mitteilung beschränkt.

21. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 649. Die Anpreisung „Schutz gegen Darlehnsschwindel" als Verstoß gegen § 4.

22. **RG.** (Straff.) **46** 427. Über Veranstaltungen, die den Angaben im Sinne des § 4 gleich stehen, s. § 5 Ziff. 2.

§ 5. 1. **RG.** (Straff.) LeipzZ. **13** 762. Unlautere Reklame, begangen durch die besondere äußere Herrichtung und Gestaltung der Anzeige, durch das Hervorheben einzelner Worte im Druck einerseits und das versteckte Anbringen anderer Worte anderseits. Darin sind Veranstaltungen im Sinne des § 5 Abs. 2 zu erblicken, die den Angaben nach § 4 gleich stehen.

2. **RG.** (Straff.) **46** 427. Der Zeitungsverleger, der Anzeigen aus fremden Blättern ohne Wissen der Anzeigenden in seine Zeitung aufnimmt, verstößt gegen § 4. Die einzelnen Zeitungsnummern enthalten zwar keine Angaben über geschäft-

liche Verhältnisse; dieses Tatbestandsmerkmal ergibt sich nicht ohne weiteres aus dem Zeitungsinhalte. Die Lücke wird jedoch durch die Bestimmung in § 5 Abs. 2 ausgefüllt, wonach den im § 4 erwähnten Angaben solche Veranstaltungen gleichstehen, die darauf berechnet und geeignet sind, jene Angaben zu ersetzen. Der Begriff der Veranstaltung im Sinne des § 5 Abs. 2 bezeichnet jede nach außen wirkende Kundgebung, die einen Gedanken in sinnfälliger Weise zum Ausdrucke bringt. Eine solche Kundgebung ist der Abdruck der fremden Anzeigen.

3. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 341. Der § 5 Abs. 2 enthält kein Strafgesetz, sondern eine Auslegungsregel.

4. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 343. Die Anbringung eines Schildes mit der Aufschrift „Amerikanische Zahnpraxis" verstößt gegen § 5 Abs. 2.

5. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 475. Veranstaltungen im Sinne des § 5 Abs. 2 sind alle in die Außenwelt tretenden Kundgebungen.

§ 6. 1. **RG.** GewRschutz **13** 249. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich, daß § 6 nicht eine authentische Interpretation des § 4 sein will, sondern eine reine Polizeivorschrift, die nicht neben, sondern hinter die Anwendung des § 4 tritt und überhaupt entfällt, wenn die Bezugnahme auf eine Konkursmasse eine unlautere Reklame nach § 4 darstellt. Dann findet nur dieser Paragraph Anwendung.

2. HansGZ. **13** Hptbl. 78 (Hamburg). Verstoß gegen § 6 durch die Ankündigung „eines großen Postens aus Konkursmassen stammender Waren".

§ 7. 1. Finger. Zum gesetzlichen Begriffe des Ausverkaufs wird zweierlei verlangt: ein bestimmter vorhandener Warenvorrat und dessen gänzliche und beschleunigte Räumung, so daß keinerlei Vor- und Nachschub stattfindet. Maßgebend ist die Auffassung des Publikums. Danach entscheidet sich die Frage, ob ein Ausverkauf oder ein Sonderangebot vorliegt. Es kommt stets auf die Lage im Einzelfall an.

2. *Fuld, R. **13** 360—362. Es besteht kein Bedenken, die Konkursausverkäufe der Anzeigepflicht zu unterwerfen, § 117 KO. steht dem nicht entgegen. Verwertungsrecht und Verwertungspflicht des Konkursverwalters hinsichtlich der Konkursmasse werden durch die Anzeigepflicht nicht illusorisch gemacht. Die auf gesetzlicher Delegation beruhende Verordnung steht dem Gesetze gleich. Bezüglich der Zweckmäßigkeitsfrage kann man auf Grund der Erfahrungen der Ansicht sein, daß im allgemeinen ein Bedürfnis, die Konkursausverkäufe der nach § 7 zu erlassenden Verordnung zu unterwerfen, nicht besteht, da einmal der Warenbestand, ohnehin schon aufgenommen ist und die Aufsichtsgewalt der Konkursrichter eine gewisse Bürgschaft gegen Unzuträglichkeiten bietet.

3. Wernicke, Kritische Bemerkungen zur Rechtsprechung des RG. über das Ausverkaufswesen, MschutzuWettbew. **12** 253.

4. Aichele gibt an der Hand der Kommentare und der höchstrichterlichen Entscheidungen eine Zusammenfassung von Leitsätzen über das Ausverkaufswesen.

5. Jacubowsky, Ein redaktioneller Fehler im § 7 Ges. gegen den unlauteren Wettbewerb, MschutzuWettbew. **12** 547.

6. MschutzuWettbew. **12** 258 (Cassel). Nicht entscheidend ist, daß die Bezeichnung „Ausverkauf" in den Anzeigen vermieden ist. § 7 Abs. 1 greift Platz, auch wenn eine der Sache nach gleichbedeutende Bezeichnung gewählt ist, die nach der Verkehrsauffassung auf einen Ausverkauf gedeutet wird (**RG.** (Strafs.) **45** 46). Ankündigung eines großen Novemberverkaufs in allen Abteilungen, Gewährung von 10 pCt. Rabatt auf alle Waren während des Verkaufs. — Vgl. ebd. ein weiteres Urteil des OLG. Cassel.

7. RheinARV. **31** 152 (KG.). „Bestimmte Arten" von Ausverkäufen sind solche Gruppen, die gewisse übereinstimmende Merkmale aufweisen, sich durch diese von anderen Ausverkäufen unterscheiden und im Verhältnisse zu ihnen eine mehr oder

minder große in sich geschlossene Gruppe bilden. (Vgl. **RG.** (Straff.) **45** 16, KG. KGJ. **42** 362, **41** 367.)

8. GoltdA. **60** 300 (Celle). Bei Zuwiderhandlungen gegen eine auf Grund des § 7 Abs. 2 ergangene Anordnung der höheren Verwaltungsbehörde handelt es sich nicht um eine nach Landesstrafrecht strafbare Handlung. Ungültigkeit einer Verordnung, die sich nicht auf bestimmte Arten von Ausverkäufen erstreckt. Eine Anordnung, die die Anzeigepflicht für den Bezirk der Verwaltungsbehörde nur örtlich beschränkt, hält sich nicht in den Grenzen des § 7 Abs. 2. Die Anzeigepflicht muß auch sachlich begrenzt sein.

9. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 510. Zu einem Verstoße gegen § 7 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 ist nicht erforderlich, daß der Ausdruck „Ausverkauf" gebraucht ist.

10. SeuffA. **68** 185 (Dresden). Unlauteren Wettbewerb durch Ankündigung eines Brandschadenverkaufs, wenn nur ein Teil der Waren durch Brand beschädigt war.

11. MschutzuWettbew. **12** 197 (Darmstadt). Der Geschäftsführer eines Konsumvereines GmbH. kann wegen Unterlassung der Anzeige eines öffentlich angekündigten Ausverkaufs nach § 7 Abs. 2, § 10 strafbar sein.

12. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 649. Begriff des Ausverkaufs (vgl. **RG.** (Straff.) **45** 45, 189, JDR. **11** § 7 Ziff. 4 u. 6a). Umzug als berechtigter Ausverkaufsgrund.

13. GewRschutz **12** 163 (LG. Hamburg). Umzug als Grund eines Ausverkaufs.

14. Hartmann bespricht ein Urteil des KG. vom 28. Oktober 1912 (1. S. 884. 12) betreffend die Ungültigkeit einer Ausverkaufsverordnung.

§ 8. 1. Lobe erörtert die „Doktorfrage", ob § 8 eine Masse voraussetzt, in bezug auf welche vor- und nachgeschoben wird, oder ob er auch dann anwendbar ist, wenn eine ganze Warenmasse von vornherein aufgekauft wird, um sie im Wege eines Ausverkaufs wieder loszuschlagen. **RG.** (Straff.) **45** 371 (JDR. **11** § 8 Ziff. 3) hat die Frage im letzteren Sinne bejahend entschieden. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, daß Veranlassung und Zweck des § 8 nur war, die Anwendung des § 4 auch für die Fälle sicher zu stellen, in denen es zweifelhaft sein konnte, ob das Vorschieben oder Nachschieben von nur geringfügigen Waren zur bloßen Ergänzung des angekündigten Warenbestandes die Ankündigung zu einer unwahren Reklame machte. Diese Ergänzung sollte deshalb selbst dann verboten sein, wenn man etwa mit der hier und da vertretenen Meinung anzunehmen hätte, daß in gewissen Fällen die Ergänzung an sich unbedenklich sei. § 8 ist eine authentische Interpretation für die Auslegung des § 4, wonach nunmehr künftighin stets auch das bloße Ergänzen des Warenlagers die Reklame unlauter machen sollte. § 8 ist lediglich ein besonderer, bereits von § 4 getroffener Fall. Demnach wird die Auffassung, daß der § 8 ohne weiteres und unmittelbar auch das Anschaffen eines ganzen Warenbestandes zum Zwecke eines Ausverkaufs treffe, dem besonderen dieser Vorschrift nicht völlig gerecht, und es ist der Meinung der Vorzug zu geben, wonach ein Ergänzen eines bereits vorhandenen Warenlagers von § 8 behandelt wird, während das Anschaffen eines ganzen Warenlagers nach wie vor als ein unter § 4 zu stellender Fall anzusehen ist. Gleichwohl kann auch die Entscheidung des **RG.** (Straff.) **45** 371 gebilligt werden. Ist § 8 nur ein besonderer, bereits in dem Rahmen des § 4 liegender Fall, so ist es nicht unzulässig, diese Vorschrift des § 8 auch auf ähnliche Fälle, wie die von ihm und dem Gesetzgeber zunächst ins Auge gefaßten, anzuwenden, ohne daß dies einen Verstoß gegen die Regel des Strafgesetzbuchs § 2 bedeutete, sofern diese ähnlichen Fälle nur gleichfalls im Rahmen des § 4 liegen und bereits von seiner Strafdrohung erfaßt werden. (Wird ausgeführt) .— §§ 4 und 8 stehen im Verhältnisse der Gesetzeskonkurrenz zueinander. Nicht beigestimmt werden kann der Auffassung, daß durch § 8 als der Spezialvorschrift die Anwendung des § 4 auf denselben Tatbestand ausgeschlossen sein solle. Vielmehr stehen beide Bestimmungen zueinander im Verhält-

nisse der Alternativität. — Ausschluß der Idealkonkurrenz zwischen §§ 4 und 8 auch dann, wenn außer durch Vorschieben und Nachschieben von Waren auch durch andere Angaben über geschäftliche Verhältnisse die Ankündigung zu einer unwahren und darum unlauteren Reklame wird. Abw. **RG.** (Straff.) **45** 51. Verf. gelangt zu dem Ergebnisse: § 8 verträgt entgegen der Vorschrift im § 2 StGB. in gewissem Umfang eine entsprechende Anwendung auf analoge Fälle; bei dem Zusammentreffen des in § 8 geordneten Tatbestands mit dem des § 4 findet nicht Ideal- sondern Gesetzeskonkurrenz statt; trotzdem der im § 8 geregelte Fall nur ein besonderer Fall des § 4 ist, schließt § 8 als Spezialbestimmung die Anwendung des § 4 nicht aus, sondern beide Vorschriften können auf ihn wahlweise angewendet werden; treffen die Tatbestände des § 8 mit dem des § 4 im übrigen zusammen, findet nur § 4 Anwendung.

2. **RG.** GewRSchutz **13** 254, R. **13** Nr. 2367. Zum „Herbeischaffen" von Waren im Sinne des § 8 UnlWG. ist nicht eine räumliche Fortbewegung der Waren von einem anderen Orte an den des Ausverkaufs, die allerdings die Regel bilden wird, begrifflich erforderlich. Das Herbeischaffen wird allerdings nicht schlechthin einem „Anschaffen" im Sinne eines Erwerbes aus fremdem Vermögen gleichzustellen sein, was beispielsweise für den Fall von Bedeutung sein könnte, daß der Ausverkaufende der Ankündigung zuwider Waren in den Ausverkauf mit einbezieht, die er nicht für sich erworben hat, sondern die er einem Dritten zu Gefallen für dessen Rechnung mitverkauft. Es muß vielmehr „Herbeischaffen" nach seiner wirtschaftlichen Bedeutung als ein Empfangnehmen und Bereitstellen der Waren zu Ausverkaufszwecken im Geschäftsraume des den Ausverkauf Veranstaltenden aufgefaßt werden, ohne Rücksicht darauf, ob sich die Waren vorher in demselben Laden, Haus usw. befanden oder nicht.

3. **RG.** (Straff.) MSchutzuWettbew. **12** 343. Für die Strafbarkeit des Nachschiebens macht es keinen Unterschied, ob die Ware zum Zwecke des Ausverkaufs angeschafft, oder ob sie nur aus einer Geschäftsstelle desselben Gewerbebetriebs in eine andere, die von der Ankündigung betroffene, verbracht worden ist. **RG.** (IV. Straff.) hat seine abweichende Rechtsauffassung (**RG.** [Straff.] **44** 61) ausdrücklich in einem Urteile vom 29. Oktober 1912 [4. D. 785. 12] aufgegeben. (**RG.** [Straff.] **46** 232).

4. **RG.** GewRSchutz **13** 249. Der § 4 stellt nur einen besonderen Fall des § 4 dar (wird aus der Entstehungsgeschichte des Ges. eingehend dargelegt). Es ist nicht unzulässig, den § 8 auch auf ähnliche Fälle, wie die von ihm und dem Gesetzgeber zunächst ins Auge gefaßten, anzuwenden, ohne gegen die Regel des § 2 StGB. zu verstoßen; sofern die ähnlichen Fälle nur gleichfalls im Rahmen des § 4 liegen und bereits von seiner Strafdrohung erfaßt werden. Anwendbarkeit des § 8 bei Anschaffung eines ganzen Warenlagers zum Zwecke des Ausverkaufs.

5. **RG.** R. **13** Nr. 598. Eine auf Täuschung gerichtete Absicht des Täters gehört nicht zum Tatbestande des strafbaren Nachschiebens. Damit nicht unter dem Scheine eines Ausverkaufs Waren zum Verkaufe gestellt werden können, die nicht zu Räumungszwecken, sondern im regelmäßigen Handelsbetrieb abgesetzt werden sollen, hat das Gesetz vorbeugend angeordnet, daß demjenigen Inbegriffe von Waren, der nach der Ankündigung Gegenstand des Ausverkaufs sein soll, irgendwelche andere Waren, seien sie auch von geringerem Werte, nicht zu dem Zwecke hinzugefügt werden dürfen, mit zum Verkaufe gestellt zu werden.

6. **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 478. Nachschieben von Waren im Sinne des § 8 durch Herbeischaffen von Waren aus dem Hauptgeschäft in ein Zweiggeschäft.

7. **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 110. Herbeischaffen von Waren aus dem Hauptgeschäft in ein Zweiggeschäft, für das ein Ausverkauf angekündigt war, ist ein Nachschieben im Sinne des § 8.

§ 9. 1. Korresp. d. Ält. **36** 214. Mitteilung eines Falles, in dem das Einigungsamt der Korporation der Kaufmannschaft die Bezeichnung „Sommerräumungsverkauf" als zulässig erachtet hat.

2. OLG. **27** 281 (KG.). § 9 Abs. 1 findet nicht nur auf § 7 Abs. 2, sondern auch auf § 7 Abs. 1 Anwendung. Die Auslassung des § 7 Abs. 1 im § 9 beruht offenbar auf einem Versehen des Gesetzgebers, es ist ausgeschlossen, daß unter Ausverkauf in den beiden Absätzen des § 7 etwas Verschiedenes verstanden wird.

3. OLG. **27** 281 (KG.). Der § 9 betrifft auch freiwillige Versteigerungen.

4. Wernicke, LeipzZ. **13** 577, gibt eine Übersicht über die Erfordernisse eines Ausverkaufs an der Hand einer Entsch. des RG. vom 17. Oktober 1911. Materielle Einteilung der Ausverkäufe in solche im bestehenden Geschäft (mit mehreren Unterarten) und in solche bei Aufgabe des Geschäftsbetriebs. Rechtliche Einteilung in wirkliche Ausverkäufe und in nicht beabsichtigte und — wirtschaftlich — nicht wirkliche Ausverkäufe. — Ausverkauf und Sonderangebot. — Saison- und Inventurausverkäufe.

§ 12. RG. (Strafs.) GewRschutz **13** 248. Zu erfordern ist, daß auf den Angestellten oder Beauftragten in seiner Eigenschaft als Angestellter oder Beauftragter eingewirkt, also auf ein Verhalten desselben innerhalb seines Dienst- oder Auftragsverhältnisses zu einem solchen Betriebe hingewirkt worden ist. Eine Einwirkung auf ihn in einer mit dem geschäftlichen Betriebe, dem er zu dienen berufen ist, in keinem Zusammenhange stehenden Angelegenheit, insbesondere in einer rein persönlichen, lediglich ihn selbst oder einen Dritten berührenden Angelegenheit erfüllt den Tatbestand des Gesetzes nicht. Anderseits ist es genügend, wenn die Angelegenheit, um die es sich handelt, mit dem geschäftlichen Betrieb im Zusammenhange steht, derart, daß die angestrebte Tätigkeit oder das angestrebte sonstige Verhalten des Angestellten oder Beauftragten sich als eine Tätigkeit oder ein sonstiges Verhalten desselben in dieser Eigenschaft als Beauftragter oder Angestellter des geschäftlichen Betriebs darstellt. Ist diese Voraussetzung gegeben, so kann es nicht darauf ankommen, ob die betreffende Angelegenheit eine ausschließliche Angelegenheit des geschäftlichen Betriebs ist, in dessen Dienst der Angestellte oder Beauftragte steht, ob insbesondere der Betriebsunternehmer demjenigen, der durch die Einwirkung auf den Angestellten oder Beauftragten eine Bevorzugung für sich oder einen Dritten erstrebt, unmittelbar als Vertragschließender gegenübersteht.

§ 13. 1. R. **13** Nr. 1939 (Stuttgart). Gegen die Klage eines Schutzverbandes der im § 13 UnlWG. bezeichneten Art kann nicht der Einwand erhoben werden, der Verband sei nur eine vorgeschobene Person zur Wahrnehmung einzelner Sonderinteressen (von Warenhäusern). Beklagter macht geltend, der Vorstand des klagenden Vereins sei verpflichtet, in allen Fällen und nur in solchen Fällen Klage wegen unlauteren Wettbewerbes zu erheben, in denen dies eines der interessierten Warenhäuser T. oder W. verlange. Beklagter hält eine derartige Verpflichtung des Vorstandes für unzulässig und will dem Kläger den Einwand entgegenhalten, der klagende Verband sei nicht der wirkliche Kläger, wirklicher Kläger sei vielmehr eines der nach außen nicht als Kläger auftretenden Warenhäuser. Nun hat die Rechtsprechung mehrfach angenommen (vgl. WürttJ. **11** 91, Gaupp-Stein [10] bei und in Anm. 14 zu § 114 ZPO.), einer zum Zwecke der Erlangung des Armenrechts mittels Übertragung des Klaganspruchs vorgeschobenen Person könne das Armenrecht verweigert werden; allein damit ist nicht gesagt, eine von einer solchen Person erhobene Klage könne aus dem Grunde, weil ihr die Klagbefugnis fehle, abgewiesen werden, und sodann ist im gegenwärtigen Falle der formell zu Recht bestehende Verband schon an sich gemäß § 13 UnlWG. und nach seiner Satzung zur Erhebung von Klagen wie der angestellten, befugt.

2. **RG.** JW. **13** 1063. Es ist zulässig, daß der Vorstand eines im Sinne des § 13 UnlWG. zur Stellung von Strafanträgen befugten rechtsfähigen Vereins einen Dritten ermächtigt, und zwar kann diese Ermächtigung auch nur mündlich und selbst stillschweigend und im allgemeinen erteilt werden. Dann ist nur zu prüfen, ob der gestellte Antrag dem wirklichen Willen des Vollmachtgebers entspricht (**RG.** [Straff.] **3** 425, **15** 144, **19** 7 (9), **35** 267/69, **44** 348; **RG.** [Rspr.] **1** 162, **2** 625). Strafantragsbefugnis eines Zweigvereinsvorsitzenden.

3. **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 247 f. JDR. **11** § 13 Ziff. 2.

4. OLG. **27** 265 (KG.). Die im § 13 erwähnten Verbände haben nur den Anspruch auf Unterlassung. Der Schadensersatzanspruch steht nur dem Geschädigten selbst, nicht jenen Vereinen zu. Daneben gibt es keinen selbständigen Beseitigungsanspruch, dieser Anspruch ist ein Ausfluß des Schadensersatzanspruchs.

§ 14. 1. Finger führt im Anschluß an seinen Aufsatz MSchutzuWettbew. **12** 27 (JDR. **11** § 14 Ziff. 1) aus: neben sinnfälligen Gegenständen, den körperlichen Sachen, gibt es auch sinnfällige, immaterielle Güter, die eine ökonomische Ausbeute gewähren können. Begriff des „Wertes" im Urheberrechte, das der Verleger zu seiner Ware macht. § 14 kommt in Frage, wenn der eine Verleger die Ausgabe des anderen, trotzdem sie eine vollständige ist, als bedeutend verkürzt bezeichnet.

2. **RG.** R. **13** Nr. 3301. Wenn jemand über seine Waren und seine geschäftlichen Verhältnisse selbst gewisse Angaben macht, so kann er den Konkurrenten, der lediglich dieselben Angaben wiederholt, nicht aus § 14 haftbar machen.

3. **RG.** R. **13** Nr. 3300. Läßt man dahingestellt, ob, wenn ausdrücklich über alle anderen Fabrikanten einer Ware unrichtige Angaben gemacht werden, damit nicht im Sinne des § 14 ausreichend jeder einzelne von ihnen bezeichnet und als klageberechtigt zu erachten ist, so ist in erkennbarer Weise der klagende Konkurrent doch bezeichnet, wenn festgestellt wird, daß durch den erhobenen Vorwurf der Kläger als ein besonders bekannter Fabrikant der Ware in erster Linie betroffen ist.

4. OLG. **27** 282, GewRSchutz **13** 41 (KG.). Der § 14 findet auf Patentanwälte keine Anwendung. Er spricht ausdrücklich von dem Erwerbsgeschäft eines anderen sowie von Waren und gewerblichen Leistungen, es kann aber die Tätigkeit eines Patentanwalts, in Anbetracht der Organisation der Patentanwälte und der ihnen durch das Gesetz zugewiesenen Funktionen, in ihrer besonderen Rechtsstellung als eine gewerbliche im Sinne des § 14 nicht aufgefaßt werden, und auch ihre beruflichen Leistungen stellen sich als gewerbliche Leistungen im Sinne des § 14 schlechterdings nicht dar (**RG.** JW. **11** 178). — Anwendbarkeit des § 1.

5. **RG.** R. **13** Nr. 2368. Wegen des einheitlichen Zusammentreffens von Beihilfe zum Betrug und Beihilfe zum unlauteren Wettbewerbe war allerdings die Strafe nach § 73 StGB. nur aus §§ 263, 49 StGB. zu bemessen. Da aber die im Falle des § 14 UnlWG. zu erkennende Buße sich nicht als Strafe, sondern lediglich als privatrechtliche Entschädigung des Verletzten darstellt, so war aus § 73 StGB. kein Bedenken gegen die Zuerkennung einer Buße zu entnehmen. Wenn der Wortlaut des § 14 UnlWG. „eine nach Maßgabe des Gesetzes verhängte Strafe" voraussetzt, so ist dieses Erfordernis dann erfüllt, wenn der Täter der Zuwiderhandlung gegen das genannte Gesetz (sei es als Gehilfe) schuldig gesprochen und mit aus diesem Grunde zu Strafe verurteilt wird.

6. OLG. **27** 264 (KG.). Ob es sich um „verwandte Waren" im Sinne des UnlWG. handelt, ist danach zu beurteilen, ob sie nach ihrem Gebrauchszwecke miteinander in Wettbewerb treten können. Dies ist bei Weinen und Spirituosen einerseits, Mineralwässern und Brauselimonaden anderseits der Fall; beide sind bestimmt, den Durst in einer mit Genuß verbundenen Weise zu stillen.

7. OLG. **27** 263 (KG.). Der § 14 setzt Äußerungen über die Waren eines bestimmten anderen voraus und schließt nicht den § 1 aus.

8. SchlHolstAnz. **13** 253 (Kiel). Beleidigende Äußerungen gegen einen Gewerbetreibenden können unter § 14 fallen.

9. OLG. **27** 283 Anm. (KG.). Die bloße Behauptung, der Kläger baue seine Regulatoren nach dem dem Beklagten erteilten Gebrauchsmuster, ist keine Tatsache, weil ohne nähere Angaben über die Art und Weise der Verletzung eine Nachprüfung ausgeschlossen ist.

10. OLG. **27** 283 Anm. (KG.). Die Angabe, das Scheuerpulver des Beklagten sei besser als das des Klägers, kann sowohl Angabe im Sinne des § 3, als Tatsache im Sinne des § 14 sein.

§ 15. RG. GoltdA. **61** 119, R. **13** Nr. 1838. In § 15 UnlWG. wird mit einer Behauptung „über" ein Geschäft nicht nur eine solche in dem Sinne verstanden, daß die Behauptung unmittelbar ein Geschäft zum Gegenstande haben muß, sondern jede Behauptung, die etwas zum Gegenstand und Inhalte hat, das in mehr oder weniger naher Beziehung zu dem Geschäfte steht und eben wegen der Beziehung das Geschäft zu schädigen geeignet ist.

2. **RG.** (Straff.) **46** 45. Kein Recht eines Verbandes zur Stellung von Strafanträgen. S. u. § 22 Ziff. 3.

§ 16. 1. GewRSchutz **13** 65, **RG.** R. **13** Nr. 600. Bei Beantwortung der Frage der Verwechselungsmöglichkeit zweier Bezeichnungen darf nicht von jemandem ausgegangen werden, der die beiden sich gegenüber stehenden Bezeichnungen nebeneinander vor sich hat, sondern allein davon, ob derjenige, der die eine Bezeichnung in der Erinnerung hat, bei dem Wahrnehmen, dem Hören oder Sehen der anderen Bezeichnung in den Irrtum versetzt werden wird, er habe jene ihm schon bekannte Bezeichnung vor sich.

2. Cahen bespricht die Urteile des **RG. 77** 27, **78** 268; MSchutzuWettbew. **12** 486, in denen RG. sich mit der Frage beschäftigt, ob zwischen zwei Firmen, deren Eintragung schon am 1. Oktober 1909 bestand, von der Anwendung des § 16 UnlWG. die Rede sein könne. RG. hat die Frage verneint. Verf. meint, daß eingetragene Firmen nicht anders zu behandeln seien als Geschäftsabzeichen.

3. Benutzung einer Firma.

a) **RG. 80** 43, JW. **13** 217. Das Benutzen einer Firma, wie es § 8 UnlWG. a. F. und nunmehr § 16 UnlWG. n. F. im Auge hat, bedeutet nicht die einmalige Annahme einer Firma für ein Geschäft, sondern begreift die fortdauernde Führung der Firma während des ganzen geschäftlichen Verkehrs in sich. Es ist auch ohne weiteres klar, daß nicht die einmalige Annahme einer Firma, sondern ihr dauernder Gebrauch im Geschäftsleben die gemißbilligte Gefahr der Verwechselung erzeugt. Der fortwährende Gebrauch einer Firma läßt sich zufolge des von vornherein hierauf gerichteten und in der Gleichartigkeit der Benutzung sich vollziehenden Willens nach allgemeinem Sprachgebrauch und ganz abgesehen von dem besonderen Bedürfnissen strafrechtlicher Praxis dienenden Begriff als eine fortgesetzte Handlung bezeichnen. In einem Falle solcher Art entsteht mit jedem Gebrauchsakte der Unterlassungsanspruch aus § 8 UnlWG., und damit beginnt auch der Lauf der Verjährung. Wie aber mit jedem weiteren Gebrauche der Unterlassungsanspruch sich erneut, so kann auch die Verjährung nicht vor Einstellung des Gebrauchs zur endgültigen Vollendung gelangen. Dies wird in der Begründung zum § 11 des Entwurfes UnlWG. a. F. als selbstverständlich angesehen.

b) **RG.** R. **13** Nr. 1940. Die Bestimmung setzt nicht voraus, daß derjenige, der sich einer Firma befugterweise bedient, hiervon immer und ausschließlich Gebrauch macht, sondern es genügt, daß er sich ihrer überhaupt bedient und daß nach der Verkehrsanschauung bei dem Durchschnittskonsumenten ihre Verwechselung mit einer anderen Firma möglich ist.

c) **RG.** GewRschutz **13** 65, R. **13** Nr. 599. Es ist an sich Tatfrage, ob die Gefahr einer Verwechselung im Verkehre vorliegt, bzw. auch ob eine Firma in einer Weise benutzt wird, die geeignet ist, Verwechselungen mit der Firma eines anderen hervorzurufen.

d) HessRspr. **14** 68 (Darmstadt). Hat ein Bestandteil einer Firma eine schlagwortartige Behauptung, so kommt es bei der Prüfung der Verwechselungsfähigkeit mit anderen Firmen nach § 16 wesentlich auf den eine Verwechselungsgefahr hervorrufenden Gebrauch des Schlagworts an.

e) GewRschutz **13** 113 (Dresden). Die Beibehaltung der Firma des bisherigen Verlegers auf den Titelblättern der aus dessen Konkurse mit Verlagsrechten erworbenen Bücherbestände bei deren Weiterbetrieb ist kein Gebrauch der Firma im Sinne von § 37 Abs. 2 HGB., sie verstößt auch nicht gegen § 16 UnlWG. oder gegen die guten Sitten.

f) **RG.** R. **13** Nr. 597. Der Gebrauch einer Firma geschieht dann nicht befugterweise im Sinne des § 16, wenn ihr Erwerb gegen die guten Sitten verstößt.

g) **RG.** MschutzuWettbew. **13** 66. Klage auf Unterlassung des Gebrauchs einer Firma wegen Verwechselungsgefahr. Vgl. **RG.** ebd. 67.

h) **RG.** R. **13** Nr. 1941. Eine Gesellschaft m. b. H. macht sich des unlauteren Wettbewerbes schuldig, wenn sie, um einem anderen Kaufmanne Kunden abzufangen, in ihre Firma eine Bezeichnung aufnimmt, welche als Bezeichnung der Waren des anderen Kaufmanns bekannt ist und von diesem, wenn auch nicht immer, als Teil seiner Firma benutzt wird.

4. a) **RG.** JW. **13** 441, GewRschutz **13** 184. „Hospiz" und „christliches Hospiz" sind nicht gleichbedeutend. Nach den zur Zeit im Gasthofgewerbe wie bei dem reisenden Publikum geltenden Anschauungen ist „Hospiz" ein einfacheres, gutgeleitetes, nicht teueres Gasthaus, in welchem in der Regel kein Trinkzwang herrscht und Trinkgelder gewöhnlich nur in der Form eines mäßigen Zuschlags auf die übrigen Hotelpreise entrichtet werden. Nach der Entwickelung des Verkehrs ist die christliche Grundlage des Hotelbetriebs jedenfalls nicht mehr die Voraussetzung für das Vorhandensein eines Hospizes. Es ist vielmehr „Hospiz" der allgemeinere Begriff gegenüber dem christlichen „Hospiz", er bezeichnet eine bestimmte Gattung von Gasthöfen, die den übrigen Hotels gegenüber zugunsten der Reisenden eine Vereinfachung und zugleich eine Verbesserung der Unterkunftsverhältnisse erstreben. „Hospiz" bedeutet nichts anderes als ein nach gewissen Grundsätzen der Einfachheit, Wohlfeilheit und Solidität geleitetes Reformhotel.

b) **RG.** R. **13** Nr. 1042. „Hospiz Baseler Hof" und „Hospiz Savoy-Hotel" sind nicht verwechselbar.

c) OLG. **27** 292 (KG.). Verwechselungsfähigkeit der Firma „Kammerlichtspiele am Potsdamerplatz" mit der später gegründeten „Kammerlichtspiele Tauenzienstraße". Klage auf Löschung der letztgenannten Firma.

d) OLG. **27** 287 (KG.). Keine Verwechselungsgefahr zwischen dem Weinhaus „Rheingold" und dem vom Beklagten betriebenen „Hotel Rheingold". Das Publikum verwechselt beides nicht; ein einzelner Fall der Verwechselung ist nicht maßgebend.

e) OLG. **27** 287 (KG.). Keine Verwechselungsgefahr, wenn eine Weinhandlung in Berlin in ihren Geschäftsräumen ein Schild mit der Bezeichnung „Moselweine F. A. Tr." (Firma des Klägers) anbringt.

5. OLG. **27** 285, R. **13** Nr. 423 (Colmar). Die Frage, ob „American-Photographie-Salon" die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts darstellt, ist nicht danach, welchen Charakter ein in Photographieangelegenheiten bewanderter Sachverständiger dieser Bezeichnung beilegt, sondern danach zu beurteilen, ob das Publikum in ihr eine für einen bestimmten Geschäftszweig typische Bezeichnung oder lediglich ein schmückendes Beiwort erblickt.

6. a) Druckschriften. GewRschutz **13** 186 (KG.). Titelschutz bei stofflicher Verschiedenheit von Filmstück und Theaterstück („Gelbstern") besteht nicht.

b) OLG. **27** 286 (KG.). Besondere Bezeichnung einer Zeitschrift.

7. WürttJ. **25** 154 (Stuttgart). Verwechselungsgefahr zwischen einer Hotelbezeichnung „Waldhorn-Post" und der Bezeichnung „Hotel zur Post".

§ 17. 1. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 511. Für die Strafbarkeit des Verrats des Geschäftsgeheimnisses ist es ganz gleichgültig, ob der geheim gehaltene Fabrikationsstoff wertvoll ist, ob er in seiner Zusammensetzung und seinen Eigenschaften bekannt, ob seine Verwendung in der Fabrikation vorteilhaft und neu ist oder nicht. Für die Strafbarkeit des Verrats genügt es, daß der Geschäftsherr überhaupt ein Interesse daran hat, geheim zu halten, wie er fabriziert und welche Stoffe er dabei verwendet, selbst wenn dieses Interesse nur darin bestehen sollte, nicht offenbar werden zu lassen, daß er nur bekannte und nicht wertvolle Stoffe verarbeitet. Wie der Verrat dieses Fabrikationsgeheimnisses selbst, ist aber auch der Verrat der zu seinem Schutze beobachteten Geheimhaltung der Bezugsquelle strafbar, und zwar gleichfalls unabhängig davon, worin das Interesse an der Geheimhaltung des Stoffes besteht.

2. **RG.** (Straff.) GewRschutz **13** 231. Verwertungshandlungen nach § 9 UnlWG. a. F. und § 17 n. F. Zwischen Vergehen gegen § 17 und Diebstahl kann Realkonkurrenz vorliegen.

3. MschutzuWettbew. **12** 195 (LG. I Berlin). Verrat von Geschäftsgeheimnissen durch Aushändigung von Mustern für Kleiderstoffe an einen Konkurrenten.

4. DJZ. **13** 816 (Braunschweig). Zurücknahme des Antrags gegen einen Täter hat Straffreiheit des Anstifters zur Folge.

§ 18. 1. Fuld, GewRschutz **13** 11. § 18 findet auf alle Zeichnungen Anwendung, auch auf solche, an denen ein Urheberrecht um deswillen nicht besteht weil in ihnen eine individuelle geistige oder künstlerische Arbeit nicht enthalten ist Möglich ist auch die Anwendung des § 17 Abs. 2 UnlWG.

2. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 566. Treubruch von Angestellten ist nicht nach § 18, sondern nur nach § 17 zu bestrafen (**RG.** (Straff.) **44** 152).

§ 20. 1. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 650. Auch der handelt zu Zwecken des Wettbewerbes nach §20, der handelt, um für sich besseren Arbeitsverdienst zu erlangen. Zum Tatbestande des §20 gehört es nicht, daß der Wettbewerbszweck, den der Unternehmende fördern will, der eigene sei.

2. **RG.** Mschutz Wettbew. **13** 21. Zum Begriffe des Handelns zu Wettbewerbszwecken.

§ 21. SchlHolstAnz. **13** 217 (Kiel). Nach § 21 beginnt der Lauf der Frist zur Klagerhebung nicht erst beim Eintritte des ganzen Schadens, sondern schon, sobald irgendein, wenn auch noch so unbedeutender erkennbarer Schaden entstanden ist.

§ 22. 1. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 558. Ermächtigung eines Zweigvereins zur Stellung eines Strafantrags seitens des Hauptvereins.

2. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 343. Es ist zulässig, daß der Vorstand (eines zur Stellung von Anträgen berechtigten Verbandes) eins oder mehrere seiner Mitglieder oder einen andern selbst nur mündlich allgemein zur Stellung von Strafanträgen wegen Verletzung anderer als persönlicher Rechtsgüter ermächtigt. Gegen einen solchen vom Bevollmächtigten gestellten Strafantrag können Bedenken nur erhoben werden, wenn Zweifel darüber bestehen, daß der Antrag dem wirklichen Willen des Vollmachtgebers entspricht (**RG.** (Straff.) **15** 145, **35** 268, **44** 348). Für das strafrechtliche Gebiet kommt es nur darauf an, ob der Wille des Antragsberechtigten in erkennbarer Weise geäußert wurde; es genügt daher sowohl mündliche als auch stillschweigende Übertragung der Vertretung (**44** 348) — Ebenso **RG.** aaO.

12 354, GewRschutz 13 97, Strafantrag des Vertreters eines Vereins, auch wenn der Verein noch nicht eingetragen war, ist wirksam.

3. **RG.** (Strafs.) **46** 45. Ein zur Stellung von Strafanträgen berechtigter Verband kann auch gemäß § 435 StPO. als Nebenkläger auftreten. Der § 435 StPO. muß sinngemäß auch auf die später hinzugekommenen Fälle der Privatklage, insbesondere auf den § 22 UnlWG. ausgedehnt werden. Wegen eines Vergehens nach § 15 hat ein Verband kein Recht, Strafantrag zu stellen, dieses Recht steht dem Verletzten allein zu. Infolgedessen kann sich der Verband auch nicht als Nebenkläger anschließen, selbst wenn das Vorgehen nach § 15 mit dem Vergehen nach § 4 im Sinne von § 73 StGB. in Tateinheit zusammentrifft.

4. **RG.** (Strafs.) **46** 324. Der Verband, der einen Strafantrag stellt, muß zu der Zeit, in der die Zuwiderhandlung gegen unlauteren Wettbewerb begangen wurde, bereits bestanden haben.

5. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 343. Der Strafantrag des Vorsitzenden eines Verbandes (e. V.) ist rechtswirksam.

§ 23. 1. *F e h r, GoldschmidtsZ. **73** 152. Die Vorschrift findet keine Anwendung, wenn die Erledigung des Streites vor einem Einigungsamt in Sachen des unlauteren Wettbewerbes ausgetragen wurde.

2. MschutzuWettbew. **12** 300 (Hamburg). Der Anlaß, die Publikationsbefugnis zuzusprechen, entfällt nicht, wenn der Beklagte sein Geschäft verkauft, wohl aber, wenn seine Firma gelöscht wird und er an einen anderen Ort zieht.

§ 24. 1. BreslauAK. **13** 33 (Breslau). Unter dem Begriffe „Niederlassung" ist nicht nur die Haupt-, sondern auch die Zweigniederlassung zu verstehen. Eine Zweigniederlassung ist aber nur dann vorhanden, wenn gegenüber der Hauptniederlassung eine gewisse Selbständigkeit besteht. Wird einmal im § 24 auch der Gerichtsstand der Zweigniederlassung anerkannt, so müssen auch alle den räumlichen Geschäftskreis dieser Zweigniederlassung umfassenden Maßnahmen, mögen solche auch nicht direkt von ihr, sondern von der an einem anderen Orte domizilierten Hauptniederlassung ausgegangen sein, der Zweigniederlassung zugerechnet werden.

2. OLG. **27** 288 (KG.). Das UnlWG. schließt als Sondergesetz die allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff. BGB. nicht aus. Nach seinem Zwecke und seiner Entstehungsgeschichte will es einen im Verhältnisse zum BGB. erleichterten Rechtsschutz gegen die mit der Entwickelung von Handel und Verkehr stärker auftretenden Auswüchse des geschäftlichen Wettbewerbes gewähren. Es bietet also dem von dem unlauteren Wettbewerbe Betroffenen (sowie auch in gewissen Fällen anderen Gewerbetreibenden und Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen) Vorteile, die dieser sich zunutze machen kann. Es widerstrebt jedoch nicht seinem Zwecke, auch die allgemeineren Bestimmungen über unerlaubte Handlungen anzuwenden, falls auf diese Weise dem Verletzten Rechtsschutz gewährt werden kann. Die Gleichberechtigung beider Gesetze ist auch bei der Beratung des UnlWG. mehrfach zum Ausdrucke gekommen, wie unter anderem der KommB. 47 ergibt. Liegt eine unerlaubte Handlung im Sinne des BGB. vor, so kann der auf Grund dieser Vorschriften zu gewährende Rechtsschutz im Gerichtsstande des § 32 ZPO. auch nicht darum versagt werden, weil § 24 UnlWG. einen ausschließlichen Gerichtsstand anordnet. Dieser ist gegeben „für Klagen auf Grund d i e s e s Gesetzes, "nicht für Klagen aus unerlaubtem Wettbewerbe schlechthin. Die Erwägung, daß bei Verfolgung derartiger Ansprüche im Gerichtsstande des § 32 ZPO. der § 24 UnlWG. umgangen wurde, entbehrt daher der rechtlichen Grundlage (vgl. P i n n e r - E y c k 200 Nr. 5, F u l d 565 II, F i n g e r [3] 508 Nr. 3 b, sowie **RG. 74** 434 ff. über die ganz entsprechende Frage betreffend die Verjährungsfrist; d a g e g e n F i n g e r [4] 453 Nr. 3 b Abs. 2, R o s e n t h a l - W e h n e r 29).

§ 27. K i r c h b e r g e r. Vgl. zu § 101 GVG.

Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

1. BauersZ. **20** 207. Die GmbH. und der Immobilienverkehr.

2. GoldschmidtsZ. **73** 1. Liebmann, Vereinheitlichung des deutschen und österreichischen Rechtes der GmbH., gibt eine vergleichende Darstellung der beiden Gesetze.

Vorbemerkung: Die Frage, wann ein formbedürftiger Vertrag über die Abtretung eines Geschäftsanteils vorliegt, hat auch im abgelaufenen Berichtsjahre die Gerichte häufig beschäftigt. So hat das **RG. 80** 99 die Frage zu behandeln gehabt, ob der Auftrag zum Erwerb des Verfügungsrechts über Geschäftsanteile der Form bedürfe. Die Frage wurde verneint, und zwar auch für den Fall, daß der Beauftragte den Auftrag durch Selbsteintritt ausführe. Ebenso wurde die gerichtliche oder notarielle Beurkundung für nicht erforderlich erachtet für einen Garantievertrag, durch den jemand einem Gesellschafter einer GmbH. verspricht, für dessen Stammeinlage in der Weise aufzukommen, daß er ihm den Geschäftsanteil abnehmen werde (**RG. 82** 350). Auch die Abtretung der Ansprüche auf den Gewinnanteil und auf das Auseinandersetzungsguthaben seitens eines Gesellschafters sind nach **RG. 82** 167 nicht formbedürftig. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch der Aufsatz von Oppenheimer (§ 15 Ziff. 14) über den Handel in Geschäftsanteilen der in den Kolonien domizilierenden GmbH. Auch die Rechtsverhältnisse der GmbH. vor der Eintragung (§ 11) haben in der Rechtsprechung mehrfach Erörterung gefunden (Einfluß des Konkurses eines Gesellschafters, Abtretung des Geschäftsanteils vor Eintragung). Über das Verbot der Stammkapitalsauszahlung (§§ 30, 31) spricht sich **RG. 80** 148 aus. Von Bedeutung ist auch das Urteil des **RG. 80** 330, das die Bewertung schwebender Lieferungsverträge in der Bilanz, wenn die zu liefernden Waren am Bilanztage fertig lagern, zum Gegenstande hat (§ 42). Das gleiche Urteil befaßt sich auch mit der vom RG. schon wiederholt geprüften Frage, unter welchen Voraussetzungen das Gericht, wenn es den Bilanzgenehmigungsbeschluß aufhebt, befugt ist, die richtige Bilanz festzustellen und auf Zahlung der sich danach ergebenden eingeklagten Dividende zu erkennen. Gegen das Urteil hat sich Pinner mit sehr beachtenswerten Gründen gewandt (vgl. § 42 Ziff. 4). **RG. 80** 385 (vgl. § 47) gibt der GmbH. das Recht, den Gesellschaftsvertrag dahin abzuändern, daß sich die Gesellschafter, die mit der GmbH. in Wettbewerb stehen, in den Generalversammlungen durch Mitglieder der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrats vertreten lassen müssen, die nicht Konkurrenten der GmbH. sind. Die in Rechtslehre und Rechtsprechung streitige Frage, ob bei einer Kapitalserhöhung die Abnehmer der neuen Stammeinlagen auch für Fehlbeträge des schon vorhandenen Stammkapitals haften, und die umgekehrte Frage, ob die der Gesellschaft bereits angehörenden Gesellschafter auch für die Fehlbeträge späterer Kapitalserhöhung haften, bildet den Gegenstand der Entsch. von **RG. 82** 116 (vgl. § 55). Von der Liquidationseröffnungsbilanz (mit welchem Werte die dauernd zum Geschäftsbetriebe der GmbH. bestimmten Anlagen einzusetzen sind und wann sich aus der Bilanz eine Überschuldung ergibt) handelt **RG. 80** 105.

Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft.

§ 2. Abschluß des Gesellschaftsvertrags. 1. Auslegung des Gründungsvertrags; Heranziehung privatschriftlicher Urkunden. **RG. 79** 418 f. IDR. **11** § 2 Ziff. 1 und § 3 Ziff. 2 c.

2. RIA. **12** 233, DIZ. **13** 1140 (KG.). Vormundschaftsrichterliche Genehmigung des Vertrags bei Beteiligung eines Minderjährigen vgl. § 1822 BGB.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 243. Mündliche Vereinbarung über den Ort, an dem die bar einzuzahlenden Stammeinlagen gesammelt werden sollen, vgl. § 11 Ziff. 3.

§ 3. Inhalt des Gesellschaftsvertrags. 1. Ziff. 2. Gegenstand des Unternehmens. Marcus, KGBl. 12 49. Trotz der weitherzigen Auslegung, die das RG. dem § 3 Abs. 2 hinsichtlich der Bezeichnung des Gegenstands gegeben, muß der Registerrichter eine Spezialbezeichnung dann fordern, wenn er aus dem Gesellschaftsvertrag ersieht, daß der Gegenstand des Unternehmens auf Geschäfte gerichtet ist, die die besonderen Pflichten aus § 41 Abs. 4 erzeugen, da er sonst nicht die Kontroll- und Zwangsbefugnis aus §§ 13, 14 HGB., § 132 FGG. ausüben könnte.

2. Abs. 2. Verpflichtungen im Sinne des Abs. 2. a) **RG.** JW. **13** 743, BauerZ. **20** 277, HoldheimsMSchr. **13** 245, LeipzZ. **13** 783, Sächs. RpflA. **13** 345, WarnE. **6** 450, R. **13** Nr. 1655, 1656. § 3 Abs. 2 hat allerdings auch die Möglichkeit einer Verbindung der Rübenbaupflicht und anderer wiederkehrenden Leistungen mit der Mitgliedschaft im Auge, aber er beschränkt sich nicht auf wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen, sondern verlangt ganz allgemein die Aufnahme jeder Art von Verpflichtungen, die mit der Mitgliedschaft verbunden sind, in den Gesellschaftsvertrag außer der Kapitalseinlage. Der Abs. 2 des § 3 ist aber nicht der einzige Weg, auf dem den Mitgliedern einer GmbH. Verpflichtungen zu Leistungen an die Gesellschaft erwachsen können. Ebenso wie für das Aktienrecht können auch die Mitglieder einer GmbH. mit ihrer Gesellschaft und unter sich selbständige, formlos gültige Verträge schließen, durch die sie sich zu wiederkehrenden Leistungen verpflichten; nur darf in diesen Verträgen nicht eine gesellschaftliche Bestimmung getroffen werden wollen. So schon **RG. 79** 335. (Vgl. JDR. **11** § 3 Abs. 2 d). Hieraus folgt, daß die Verpflichtung zur Abtretung des Geschäftsanteils dann nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden mußte, wenn sie nach dem Willen der Beteiligten nicht als eine mit der Mitgliedschaft verbundene Pflicht gemeint war. **b) RG. 79** 271, DNotV. **13** 679. Wird ein Geschäft als Ganzes als Sacheinlage auf das Stammkapital geleistet, und übernimmt der Einbringende zugleich die Garantie für das Eingehen der Außenstände des Geschäfts, so liegt in dieser Garantieübernahme nicht die Übernahme einer „sonstigen Verpflichtung" im Sinne des § 3 Abs. 2. Die Übernahme dieser Verpflichtung braucht also nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen zu werden. Die zum Geschäftsvermögen gehörigen Außenstände machen nur einen unselbständigen Bestandteil des Geschäfts aus. Die aus der Garantieübernahme sich ergebende Verbindlichkeit begründet nur eine Nebenverbindlichkeit der Einlagepflicht. **c) RG. 79** 332. Inwieweit bedürfen Verpflichtungen der Gesellschafter, ihre Produktion an die GmbH. abzuliefern, der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag? Schon abgedruckt JDR. **11** § 3 Ziff. 2 d.

§ 4. Firma. 1. Marcus, KGBl. **12** 49. Handelt es sich um eine von einem Wortzeichen der Waren, unter dem der Handel betrieben werden soll, entnommene Sachfirma, so kann diese nicht beanstandet werden, weil das Warenzeichen nicht eingetragen ist. Es genügt der Nachweis der Anmeldung des Zeichens. Aussetzung der Eintragung bis nach Entscheidung des Patentamts wäre Beschwerdegrund. Wird patentamtlich das Zeichen versagt oder als unzulässig beseitigt, dann muß die Firma geändert werden (§ 76).

2. Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 301. Bei der Anmeldung von Sachfirmen, soweit diese die Anerkennung der Trägerschaft von Patent- und Gebrauchsrechten nach außen hin verkünden, hat der Registerrichter den Berechtigungsnachweis zu fordern; ehe er die Eintragung bewilligt. Allerdings in eine materielle Nachprüfung, wenn etwa jene Berechtigungen von dritter Seite bestritten werden, hat er nicht einzutreten. Ihm müssen die Urkundennachweise, insbesondere behördliche, genügen.

3. RJA. 12 37, ZBlFG. 13 499, BauersZ. 20 115, DNotV. 13 678, R. 13 Nr. 268 (KG.). Wenn in der Firma der Name eines Gesellschafters enthalten ist, so kann die Streichung des Namens ohne seine Zustimmung wie eine Änderung des Gesellschaftsvertrags beschlossen werden, es sei denn, daß dem Gesellschafter ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag oder sonstwie das Recht auf Beibehaltung seines Namens in der Firma eingeräumt worden ist.

4. Sitzverlegung. Prüfungsrecht des Registerrichters. JDR. 11 1254 § 4 m f. KGJ. 44 152, RJA. 12 136, OLG. 25 411, ZBlFG. 13 112, R. 13 Nr. 2175.

§ 5. Sacheinlagen. 1. RJA. 12 58, ZBlFG. 13 506, HoldheimsMSchr. 13 136, R. 13 Nr. 263. (KG.). Rechte aus einem Vertragsangebote können nicht als Sacheinlage dienen. Denn es erwächst dem Antragsempfänger aus dem Angebote grundsätzlich ein übertragbares Recht nicht. Die Bindung des Antragenden hat nur zur Folge, daß durch rechtzeitige Annahme Rechte und Pflichten entstehen können. Durch das Angebot allein wird ein für den Rechtsverkehr in Betracht kommender Wert noch nicht geschaffen. Eine andere Beurteilung wäre nur zulässig, wenn der Antragende dem Antragsempfänger gestattet, eine andere Person zu ermächtigen, statt seiner das Angebot anzunehmen. Und selbst in diesen Fällen wäre die Einlagefähigkeit bedingt dadurch, daß die Annahmefrist noch nicht abgelaufen ist. Vgl. unten Ziff. 4.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. 13 247, BauersZ. 21 62, R. 13 Nr. 1657. Haben die Gründer der Gesellschaft sich vertraglich nur zu Sacheinlagen verpflichtet, so wandelt sich diese Verpflichtung im Falle ihrer Nichterfüllung nicht, jedenfalls nicht ohne weiteres in die Verpflichtung zur Zahlung des der Sacheinlage entsprechenden Geldbetrags. Haben die Gesellschafter die Verpflichtung, für den rechtlichen Bestand der auf das Stammkapital gemachten Einlage (z. B. eines Patents) einzustehen, in dem Vertrage selbst und zwar in einer für Dritte, für das mit der GmbH. verkehrende Publikum klar erkennbaren Weise ausgeschlossen, so kann von ihnen die Einzahlung der von ihnen übernommenen Stammanteile in bar nicht verlangt werden. § 437 BGB. ist dispositives Recht.

3. **RG.** JW. 13 1040, LeipzZ. 13 682, R. 13 Nr. 2176. Für den Wert eingebrachter Sachen haftet der Gesellschafter ebensowenig, wie der Veräußerer für den Wert der von ihm veräußerten Sachen einzustehen hat, es sei denn, daß eine Haftungsübernahme vereinbart ist. Sonst haftet der Gesellschafter nur auf den Nennbetrag seines Geschäftsanteils. Nach dem Nennbetrag erfolgt die Verteilung des Vermögens bei Auflösung der Gesellschaft. Folglich wird der Verlust eines Gesellschafters nach dem Ausfall am Nennbetrage, nicht nach dem Ausfall an Wert der eingebrachten Sache bestimmt.

4. HoldheimsMSchr. 13 136. Ob ein von einem Gesellschafter eingebrachtes Objekt eine geeignete Sacheinlage darstellt, hängt davon ab, ob es als Aktivum bilanzmäßig bezifferbar und juristisch Gegenstand einer Verfügung, solcher des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs sein kann. Vertragsangebote sind also nichtinferierbar (vgl. oben Ziff. 1); Rechte, unkörperliche Sachen überhaupt nicht, soweit sie nach Entstehung und Bestand Gegenstände des Verkehrs nicht sind. Danach scheiden alle personenrechtliche Rechte aus und alle Rechte, die unverfügbar und unübertragbar nach Zivilrecht sind. Also sind Illationen von Geschäftsvertretungen, z. B. Inseratenvertretungen, soweit sie eben wie regelmäßig nur an die Person geknüpfte Erwerbsmöglichkeiten sind, nicht zur Sacheinlage geeignet. Ebenso bezüglich der Inseratenvertretungen KGJ. 44 146, HoldheimsMSchr. 13 106.

5. Nichtpatentierte Erfindungen. RJA. 12 238, ZBlFG. 14 410 (KG.). Es können zwar erst künftig möglicherweise entstehende Ansprüche, z. B.

Patente für noch zu machende Erfindungen nicht eingebracht werden; dagegen steht der Einbringung von Erfindungen, auch wenn sie noch nicht patentiert sind, als Sacheinlage nichts im Wege. Der Erfinder hat an der Erfindung schon vor der Anmeldung zum Patent ein absolutes, übertragbares Vermögensrecht.

6. SächsOLG. **34** 451, BauersZ. **21** 36. Haftung der GmbH. für die Schulden des von einem Gesellschafter eingebrachten Handelsgeschäfts.

7. Einlage eines Geschäfs als Ganzes s. § 3 Ziff. 2 b.

§ 7. Anmeldung zur Eintragung. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 703. Eine im Gesellschaftsvertrage vorgesehene Geschäftsordnung, die das Verfahren bei Verhängung von Vertragsstrafen gegen die Gesellschafter ordnet, bedarf der Eintragung nicht.

2. Abs. 2. a) **RG.** R. **13** Nr. 1997, 1999. Wirkung einer Eintragung, wenn das Viertel der Stammeinlagen nicht eingezahlt ist. Vgl. § 75 bei a. b) KGJ. **43** 107, RJA. **12** 129, ZBlFG. **13** 107, BauersZ. **20** 228, R. **13** Nr. 2177. Bei gemischten Stammeinlagen muß auf den bar zu zahlenden Betrag ein Viertel eingezahlt sein, ehe die Anmeldung der Gesellschaft erfolgen kann. Es ist nicht angängig, das Viertel nach dem Nennbetrage der ganzen, gemischten Stammeinlage zu berechnen und darauf die Sacheinlage mit ihrem im Gesellschaftsvertrag ausgeworfenen Werte anzurechnen. c) § 7 Abs. 2 Schutzgesetz im Interesse der Gesellschaftsgläubiger? Vgl. unten zu § 82.

§ 8. Anmeldung. I. Abs. 1 Ziff. 3. Marcus, KGBl. **12** 49. Das Erfordernis der Standesangabe kommt nur insoweit in Betracht, als im Falle der Zugehörigkeit zu einem gewissen Stande die Standesangabe geeignet ist, die Personenbezeichnung zu ergänzen; sie kann aber nicht absolut gefordert werden, wenn der Gesellschafter keinen Stand als Sondersignatur für sich geltend machen kann.

II. Abs. 2. Versicherung der gemachten Bareinlagen und des freien Verfügungsrechts des Geschäftsführers. 1. RJA. **12** 49, BauersZ. **20** 113, ZBlFG. **13** 499, DNotV. **13** 678, R. **13** Nr. 264 (KG.). Bei Anmeldung einer GmbH. zur Eintragung kann „die Versicherung", daß die baren Stammeinlagen voll bewirkt sind usw., auch durch andere Werte ersetzt werden. Der Gebrauch des Wortes: „Versicherung" ist nicht notwendig.

2. **RG.** SächsRpflA. **13** 30. Zu der nach § 8 Abs. 2 notwendigen Versicherung, daß der Gegenstand der Leistungen sich in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet, genügt es bei Bareinlagen nicht, daß ein entsprechender Betrag vor der Errichtung der Gesellschaft für gesellschaftliche Zwecke aufgewendet worden ist. Bare Zahlung verlangt das Gesetz zwar nicht und es schreibt auch nicht, wie bei der Aktiengesellschaft, vor, daß der einzuzahlende Betrag zu dem maßgebenden Zeitpunkte im Besitze des Geschäftsführers sei. Immerhin muß es sich, wenn etwas anderes als bares Geld in Verrechnung auf die Geldeinlagen zugelassen werden soll, um Leistungen handeln, die wirtschaftlich der Barzahlung gleichstehen, also um solche, die jeden Augenblick mit zweifelloser Sicherheit in bares Geld umgesetzt werden können.

3. Begriff der „freien Verfügung". **RG.** BauersZ. **21** 69, HoldheimsMSchr. **13** 243. Die Einzahlungen stehen dann zur freien Verfügung der Geschäftsführer, wenn die Gesellschafter sich des Geldes dadurch entäußern, daß es einem Treuhänder gegeben wird, damit dieser, wenn auch erst nach der Anmeldung, das Geld den Geschäftsführern ausfolge.

4. § 8 Abs. 2 Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger? Vgl. unten zu § 82.

III. Grenzen der Satzungsprüfung des Registerrichters bezüglich Sacheinlagen. a) HoldheimsMSchr. **13** 136. Unzweifelhaft

ist der Registerrichter prüfungspflichtig, ob das Illatum überhaupt eine geeignete Sacheinlage ist (RJA. 12 59, HoldheimsMSchr. 13 106), aber nicht hat er zu prüfen, ob über die in die freie Verfügung des Geschäftsführers von dem Inferenten eingebrachte Sacheinlage der letztere die Verfügungsbefugnis hatte. In dieser Richtung wäre eine Beanstandung seitens des Registerrichters nur am Platze, wenn bei ihm Einsprache oder sonst Ansprüche Dritter angemeldet worden wären. b) HoldheimsMSchr. 13 136. Im Gegensatze zum KG., das (RJA. 12 59) die Frage, ob das Registergericht in eine Prüfung des Wertes der Sacheinlage einzutreten habe, verneint, ist anzunehmen, daß eine solche Prüfung zulässig und notwendig ist. c) HoldheimsMSchr. 13 107 bekämpft ebenfalls die unter b erwähnte Ansicht des KG., daß der Richter den Wert der Sacheinlage nicht nachzuprüfen habe, und hält es für Pflicht des Richters, materiellen Fraudulositäten bei Prüfung der Eintragungsanmeldung zu begegnen.

§ 11. Die Gesellschaft vor Eintragung. 1. **RG. 82** 288, JW. **13** 924, BayerZ. **21** 38, ZAktWes. **13** 191, R. **13** Nr. 1998. Bis zur Eintragung der GmbH. bilden die Gründer eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes (**RG. 58** 56). Bei der durch den Gesellschaftsvertrag errichteten und bei der in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaft handelt es sich jedoch nicht um verschiedene Vereinigungen, sondern um dieselbe Vergesellschaftung in verschiedenen Entwicklungsstadien. Diese Identität zeigt sich auch darin, daß die für die werdende GmbH. im Stadium der Gründung entstandenen Rechte und Pflichten ohne weiteres auf die eingetragene GmbH. übergehen, ohne daß es einer besonderen Übertragung bedürfte. Für die Rechtsverhältnisse der werdenden Gesellschaft sind auch die Grundsätze, die von der eingetragenen Gesellschaft gelten, heranzuziehen. Deshalb wird als Vertragswille anzunehmen sein, daß die noch nicht eingetragene GmbH. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters nicht aufgelöst wird.

2. PosMSchr. **13** 12 (Königsberg). Zwar ist nach der herrschenden Ansicht die Gesellschaft in der Zeit zwischen dem Abschluß des Gesellschaftsvertrags und der Eintragung in das Handelsregister als Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes aufzufassen. Aber die werdende GmbH. darf doch nicht als völlig von den Grundsätzen des GmbHG. gelöst betrachtet werden. Auch ihre Rechtsverhältnisse müssen nach den Grundsätzen dieses Gesetzes beurteilt werden, freilich immer unter Berücksichtigung des Umstands, daß die Gründergesellschaft die entstehende, noch nicht eingetragene GmbH. ist. Danach muß aber angenommen werden, daß auch die noch nicht eingetragene GmbH. ebenso wie die eingetragene durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters nicht aufgelöst wird. Eine andere Frage ist, ob der Konkurs des Gesellschafters nicht den anderen das Recht zur Auflösungsklage nach § 61 gibt.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 243, LeipzZ. **13** 946. Die zwischen den Mitgliedern der Gründungsgesellschaft einer GmbH. getroffene Abrede darüber, wo die vor der Anmeldung der GmbH. bar einzuzahlenden Stammeinlagen gesammelt werden sollen, um den Geschäftsführern zur freien Verfügung gestellt zu werden, ist mündlich gültig.

4. Abtretung eines Geschäftsanteils vor Eintragung der Gesellschaft. WürttJ. **24** 274 (Stuttgart). Die Geschäftsanteile einer GmbH. sind abweichend von § 717 BGB. veräußerlich, und es bestehen auch keine Bedenken, die Abtretung von Geschäftsanteilen einer erst künftig zur Entstehung gelangenden GmbH. für zulässig zu erklären. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen wenn der Gesellschaftsvertrag schon errichtet und die Entstehung der GmbH. nur noch von der Eintragung ins Handelsregister abhängt.

5. Abs. 2. Die persönliche Haftung der vor der Eintragung für die GmbH. Handelnden. Bendix, SeuffBl. **13** 55. a) Durch die rechtliche Selbständigkeit der Haftung des Handelnden wird nicht ausgeschlossen, daß die Haftung ihrem Inhalt und Umfang gemäß dem Rechtsgeschäfte zu bestimmen ist, das zwischen der GmbH. und ihrem Vertragsgegner zustande gekommen wäre, wenn die GmbH. damals eingetragen gewesen wäre. Die Haftung aus dem Handeln im Namen der nicht eingetragenen GmbH. ist also rechtlich wesentlich verschieden von einer etwaigen vertraglichen Haftung des Handelnden aus einem von ihm im eigenen Namen abgeschlossenen Vertrage. Also Umfang der Zinspflicht nach § 352, 353 HGB., auch wenn der Handelnde Nichtkaufmann ist, aber mit einem Kaufmann abgeschlossen hat. Nach demselben Gesichtspunkte bemißt sich die Frage der Verjährung, also eventuell § 196 Abs. 4 BGB. (vgl. **RG. 75** 203). b) Die Haftpflicht des Handelnden ist jedenfalls dann begründet, wenn ein notariell abgeschlossener, formell gültiger Gründungsvertrag vorlag, der zu jener Zeit von allen Beteiligten für materiell bindend erachtet wurde. Die Anwendbarkeit des § 11 Abs. 2 wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß sich demnächst Streitigkeiten zwischen den Beteiligten und materiell-rechtliche Anstände aus dem Vertrage gegen seine Wirksamkeit als Gründungsvertrag ergeben. Insbesondere kann dem anderen Vertragsteil nicht zugemutet werden, daß er die Stellung des Registerrichters einnehme und wie ein solcher prüfe, ob auf Grund des formell gültigen Vertrags die Eintragung erfolgen könne. So **RG. 70** 296, die das Vorbringen für unerheblich erachtet, es habe ein rechtsgültiger Vertrag noch gar nicht vorgelegen, weil die Einlage des einen Gesellschafters noch nicht bestimmt festgesetzt gewesen sei. c) Zu den Handelnden im Sinne des § 11 Abs. 2 gehören nicht nur die, die selbst persönlich abschließen, sondern auch die Gesellschafter, mit deren Wissen und Willen im Namen der Gesellschaft gehandelt ist. Dagegen reicht eine nachträgliche Zustimmung zu der vorher im Namen der GmbH. erfolgten Geschäftsführung nicht aus (**RG. 70** 296); §§ 177 und 182 BGB. finden keine Anwendung. d) Die Haftpflicht des Handelnden ist unabhängig davon, ob dem Vertragsgegner die Nichteintragung bekannt war. Durch Vereinbarung kann die Haftung ausgeschlossen werden, auch eine Entlassung aus der Haftung nach § 397 oder eine Befreiung durch Schuldübernahme nach § 417 ist zulässig; aber weder die Kenntnis der Vertragsgegner von der Nichteintragung, noch die bloße Tatsache einer Genehmigung des Geschäfts seitens der später eingetragenen GmbH. reicht ohne weiteres hin, um die Haftpflicht aufzuheben (**RG. 72** 401).

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

RG. BauersZ. **21** 40, LeipzZ. **13** 706. Eine im Gesellschaftsvertrage vorgesehene und entsprechend den Bestimmungen des Statuts zustandegekommene Geschäftsordnung ist auch ohne Eintragung in das Handelsregister gültig.

§ 13. 1. GmbH. als persönlich haftender Gesellschafter einer oHG. oder einer Kommanditgesellschaft? a) Hachenburg, DJZ. **13** 53, bespricht zustimmend das die Frage bejahende in JDR. **11** § 13 Ziff. 1, RJA. **12** 28 und SeuffA. **67** 470 abgedruckte Urteil des BayObLG. Die aus dieser Verbindung sich ergebenden Schwierigkeiten sind recht wohl lösbar. Die Geschäftsführung in der Kommanditgesellschaft liegt der GmbH. ob; sie übt diese Rechte durch ihre Geschäftsführer aus. Sind die Geschäftsführer zur Einzelvertretung der GmbH. befugt, so sind sie es auch bei der Kommanditgesellschaft. Eine Beifügung des eigenen Namens der Geschäftsführer bei Zeichnung der Firma der Kommanditgesellschaft bedarf es nicht; die Geschäftsführer vertreten ja nicht die GmbH., sondern die Kommanditgesellschaft. Bei Kollektivvertretung nach dem Statute der GmbH.

muß auch die Führung der Geschäfte der Kommanditgesellschaft gemeinsam erfolgen, und dann ist auch deren Firma nur von den mehreren Geschäftsführern gemeinsam zu zeichnen. Wird die GmbH. aufgelöst, so muß dies die Auflösung der Kommanditgesellschaft zur Folge haben. Das kann auch auf Klage eines der Gesellschafter erfolgen. Die beiden Gesellschaften müssen in engem Konnex gehalten werden. Es darf eine Übertragung der Geschäftsanteile der GmbH. nicht ohne die der Kommanditgesellschaft erfolgen. Einen rechtlichen Gegensatz bildet die Möglichkeit, die GmbH. auf unbestimmte Zeit zu begründen. Für die Kommanditgesellschaft ist eine fest bestimmte Zeit nötig; andernfalls sie jedes Geschäftsjahr kündbar wäre. Hier muß die GmbH. nachgeben; sie kann in gleicher Weise wie die Kommanditgesellschaft kündbar gemacht werden. Beide Kündigungen müssen wieder verbunden sein. **b)** Liebmann, DJZ. **13** 230, erhebt im Hinblick auf die praktische Konsequenz und auf die Führung einer unzulässigen Firma Bedenken gegen das vorerwähnte Urteil des BayObLG.

2. Haftung der GmbH. für die Schulden eines von ihr mit der Firma übernommenen Geschäftes; Einfluß des Firmenzusatzes „GmbH.". JDR. **11** § 13 Ziff. 3 a f. BauersZ. **20** 116, ZAktWes. **13** 190.

3. **RG. 80** 427. Zulässigkeit der Erteilung einer gewerblichen Konzession an die GmbH. Vgl. HGB. S. 503, Vorb. Ziff. 3.

§ 14. Geschäftsanteil. Anfechtung der Übernahmeerklärung vgl. § 55 Ziff. 1.

§ 15. Veräußerung der Geschäftsanteile. I. Vertragliches Verbot der Veräußerung und Vererblichkeit der Geschäftsanteile. **RG. 80** 175, BauersZ. **20** 206, DNotV. **13** 679, LeipzZ. **13** 71, JDR. **11** § 15 Ziff. I b. Im Gründungsvertrag einer GmbH. kann unter Zustimmung aller Gesellschafter rechtswirksam vereinbart werden, daß der Geschäftsanteil eines Gesellschafters mit dessen Tod nicht seinen Erben, sondern Dritten zustehen soll.

II. BauersZ. **20** 140 (KG.). Ein Urteil, das den Beklagten verurteilt, Stammanteil an den Kläger zu übertragen, ist nicht nach § 894 ZPO. zu vollstrecken, sondern als Verurteilung zur Vornahme einer Handlung nach § 888 durch Androhung von Geldstrafen; eine vorläufige Vollstreckbarkeit eines solchen Urteils ist also zulässig.

III. Abs. 3 und 4. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 141, 221, BayRpflZ. **13** 91, BauersZ. **20** 157, WarnE. **6** 142, R. **13** Nr. 578. Dieser Vorschrift, die auch dann Anwendung findet, wenn eine Vereinbarung auf Abtretung eines Geschäftsanteils vor Eintragung der Gesellschaft getroffen wird, sind alle Vereinbarungen unterworfen, die auf Abtretung von Geschäftsanteilen gerichtet sind, selbst auf solche Verträge, die auf Verpflichtung zur Abnahme von Anteilen gerichtet sind, wenn sie auch dem Gesellschafter freie Hand lassen, die Anteile zu veräußern oder zu behalten, wie z. B. bei Rückkaufsabreden mit der Gesellschaft oder Dritten. Handelt es sich um eine Alternativobligation im Sinne des § 262 BGB., so sind von vornherein beide Leistungen, also auch die Abtretung des Geschäftsanteils, in obligatione, wenngleich nur die eine oder die andere in solutione ist. Zweifelhaft möchte sein, ob gleiches im Falle einer bloßen facultas alternativa gälte, obschon sich auch hier noch sagen ließe, daß die Vereinbarung die Abtretung von Geschäftsanteilen zum Gegenstande habe.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1814. Für die Vereinbarung, daß die GmbH. den Geschäftsanteil eines Gesellschafters unter gewissen Voraussetzungen ankaufen soll, findet der Formzwang des § 15 Anwendung (vgl. § 30 Ziff. 2).

3. **RG. 80** 99, BauersZ. **20** 89 (vgl. JDR. **11** § 15 III 4). Der Auftrag zum Erwerbe des Verfügungsrechts über Geschäftsanteile bedarf nicht der Form des § 15. Denn der Auftrag hat die Verpflichtung zur Lieferung von Geschäftsanteilen zum Gegenstande, die der Kommissionär im eigenen Namen, aber für Rechnung der Kommittenten erwerben soll. Eine Verpflichtung zur Abtretung bildet nicht den unmittelbaren Inhalt des Vertrags. Nur eine solche Vereinbarung, die die Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet, fällt unter § 15 Abs. 4. Daß der Kommissionär in Ausführung des Auftrags den Anteil dem Kommittenten abtreten und dieser den Anteil abnehmen muß, ändert daran nichts. Derselbe Grundsatz ist auch in dem ähnlich liegenden Falle anerkannt, wenn ein Auftrag zum Erwerbe von Grundeigentum erteilt ist (**RG. 54** 75). Ein Selbsteintritt des Kommissionärs ist möglich; denn wenn auch § 400 HGB. nur von der Kommission zum Einkauf von Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, spricht, so ist § 400 doch kein zwingendes Recht, so daß die Parteien anders bestimmen können. Aus dieser durch den Selbsteintritt des Kommissionärs geänderten Rechtslage folgt aber nicht, daß durch den Selbsteintritt eine Verabredung geschaffen sei, die die Verpflichtung zur Abtretung von Geschäftsanteilen begründet. Denn der Selbsteintritt besagt weiter nichts, als daß der Kommissionär seinen in rechtsgültiger Form zu erwerbenden Anspruch auf Lieferung von Geschäftsanteilen auf den Kommittenten zu übertragen hat. Auch jetzt noch sind nicht Geschäftsanteile Gegenstand des Vertrags, sondern es handelt sich nur um die Abtretung eines Anspruchs auf Lieferung von Geschäftsanteilen. Der vorliegende Fall unterscheidet sich rechtlich sowohl von dem Falle, in dem eine Partei sich verpflichtet, das Eigentum an dem einem Dritten gehörigen Grundstücke der Gegenpartei durch Einwirkung auf den Dritten zu verschaffen, wie auch von dem Falle, wo die eine Partei dafür einsteht, daß ein Dritter das Eigentum an seinem Grundstücke dem Vertragsgegner abtrete (**RG. 77** 130).

4. JW. **13** 284, BauersZ. **20** 229 (Hamm). Ein Vertrag, durch den sich der Geschäftsführer einer GmbH. von einem Gesellschafter das Versprechen erteilen läßt, daß letzterer die vom Geschäftsführer übernommenen Geschäftsanteile im Falle des Austritts des Geschäftsführers zum Nennwerte zurücknehmen werde, unterliegt als ausgesprochener Garantievertrag nicht der Formvorschrift des Abs. 4. Zwar hat das RG. in ständiger Rechtsprechung die Vorschrift des § 15 Abs. 4 auch auf solche Verträge, die die einseitige Rückerwerbsverpflichtung ohne gegenüberstehende Übertragungspflicht des Gegners zum Inhalt hat, für anwendbar erklärt und hiervon auch die Verträge nicht ausgenommen, die lediglich eine Garantie bezwecken. Bei reinen Garantieverträgen versagt aber die vom RG. in den Vordergrund gerückte Absicht des Gesetzgebers durch die Formvorschrift den spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen zu verhindern Es kann nicht der Wille des Gesetzgebers sein, der Formvorschrift auch Vereinbarungen zu unterstellen, die jeden spekulativen Charakters entbehren, im Gegenteil vernünftigen wirtschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung tragen, vgl. Fuchs, JW. **11** 261, 837.

5. Das vorstehend abgedruckte Urteil des OLG. Hamm ist vom **RG. 82** 350, BauersZ. **20** 274, JW. **13** 1041, LeipzZ. **13** 761, DJZ. **13** 1201 bestätigt worden mit folgenden Ausführungen: das RG. hat wiederholt ausgesprochen, daß sich die Formvorschrift des § 15 Abs. 4 auf alle Verträge bezieht, die auf die Abtretung von Geschäftsanteilen gerichtet sind, und daß hierzu auch solche Vereinbarungen gehören, durch die sich jemand einem Gesellschafter gegenüber zur Abnahme des Geschäftsanteils verpflichtet, auch wenn dieser Gesellschafter eine Verpflichtung zur Abtretung nicht übernimmt, die Abtretung vielmehr von seinem Belieben abhängt. In mehreren Urteilen ist dieser Grundsatz auch auf Garantieverträge angewendet, wonach jemand gegenüber einem Gesellschafter für dessen Stammeinlage in der Weise auf-

zukommen sich verpflichtet, daß er ihm den Geschäftsanteil abzunehmen verspricht. Ob die gegen diese Rechtsprechung erhobenen Einwendungen zutreffen, braucht hier nicht geprüft zu werden, da die Verpflichtung des Beklagten zum Rückerwerbe der Geschäftsanteile nicht den unmittelbaren Gegenstand des Vertrags bildet, vielmehr nur eine aus der Garantieverpflichtung von selbst folgende gesetzliche Nebenwirkung ist. Wie der Auftrag zum Erwerbe von Geschäftsanteilen nicht dem Formzwang unterliegt, weil hier nur die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung den wesentlichen Inhalt des Vertrags bildet, die Verpflichtung zur Abtretung des Geschäftsanteils aber aus dem Auftrage schon kraft Gesetzes folgt, so muß das gleiche auf alle Verträge zutreffen, bei denen die Verpflichtung zur Abtretung nicht den unmittelbaren Vertragsinhalt, sondern nur eine gesetzliche Nebenwirkung eines auf ein anderes Hauptziel gerichteten Vertrags bildet. Zu dem Urteile des RG. vgl. Biermann, JW. **13** 1068.

6. BayerZ. **20** 91. Der Auftrag, eine Beteiligung bei GmbH. zu besorgen, kann formlos geschehen. Vgl. JDR. **11** § 15 III 5 a.

7. **RG.** R. **13** Nr. 2640. Die Zustimmung des Gesellschafters zur Einziehung seines Anteils oder eines Teiles davon zwecks Herabsetzung des Stammkapitals bedarf der Form nicht; denn die Zustimmung bedeutet nur die Einwilligung in die Vernichtung des Anteils, nicht die Abtretung des Anteils an die Gesellschaft.

8. BadRpr. **13** 165 (Karlsruhe). § 15 Abs. 4 ist entsprechend auch auf die Verpflichtung zum Erwerb eines Geschäftsanteils anzuwenden.

9. BadRpr. **13** 158 (Karlsruhe). Ist die Form des § 15 Abs. 4 nicht beobachtet, so bleibt der Veräußerer des Geschäftsanteils gegenüber der GmbH. als Eigentümer legitimiert.

10. **RG.** BayerZ. **13** 61. Die bloße Nichterfüllung des wegen Verletzung der vorgeschriebenen Form der Rechtsgültigkeit entbehrenden Vertrags begründet nicht ohne weiteres ein Recht des Gegners zur Berufung auf § 826 BGB.

11. **RG. 82** 167, JW. **13** 745, LeipzZ. **13** 545, BayerZ. **20** 278, DJZ. **13** 978, R. **13** Nr. 1813. Das Formerfordernis gilt nur für die Abtretung des Geschäftsanteils als solchen, bezieht sich dagegen nicht auf die Abtretung einzelner durch den Geschäftsanteil begründeten Forderungen, insbesondere des Anspruchs auf den Geschäftsgewinn. Bei der GmbH. überwiegt im Gegensatze zur Aktiengesellschaft das persönliche, auf Vertrauen der Gesellschafter beruhende Verhältnis. Dieses zu erhalten, ist Zweck des § 15. In dem Komplex der mit dem Geschäftsanteile verknüpften Rechte gibt es eine Anzahl von solchen, die auf dem persönlichen Verhältnisse der Gesellschafter beruhen; so die in den §§ 45—51 G. vorgesehenen Mitgliedschafts- und Verwaltungsrechte. Daneben gibt es Vermögensrechte, die zwar aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringen, aber nach Natur und Zweck nicht dauernd an die Mitgliedschaft geknüpft sind. So die Ansprüche auf Gewinnanteil und auf das Auseinandersetzungsguthaben. In solchen Fällen ist kein Grund für erschwerte Übertragungsform vorhanden.

12. **RG.** WarnE. **6** 368, R. **13** Nr. 885. Durch den nachträglichen Abschluß des Abtretungsvertrags in gerichtlicher oder notarieller Form erlangt das vorher ohne Beobachtung dieser Form abgeschlossene Kausalgeschäft in vollem Umfang und mit allen von den Parteien getroffenen Abreden Rechtsgültigkeit.

13. Neukamp, R. **13** 533. Das der Veräußerung eines Geschäftsanteils zugrunde liegende Kausalgeschäft ist, wenn es ohne Beobachtung der gerichtlichen oder notariellen Form abgeschlossen ist, in vollem Umfange gültig, sofern bereits ein in der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgeschlossener Abtretungsvertrag

vorliegt; er wird in vollem Umfange gültig, wenn dieser Abtretungsvertrag nachträglich verlautbart wird. Diese Sätze gelten auch für ein Schuldanerkenntnis, das sich auf einen aus der Veräußerung eines Geschäftsanteils erwachsenen Anspruch bezieht. Auf die in § 15 Abs. 4 vorgesehene Heilwirkung finden die Vorschriften des § 141 Abs. 2 BGB. in vollem Umfang Anwendung.

14. Handel in Geschäftsanteilen der in den deutschen Kolonien domizilierenden GmbH.; Vollmacht. (Vgl. JDR. **11** § 15 Ziff. III 4). Oppenheimer, LeipzZ. **13** 735. Der An- und Verkauf solcher Anteile geschieht durch Vermittlung von Bankinstituten, die hierbei als Eigenhändler auftreten, in der Regel in der Weise, daß von der Formvorschrift des § 15 abgesehen wird und der Verkäufer dem Käufer gegen Zahlung des Kaufpreises eine Vollmacht aushändigt, die von der Beschränkung des § 181 BGB. Befreiung erteilt. In dieser Blankovollmacht wird nur der Geschäftsanteil näher bezeichnet, während der Name des Käufers nicht eingesetzt wird, ebensowenig wie die notarielle Beglaubigung der Unterschrift des Verkäufers üblich ist. Auf Grund einer solchen Vollmacht nimmt meistens der Käufer den nach § 15 erforderlichen formellen Übertragungsakt nicht vor, sondern verkauft den Anteil unter gleichzeitiger Übergabe der Vollmacht weiter, so daß es vorkommt, daß eine solche Vollmacht durch zehn und mehr Hände geht, bevor die Umschreibung des Anteils auf den letzten Erwerber im Gesellschaftsbuche vorgenommen wird. Eine solche Vollmacht ist nichtig. Zwar schreibt § 167 Abs. 2 BGB. vor, daß die Erklärung der Vollmacht nicht der Form bedarf, die für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Allein das bezieht sich nur auf eine abstrakte und darum auch kraft Gesetzes widerrufliche Vollmacht (vgl. **RG. 62** 313, **79** 212). Die Nichtigkeit der Vollmacht macht aber eine vom Bevollmächtigten in der Form des § 15 Abs. 4 vorgenommene Übertragung des Geschäftsanteils nicht derart nichtig, wie wenn sie gar nicht geschehen wäre; sie hat vielmehr auf die Übertragung nur insofern Einfluß, als die beabsichtigte Wirkung gegenüber dem Vollmachtgeber nicht eintritt. Trotz der formell erteilten Vollmacht hat der Bevollmächtigte ohne Vertretungsmacht gehandelt, so daß die Vorschriften der §§ 177 ff. BGB. Anwendung finden. Wird über das Vermögen des Vollmachtgebers Konkurs eröffnet und ist in diesem Zeitpunkte der letzte Erwerber des Geschäftsanteils im Besitze der Vollmacht, ohne daß die Übertragung des Geschäftsanteils in der Form des § 15 vorgenommen ist, so ist zunächst zu prüfen, ob nicht der in der Vollmachtserteilung liegende Auftrag nach § 23 KO. erloschen ist. Das ist zu verneinen, weil § 23 KO. nur jederzeit widerrufliche Vollmachten im Auge hat. Dagegen kann der Konkursverwalter die Vollmachtserteilung nach § 30 KO. anfechten. Ist die Vollmacht zum Zwecke der Sicherheitsbestellung erteilt, dann braucht der Konkursverwalter die Anfechtung überhaupt nicht zu erklären, sondern kann sich mit Erfolg darauf berufen, daß eine rechtsgültige Sicherheitsbestellung noch nicht vorliegt.

15. *Dalberg, 20 Jahre GmbH., DJZ. **12** 613. Die notarielle Beurkundung von GmbH.-Anteilsübertragungen wird insofern vielfach umgangen, als Anteile auf eine Bank fiduziarisch übertragen und die Ansprüche auf Rückübertragung gegen die Bank weiter zediert werden. Diese Art der Übertragung wird durch die Formvorschrift des § 15 GmbHG. nicht erfaßt und ist formlos für gültig zu erachten, ebenso wie die Judikatur formlose Abtretung von Ansprüchen auf Grundstücksübertragung zuläßt.

16. Form der Verpfändung von Geschäftsanteilen. Cohn, JW. **13** 289, widerspricht dem aus § 1274 BGB. gezogenen Schluß, daß die Beobachtung der gerichtlichen oder notariellen Form bei Verpfändung eines Geschäftsanteils auch auf seiten des Pfandgläubigers notwendig sei. § 1274 BGB. ist nicht wörtlich, sondern nur sinngemäß anzuwenden und rechtfertigt nur den Schluß,

daß er die Beobachtung der für die Übertragung vorgeschriebenen Form nur für den Verpfänder als den eventuell übertragenden Teil, nicht aber für den Pfandgläubiger vorschreibt.

IV. Anfechtung eines Anteilserwerbes. Ansprüche des getäuschten, beim Vertrage stehen bleibenden Käufers. WürttJ. **24** 274 (Stuttgart). Der Käufer kann nicht etwa aus dem Gesichtspunkte, daß der Verkäufer ihn über eine Eigenschaft der Kaufsache getäuscht hat, diesen an seiner falschen Versicherung in der Weise festhalten, daß er ihn infolge des Fehlens dieser Eigenschaft auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch nimmt. Sondern es kommt die Bestimmung im § 249 BGB. zur Anwendung. Danach kann Käufer nur verlangen, daß er in die Lage versetzt werde, in der er sich befunden haben würde, wenn er nicht beim Vertragsabschluß getäuscht worden wäre. Sein Anspruch beschränkt sich daher auf das negative Vertragsinteresse.

§ 16. Abs. 1. Anmeldung des Überganges eines Geschäftsanteils. BauersZ. **20** 274. Die nach § 16 Abs. 1 erforderliche Anmeldung des Erwerbers eines Geschäftsanteils kann dadurch ersetzt werden, daß der Geschäftsführer auf Grund eines ihm bekannt gewordenen Verkaufs des Geschäftsanteils den Käufer mit seinem Einverständnis ohne weiteres als Gesellschafter zuläßt und ihn als solchen behandelt. Das Verhalten des Veräußerers und Erwerbers einerseits und des Geschäftsführers anderseits ersetzen die mündliche oder schriftliche Anmeldung, und deshalb vermag sich weder die Gesellschaft noch der Käufer auf das Fehlen einer besonderen Anmeldung zu berufen. In der Literatur wird zwar angenommen, daß anderweit erlangte Kenntnis des Geschäftsführers von der Veräußerung die Anmeldung nicht entbehrlich macht. Dies trifft aber nur insoweit zu, als das Vertretungsorgan gegenüber der Abtretung sich passiv verhalten und nicht etwa durch Einladung zu den Gesellschaftssitzungen usw. die Anteilsveräußerung anerkannt hat.

2. Abs. 3. a) **RG.** BauersZ. **20** 85. Der Erwerb eines Geschäftsanteils zum Zwecke der Sicherstellung macht den Erwerber nicht zum Gesellschafter und verpflichtet ihn auch nicht zur Zahlung des Einlagenrückstandes. Vgl. JDR. **11** § 16 Ziff. 2. b) Haftung des Erwerbers eines Geschäftsanteils für rückständige Einlagen. Einreden aus dem Rechtsgeschäfte, das dem Erwerbe des Geschäftsanteils zugrunde liegt. **RG. 79** 182 f. JDR. **11** § 16 Ziff. 1.

§ 17. Teilung eines Geschäftsanteils. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1815. Die im § 17 Abs. 1 und 2 vorgeschriebene schriftliche Genehmigung der Gesellschaft zu der Teilung eines Geschäftsanteils ist in der schriftlichen Zustimmung des Geschäftsführers enthalten (vgl. **RG.** JW. **06** 777 und MecklZ. **32** 56 [Rostock]).

2. Teilveräußerung ohne Genehmigung der Gesellschaft. HoldheimsMSchr. **13** 136. § 17 Abs. 1 fordert zwingend die Gesellschaftsgenehmigung nur bei Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils, und zwar nur in den Fällen, wo jene Übertragung nicht an bereits im Statute bestimmt bezeichnete Personen in Frage kommt. Ist aber dieser Erwerberpersonenkreis bereits im Statut umgrenzt, so ist die Genehmigung der Gesellschaft bezüglich solcher Anteilsveräußerung generell antizipiert, das Statut also wegen Absehens von jeder Gesellschaftsgenehmigung nicht zu beanstanden.

3. BauersZ. **20** 179. Eine Anteilsteilung zum Zwecke der Verpfändung ist unzulässig; das Gesetz gestattet eine solche Teilung nur im Falle der Veräußerung und Vererbung.

4. MecklZ. 32 56 (Rostock). Wenn, was gesetzlich zulässig ist, die Genehmigung zur Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils nach dem Statut an Stelle der Gesellschafter durch den Aufsichtsrat zu erfolgen hat, so hat die nachträgliche Zustimmung der Aufsichtsratsmitglieder zu der vorher abgegebenen Erklärung des Geschäftsführers keine Wirkung, auch wenn sie dem Erwerber mitgeteilt wird. Das Verhältnis der Mitwirkung des Aufsichtsrats zu der des Geschäftsführers ist das, daß die Aufsichtsratsbeschlüsse erst durch die Kundgebung seitens des Vertreters der Gesellschaft nach außen hin wirksam werden können; die Tätigkeit des Geschäftsführers kann hierbei der Beschlußfassung unmöglich vorausgehen. Wenn dagegen die Gesellschafterversammlung nach Fassung des Aufsichtsratsbeschlusses auch ihrerseits die Genehmigung beschließt und diese Genehmigung dem Erwerber mitteilt, so ist die Veräußerung gültig.

§ 19. Leistung der Stammeinlagen. 1. Ermäßigung der Stammeinlagen durch Vergleich. **RG. 79** 271, BauersZ. **20** 87, s. JDR. **11** § 19.

2. Aufrechnung. a) **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 247. § 19 Abs. 2 schließt nur das einseitige Recht des Gesellschafters zur Aufrechnung aus. Wie der Gesellschaftsvertrag, so kann auch der Kapitalerhöhungsbeschluß sie zulassen, und zwar letzterer dergestalt, daß der Gesellschafter gegen die von ihm übernommene neue Stammeinlage mit seiner Forderung auf den an ihn noch nicht ausgezahlten Gewinnanteil aufrechnen darf. In diesen Fällen bringt der Gesellschafter die Forderung, mit der er aufrechnet, in die Gesellschaft ein. **b) RG.** BauersZ. **20** 184, R. **13** Nr. 1219. Eine vertragsmäßige Aufrechnung befreit den Gesellschafter von seiner Einlageverpflichtung nicht, wenn es sich um die Aufrechnung einer für die Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährenden Vergütung handelt und die Aufrechnung nicht in Ausführung einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags erfolgt. **c) RG.** BauersZ. **20** 184, R. **13** Nr. 1220. Der Gesellschafter kann den Einwand der Arglist nicht erheben, wenn die Gesellschaft die Erfüllung der Einlageverbindlichkeit verlangt, nachdem die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung für Überlassung von Einrichtungsgegenständen inzwischen verjährt ist. **d)** PosMSchr. **13** 120 (Königsberg). Eine zwischen den Parteien vereinbarte Aufrechnung der Einlageverbindlichkeit des Gesellschafters mit einer ihm gegen die Gesellschaft zustehenden, vollwertigen, fälligen Forderung ist grundsätzlich zulässig (**RG. 54** 390, **42** 266 JW. **05** 700). Eine besondere Stellung nehmen aber die Forderungen ein, die sich als eine für die Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährende Vergütung darstellen. Auch die vertragsmäßige Aufrechnung ist in einem solchen Falle nur zulässig, wenn sie im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich gestattet ist (**RG. 41** 120, **54** 392, **68** 121, JW. **13** 48).

§ 20. Verzugszinsen aus Einlagerückständen. BauersZ. **20** 181 s. JDR. **11** § 20.

§ 21. BauersZ. **20** 258 (Kiel). Eine Bestimmung des Statuts, daß im Falle der Unterlassung einer Nebenleistungspflicht, ähnlich wie im Falle des § 21 G., unter Erhaltung des Stammanteils der im Verzuge befindliche Gesellschafter aus der GmbH. ausscheide, ist ungültig.

§ 24. 1. Haftung für Fehlbeträge der Stammeinlagen bei Kapitalserhöhung vgl. § 55 Ziff. 3.

2. BauersZ. **20** 232. Die in dem Verkauf eines kaduzierten Geschäftsanteils liegenden Nachteile.

§ 26. Begriff der Nachschüsse. **RG.** LeipzZ. **13** 474. Vgl. Anhang Stempelrecht unter preuß. StempStG. Ziff. 1.

§ 29. Gewinnanspruch. Statutarische Anordnung von Vorschußleistungen auf den Jahresgewinn? HoldheimsMSchr.

13 161. Das Dividendenbezugsrecht ist bei der GmbH. ein Gesellschaftersonderrecht, unterliegt also sozialrechtlichen Gesichtspunkten. Der Anspruch darauf in concreto entsteht erst, nachdem gemäß § 46 durch Gesellschafterbeschluß die Bestimmung der Verteilung des aus der Jahresbilanz sich ergebenden Reingewinns erfolgt ist. Vorher existiert ein Gewinnanteilsrecht nur in abstracto. Über ein solches Recht gibt es keine Verfügung. Deshalb kann auch die Satzung eine Vorschußleistung auf den Jahresgewinn zugunsten der Gesellschafter oder eines derselben nicht anordnen; denn gesellschaftsrechtliche Zahlungen an Gesellschafter sind vom Gesetze nur aus dem Reingewinne, nicht aber im Hinblick auf einen möglichen Reingewinn als zulässig anerkannt.

§§ 30, 31. Verbot der Stammkapitalsauszahlung. 1. **RG.** **80** 148, JW. **13** 48, BauersZ. **20** 136. Die Beklagten wollten sich, wie der Berufungsrichter festgestellt hat, aus der Gesellschaft herausziehen; man war übereingekommen, daß sie aufhören sollten, Mitgesellschafter zu sein. Als darüber die notarielle Verlautbarung aufgenommen wurde und die Geschäftsführer erklärten, den Beklagten verschiedene Außenstände und sonstige Vermögensgegenstände der GmbH. zu übergeben, waren die Beklagten noch Gesellschafter; sie hörten es erst auf zu sein mit dem Vollzuge der notariellen Urkunde, erst nachdem sie infolge der Übereignungen seitens der Gesellschaft an sie erklärt hatten, ihren Geschäftsanteil an St. abzutreten. Zwecks der Herbeiführung des Ausscheidens, um sie wegen der von ihnen in die Gesellschaft gemachten Stammeinlagen abzufinden, erhielten sie aus dem Vermögen der Gesellschaft Zuwendungen. In Höhe dieser Zuwendungen erstattete die Gesellschaft ihnen als Gesellschaftern ihre Einlagen zurück. Daran wird dadurch, daß die Beklagten zugleich ihre Geschäftsanteile an St. veräußerten, und daß darum in dem Vertrag gesagt ist, die Übereignungen aus dem Gesellschaftsvermögen erfolgten „zugunsten des St." — d. h. für Rechnung des St., der also Schuldner der Gesellschaft wurde, — nichts geändert. Der Anspruch auf Erstattung einer gegen § 30 verstoßenden Zahlung ist kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung; sonst würde die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Das ist aber gegenüber dem Anspruch aus §§ 30, 31 nicht der Fall, hier haftet der Empfänger unbedingt ohne Rücksicht auf eine Bereicherung, sowie darauf, ob er noch bereichert ist oder nicht. Der Anspruch aus §§ 30 f. ist ein gesellschaftlicher, er beruht, wenn er auch durch das Gesetz im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft gegeben ist, in dem Gesellschaftsverhältnis. Demgemäß schulden die Empfänger Zinsen erst von dem Tage ab, an welchem sie in Verzug gekommen sind.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 865, R. **13** Nr. 1816. Die Vereinbarung, daß die GmbH. den Anteil eines Gesellschafters unter gewissen Bedingungen ankaufen soll, verstößt nicht gegen § 30 Abs. 1. Die GmbH. kann, ohne gegen § 33 Abs. 1 G. zu verstoßen, vereinbaren, daß sie gewisse Geschäftsanteile, sobald sie voll eingezahlt sind, erwerben müsse.

3. § 31 Abs. 5. „Bösliche Handlungsweise". **RG.** JW. **13** 48, BauersZ. **20** 136. Unter böslicher Handlungsweise ist neben dem Dolus nicht allgemein eine selbst grobe Fahrlässigkeit, sondern nur derjenige Frevelmut, Leichtsinn und Mutwille zu begreifen, der sich der rechtswidrigen Folgen seines Verhaltens bewußt ist, und zwar die (demnächst eingetretene) Beschädigung nicht beabsichtigt, sich aber bei seinem Handeln der damit verbundenen Gefahr bewußt ist und dennoch das Handeln nicht ändert.

§ 33. Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH. a) **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 248, DJZ. **13** 867, R. **13** Nr. 1817. Eine Verletzung des § 33 Abs. 2 hat, da er nur eine Sollvorschrift enthält, keine Nichtigkeit des Erwerbsgeschäfts zur Folge. b) MecklZ. **32** 64 (Rostock). Ein Vergleich, durch den die GmbH. gegenüber einem Gesellschafter, der seinen Geschäftsanteil nicht vollständig

eingezahlt hat, die Garantie übernimmt, daß sein Geschäftsanteil bis zu einem bestimmten Termin in andere Hände übergehe und ihm hierbei seine Anzahlung zurückgezahlt werde, und für den Fall, daß es nicht gelingt, einen neuen Gesellschafter zu finden, der den Anteil übernehme, sich verpflichtet, an den Gesellschafter gegen Aushändigung einer Abtretungserklärung auf eine von der GmbH. zu benennende Persönlichkeit die auf den Anteil gemachte Einzahlung zu zahlen und dafür zu sorgen, daß er wegen der Restes des Geschäftsanteils nicht in Anspruch genommen wird, ist nichtig.

§ 34. Einziehung eines Geschäftsanteils ohne Herabsetzung des Stammkapitals. RJA. **12** 131, ZBlFG. **13** 108, R. **13** Nr. 2178, BayersZ. **20** 232, DNotV. **13** 686 s. JDR. **11** § 34.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 35. Geschäftsführer. I. Bestellung des Geschäftsführers. 1. Gerichtliche Bestellung. a) RJA. **12** 39, BayersZ. **20** 110, ZBlFG. **13** 491, R. **13** Nr. 1417 (KG.). Das Gericht, das von der Befugnis des § 29 BGB. Gebrauch macht, ist in der Wahl der Persönlichkeit vollständig frei; es ist auch nicht gehindert, einen der Gesellschafter zum Geschäftsführer zu bestellen. Die Ansicht, daß ein Gesellschafter vom Gerichte nur dann als Geschäftsführer bestellt werden dürfe, wenn er die satzungsgemäße Mehrheit für seine Wahl gefunden habe, ist irrig, in einem solchen Falle ist ein Angehen des Gerichts überhaupt nicht mehr nötig. **b)** BayObLG. **14** 153, ZBlFG. **14** 219, DJZ. **13** 256. Das Registergericht ist, wenn ein dringender Fall für die Bestellung eines Geschäftsführers oder Liquidators vorliegt und die Gesellschafter die Bestellung nicht vornehmen, berechtigt, gemäß § 29 BGB. einen Geschäftsführer zu bestellen. **c)** OLG. **25** 410 (KG.). Gegen die die Eintragung eines vom Registergericht bestellten Geschäftsführers anordnende Verfügung ist keine Beschwerde zulässig, sondern nur das Löschungsverfahren nach § 142 FGG. möglich.

2. BayersZ. **20** 81. Es ist nicht notwendig, daß die Geschäftsführer Inländer sind oder im Inland ihren Wohnsitz haben; vielmehr können alle Geschäftsführer Ausländer sein und ihren Wohnsitz im Auslande haben.

3. RJA. **12** 23, ZBlFG. **14** 409 (KG.). Die Bestellung von Prokuristen für eine GmbH., bei der ein Gesellschafter minderjährig ist, bedarf nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

II. Vertretungsmacht des Geschäftsführers. 1. JDR. **11** § 35 Ziff. 2 b s. BayersZ. **20** 111, RJA. **12** 32, ZBlG. **13** 486.

2. a) BayersZ. **20** 132. Im Offenbarungseidverfahren gegen eine GmbH. ist in dem Antrag auf Terminsbestimmung die Person des schwurpflichtigen Geschäftsführers namhaft zu machen. **b)** BayersZ. **21** 58. Leistung des Offenbarungseids im Konkurse der GmbH. durch den ausgeschiedenen Geschäftsführer. Vgl. § 63 Ziff. 2.

3. BayersZ. **20** 231 (KG.). Zulässigkeit einer Bestimmung, wonach von den zwei Geschäftsführern der eine nur in Gemeinschaft mit dem andern, der andere aber auch allein zur Vertretung berechtigt sein soll.

4. BayersZ. **20** 256. Gegensätzliches Handeln zweier Geschäftsführer mit dem Rechte der Einzelvertretung (vgl. HGB. §§ 125, 126 Ziff. 3). Für die oHG. hat das **RG.** (Bolze **9** 471) festgestellt, daß ein bedingter Kauf durch Genehmigung der Bedingung seitens des einen Gesellschafters zustande kommt, und daß der nachträgliche Widerspruch des anderen Gesellschafters hieran nichts ändert. Demzufolge kann ein einmal erklärter Verzicht oder Rücktritt durch den einen Vorsteher von dem anderen nicht aufgehoben werden. Im Prozeßfalle gilt, daß die zuerst vorgenommene Handlung oder Erklärung dann entscheidet, wenn

dadurch eine definitive Wirkung herbeigeführt wird, wie z. B. ein Anerkenntnis, ein Verzicht oder eine Klagezurücknahme, daß dagegen dann, wenn die Wirkung der ersten Handlung wieder aufgehoben werden kann, die zweite gegensätzliche Erklärung maßgebend wird. Ein Anerkenntnis, Zugeständnis oder Verzicht des einen Vorstehers bindet im allgemeinen den anderen und läßt sich nicht widerrufen. Ein vorangegangenes Geständnis des einen schließt das spätere Bestreiten seitens des anderen aus, während ein nachträgliches Geständnis das vorausgegangene Bestreiten des anderen aufhebt. Bei gleichzeitiger Abgabe widersprechender Erklärungen kommt eine rechtswirksame Handlung nicht zustande.

5. Vorschuß- oder Darlehnsentnahme eines Geschäftsführers. BauersZ. **21** 49. Vgl. HGB. § 231 Ziff. IV 4.

6. BauersZ. **21** 59. Haftung des Geschäftsführers oder der GmbH., wenn ersterer einen Dritten veranlaßt hat, unter Vertragsbruch bei ihm als Angestellter einzutreten.

III. Stellung des Geschäftsführers im Konkurse der GmbH.; Vertragskündigung; Vergütungsanspruch. Jaeger, LeipzZ. **13** 355. Vgl. HGB. § 231 Ziff. IV 5 a.

IV. Sonstige Dienstverhältnisse der Geschäftsführer 1. BauersZ. **20** 82. Versicherungspflicht und Wahlrecht der Geschäftsführer nach dem Angestelltenversicherungsgesetze.

2. **RG.** BauersZ. **20** 254. Ein Geschäftsführer-Gesellschafter ist als solcher nicht Kaufmann; seine für die GmbH. geleistete Bürgschaft bedarf daher der Schriftform.

3. **RG.** BauersZ. **20** 254. Es ist zulässig, dem Geschäftsführer für Grundstücksverkauf an seine Gesellschaft Provision zu versprechen. Ein Grundsatz, daß es gegen die guten Sitten verstoße, wenn der Geschäftsführer für Abschlüsse mit seiner Gesellschaft sich Provision ausbedingt, ist in dieser Allgemeinheit nicht anzuerkennen. Es kommt darauf an, ob der Geschäftsführer durch sein Tätigwerden in einen Interessenkonflikt zwischen seinen Pflichten als Makler (gegenüber dem Auftraggeber) und als gesetzlicher Vertreter seiner Gesellschaft gerät.

4. ZAktWes. **13** 194 (Hamburg). Die Gesellschafter einer GmbH. sind als solche nicht Vorgesetzte des Geschäftsführers; der Geschäftsführer ist nicht deren Handlungsgehilfe. Allerdings können die gesetzlichen Befugnisse des Geschäftsführers durch Statut oder Anstellungsvertrag beschränkt werden. Diese Beschränkungen haben aber mit den hier fraglichen Lebensgewohnheiten (dem Geschäftsführer war von dem alleinigen Inhaber sämtlicher Anteile verboten worden, außerhalb des Geschäftslokals seine Mittagsmahlzeit einzunehmen und in seinem eigenen Geschäftslokale zu rauchen) nichts zu tun. Die Nichtbefolgung des Verbots könnte die Entlassung des Geschäftsführers nur rechtfertigen, wenn darin (z. B. durch das Verlassen des Geschäftslokals während der Mittagszeit) eine grobe Pflichtverletzung zu erblicken wäre.

5. BraunschwZ. **13** 34 (VGH.). Der Geschäftsführer ist nicht Stellvertreter im Sinne des § 45 GewO. und nicht selbständiger Gewerbetreibender. Aus seiner Unzuverlässigkeit ergibt sich ein Grund, der juristischen Person den unter § 33 GewO. fallenden Betrieb zu untersagen.

V. Vergütung der Geschäftsführer. 1. BauersZ. **20** 112. § 237 HGB. über die Tantiemefreiheit aller Abschreibungen und Rücklagen bezieht sich nur auf die Aktiengesellschaft; eine Anwendung auf die GmbH. ist ausgeschlossen. In Ermangelung einer gesetzlichen Anordnung entscheidet hier nur das, was die Parteien im Anstellungsvertrag oder sonstwie vereinbart haben. Geht die Abmachung dahin, daß der Geschäftsführer einen bestimmten Anteil vom Reingewinn erhalten soll, dann gilt als Reingewinn der Überschuß, der nach Vornahme der ordentlichen Abschreibungen bleibt. Extraabschreibungen, die gemacht

zu werden pflegen, nicht um eine Entwertung auszugleichen, sondern in übertriebener Vorsicht, und um keine zu hohe Dividende zu verteilen, sind tantiemepflichtig, ebenso alle Rückstellungen, ganz gleich ob sie freiwilliger Natur sind oder auf dem Statute beruhen; denn Rückstellungen oder Reservedotierungen werden aus dem Reingewinne bestritten. Ebenso ist der Gewinnvortrag tantiemepflichtig; natürlich kann er dann nicht auch noch im nächsten Jahre bei der Tantiemeberechnung herangezogen werden. Eine Vereinbarung, daß die Tantieme gemäß § 237 HGB. zu berechnen sei, ist natürlich zulässig.

2. BauersZ. **20** 255. Die im Gesellschaftsvertrage festgelegten Bezüge der Geschäftsführer können ohne Statutenänderung von der Gesellschafterversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit anders geregelt (erhöht oder erniedrigt) werden.

§ 36. Haftung der Gesellschaft für Handlungen der Geschäftsführer. **RG.** BauersZ. **20** 133, LeipzZ. **13** 140, HoldheimsMSchr. **13** 17, R. **13** Nr. 110. Die Gesellschaft kann sich ihrer Haftung nicht dadurch entziehen, daß festgestellt wird, es falle nur einem ihrer Geschäftsführer eine unerlaubte Handlung zur Last. Der Einwand, die diesem einen Gesamtvertreter zur Last fallende Handlung sei nicht in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangen, weil der andere Geschäftsführer sich an dieser Handlung nicht beteiligt habe, die mehreren Geschäftsführer aber zu gemeinsamer Vertretung berufen seien, ist unzulässig.

§ 38. Entlassung des Geschäftsführers. a) BauersZ. **20** 109. Da das Gericht nur für die Zeit bis zur Behebung des Mangels von seinem Bestellungsrechte Gebrauch machen kann, so versteht es sich von selbst, daß der nach § 29 BGB. gerichtlich bestellte Geschäftsführer sofort abzutreten hat, wenn die Gesellschaft ordnungsmäßig einen Geschäftsführer gewählt hat. Mit der erfolgten Wahl und schon vor Eintragung des Gewählten in das Handelsregister nimmt die Funktion des gerichtlich ernannten Geschäftsführers ihr Ende. Ohne die ordnungsmäßige Wahl eines Geschäftsführers ist es nicht möglich, den gerichtlich eingesetzten Geschäftsführer aus der GmbH. und durch diese zu entfernen. Die Gesellschafter haben zwar das Recht, bei Gericht die Abberufung des bisherigen und Aufstellung eines neuen Geschäftsführers aus wichtigen Gründen zu beantragen, und das Gericht hat diesen Antrag zu prüfen. Aber es geht nicht an, daß die Gesellschafter den gerichtlich ernannten Geschäftsführer ohne gleichzeitige Ernennung eines neuen abberufen. b) Entlassungsgründe. **RG.** LeipzZ. **13** 617. Der Berufungsrichter hat einen wichtigen Grund zur Entlassung des Geschäftsführers darin erblickt, daß er der GmbH. plötzlich die bisherige zur Mitbenutzung eingeräumten Räume sofort kündigte, daß er sein Automobil zurückzog und seine Gesellschaft damit in die Gefahr erheblicher Unzuträglichkeiten brachte, daß er endlich hinter dem Rücken des Aufsichtsrats über den Erwerb eines Konkurrenzunternehmens auf eigenen Namen und für eigene Rechnung unterhandelte. Eine Nachprüfung seitens des RG. ist, da es sich um rein tatsächliche Würdigung handelt, nicht möglich. c) BauersZ. **20** 154. Die Suspension eines Geschäftsführers ist zulässig. Sie stellt sich dar als eine nach § 37 Abs. 1 gestattete allgemeine zeitweise Beschränkung der Vertretungsmacht. d) BauersZ. **20** 227. Es läßt sich zwar eine Reihe wichtiger Entlassungsgründe durch Vereinbarung ausschließen; es ist dies jedoch nicht möglich, wenn dadurch gegen ein zwingendes Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen würde. Gegen die guten Sitten verstoßen würde eine Abmachung, die die GmbH. nötigt, einen unehrlichen Geschäftsführer beizubehalten.

§ 39. Änderung in der Person des Geschäftsführers; Anmeldung. RJA. **12** 233, ZBlFG. **14** 406 (Hamburg). Der ausgeschiedene Geschäftsführer ist nicht befugt, die Eintragung seines Ausscheidens ins Handelsregister

zu beantragen. Sind noch andere, nicht ausgeschiedene Geschäftsführer da und weigern sich diese, sein Ausscheiden zur Anmeldung zu bringen, so kann er beim Registergericht die Ausübung eines Zwanges behufs Bewirkung der Anmeldung beantragen. Sind aber sämtliche Geschäftsführer ausgeschieden und werden von der Gesellschaft neue nicht bestellt, so steht es ihm frei, die Zwangsbestellung eines Geschäftsführers nach § 29 BGB. zu beantragen.

§ 41. Abs. 4. Bilanzbekanntgabe. a) R. **13** Nr. 1660 (KG.). Die Pflicht der Jahresbilanzpublikation seitens der Bankgeschäfte betreibenden GmbH. gilt auch im Liquidationsstadium. Diesen von den Vorinstanzen vertretenen Rechtsgrundsatz hat trotz des Gegenarguments, das aus § 41 Abs. 1 und § 71 G. von der Literatur entnommen wird, das KG. gebilligt. **b)** HoldheimsMSchr. **13** 163. Was unter „Bankgeschäftsbetrieb" fällt und ob die Pflicht aus § 41 Abs. 4 auch dann Platz greift, wenn der Betrieb von Bankgeschäften nur einen Nebenbetrieb darstellt, ist zweifelhaft geworden, speziell bei den im Geschäftsverkehre vielfach ad hoc geschaffenen GmbH., die als Immobiliar-, Finanzierungs-, Hypothekenmakler-Gesellschaften auftreten. Bezüglich der letzteren Gruppe ist dies zu bejahen.

§ 42. Bilanz. 1. Liquidationsbilanz s. § 71 Ziff. 1.

2. Einstellungswert von Waren. **RG. 80** 330, JW. **13** 142, BauersZ. **20** 133, LeipzZ. **13** 150, DJZ. **13** 166, R. **13** Nr. 266. Für die Einstellung von Waren in die Bilanz kommt es darauf an, ob die Waren am Bilanztage zum Vermögen des die Bilanz Aufmachenden gehören. Nun befanden sich die hier in Frage kommenden Warenbestände am Bilanztage sowohl im Gewahrsam als auch im Eigentume der Gesellschaft. Eine Ausscheidung hatte nicht stattgefunden. Die Gesellschaft konnte daher am Bilanztage die Waren nicht in Ausgang buchen; sie gehörten rechtlich und kaufmännisch noch zu ihrem Vermögen und hatten in ihrer Bilanz als Warenbestände zu erscheinen. Daß diese Waren fertig bearbeitet und zur Erfüllung damals schwebender Lieferungsverträge bestimmt waren, macht nichts aus. Die Bewertung hatte nach § 40 HGB. nach dem ihnen am Bilanztage beizulegenden Werte zu erfolgen. Für die aktienrechtliche Bilanz ist durch § 261 Ziff. 1 und 2 HGB. dem § 40 Abs. 2 die Einschränkung gegeben, daß der Anschaffungs- oder Herstellungswert die Höchstgrenze bildet. Diese Höchstgrenze ist der Bewertung der Aufstellung der Bilanz einer GmbH. nicht gezogen; denn § 42 GmbH. hat nur den § 40 HGB., nicht aber den § 261 für anwendbar erklärt. Da die Warenvorräte alle fertig waren, also keinerlei Aufwendungen mehr erforderten, an gute Kunden zu festen Preisen bereits verkauft waren, diese Preise auch ohne Verlust bei früheren Lieferungen eingingen, so war deren Wert am Bilanztag in der Tat durch den Verkaufspreis richtig ausgedrückt.

3. Unverbindlichkeit der im Statute vorgesehenen, aber zu niedrigen Abschreibungssätze. BauersZ. **21** 34. Sieht der Gesellschaftsvertrag Höchstsätze für die Abschreibungen vor, die sich in Wirklichkeit als unzureichend darstellen, so darf die Gesellschaft nicht bloß darüber hinausgehen, sondern sie muß dies sogar, und Aufgabe der Geschäftsführer erscheint es, bei den Gesellschaftern darauf hinzuwirken, daß höhere, der tatsächlichen Entwertung entsprechende Beträge zur Abschreibung kommen.

4. Herstellung der richtigen Bilanz durch den Richter? **a) RG. 80** 330, JW. **13** 143, BauersZ. **20** 133, DJZ. **13** 166, R. **13** Nr. 267. Das Berufungsgericht hat an Stelle der unrichtigen Bilanz die richtige Bilanz und an Stelle der unrichtigen Gewinn- und Verlustrechnung die richtige gesetzt und zu der sich so ergebenden Summe verurteilt. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, daß das Gericht nur aussprechen dürfe, es widersprächen die von der Gesellschafter-

versammlung gefaßten Beschlüsse dem Gesellschaftsvertrag oder dem Gesetz, es sei aber dem Gerichte versagt, dem Klagantrag darin nachzugeben, daß es die Folgen der Überschreitung von Gesellschaftsvertrag oder Gesetz festsetze. Das **RG.** hat bereits **64** 261 und **76** 248 seine entgegengesetzte Auffassung dahin ausgesprochen, daß es auf die Lage des einzelnen Falles ankomme, ob die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse nach Beseitigung des statutenwidrigen Beschlusses durchaus klar und unstreitig sind. Ist das der Fall, so ist der Richter auch verpflichtet, die Folgerung, die sich als eine notwendige erweist, aus der Rechtslage zu ziehen, wenn ein dahin gehender Antrag gestellt ist, und die unstreitig richtigen Ziffern in die Bilanz einzustellen. **RG. 64** 261 ist schon so verstanden worden, als wolle es den Satz aufstellen, daß der Richter bei erfolgreicher Anfechtung ohne weiteres selbst die Bilanz und die Gewinnverteilung aufmachen könne. So will das Urteil nicht verstanden sein. Nur wenn es im einzelnen Falle zweifellos ist, wie sich die nach richtigen Grundsätzen aufgestellte Bilanz gestaltet, kann der Richter aus dieser Gestaltung zugleich die unerläßlichen Folgen ziehen. **b)** Gegen vorstehendes Urteil des RG. wendet sich Pinner, LeipzZ. **13** 44. (Vgl. das Nähere § 273 HGB.)

§ 43. Haftung der Geschäftsführer. Kreditgewährung an Kunden. BauersZ. **20** 253. Das RG. hat wiederholt entschieden, daß der gesetzliche Vertreter einer Gesellschaft für den Schaden einzustehen hat, der ihr durch leichtsinniges Kreditgeben erwächst. Haftpflichtig macht nicht bloß grobes Verschulden, sondern auch leichte Fahrlässigkeit, wenn schon die Praxis in letzterem Punkte vielfach anders verfährt. Was die Kreditgewährung anlangt, so genügt es, wenn sich der Geschäftsführer an das hält, was im Geschäftsleben Sitte und Brauch ist. Nicht jede Zielüberschreitung eines Kunden rechtfertigt die sofortige Lieferungssperre, namentlich dann nicht, wenn der Kunde sonst seinen Verpflichtungen nachkam oder die Verhältnisse in der Branche ein weniger bedenkliches Kreditgeben erheischen.

§ 46. Gesellschafterversammlung. 1. BauersZ. **20** 179. Privatzusammenkünfte einzelner Gesellschafter zur Vorbesprechung über die an die Generalversammlung zu bringenden Angelegenheiten sind zulässig.

2. Zu Ziff. 2. HansGZ. **13** 168 (Hamburg). Die Verpflichtung der Gesellschafter zur Leistung weiterer Einzahlungen auf ihre Stammeinlagen kann durch Pfändung des Anspruchs der Gesellschaft fällig werden, ohne daß ein Beschluß der Gesellschaft vorliegt. Ebenso **RG.** BauersZ. **21** 36.

3. Bestellung eines Prokuristen. RJA. **12** 237 (KG.). Wenn für eine GmbH., bei der ein Gesellschafter minderjährig ist, ein Prokurist bestellt werden soll, so ist hierzu die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht notwendig. § 1822 Ziff. 11 BGB. trifft nicht zu; denn der Minderjährige ist nicht Inhaber eines Handelsgeschäftes.

§ 47. Stimmrecht. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2331. Der erschienene einzige Gesellschafter kann alle Beschlüsse fassen.

2. Entziehung des Stimmrechts; Ausschluß von der Teilnahme an der Generalversammlung. **RG. 80** 385, JW. **13** 104, BauersZ. **20** 159, DNotV. **13** 680, DJZ. **13** 99, R. **13** Nr. 111. In dem Gesellschaftsvertrag oder auch durch dessen nachträgliche Abänderung durch Mehrheitsbeschluß kann den Gesellschaftern, die mit der GmbH. in Konkurrenz treten, die persönliche Teilnahme an den Generalversammlungen entzogen und eine Zwangsvertretung für sie eingeführt werden. § 45 Abs. 2 geht hinsichtlich des Mitverwaltungsrechts der Gesellschafter sogar soweit, daß durch Gesellschaftsvertrag die Generalversammlung als Beschlußorgan völlig beseitigt werden kann. Diese Bestimmung erinnert an §§ 114, 118 HGB., wonach Gesellschafter der oHG. durch Gesellschaftsvertrag von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden können. Diese Vergleichung zeigt bereits, daß das Teilnahme-

recht der Gesellschafter an der Verwaltung der GmbH. mehr den bei der oHG. geltenden Regeln angenähert ist als den für die Aktiengesellschaft geltenden Grundsätzen, bei denen nach § 252 das Stimmrecht des Aktionärs ein unentziehbares Sonderrecht bildet. Aus § 47 Abs. 3 GmbHG. ergibt sich ferner, daß jeder Gesellschafter, sobald eine Gesellschafterversammlung als beschließendes Organ eingerichtet ist, einen Bevollmächtigten als seinen Vertreter zur Teilnahme an den Versammlungen entsenden kann. Diese Bestimmung enthält aber nachgiebiges Recht; denn § 45 Abs. 2 gestattet es ausdrücklich, daß der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag anders bestimmen kann. Folglich sind Beschlüsse der eingangs erwähnten Art rechtlich zulässig. Auch von einem Verstoß gegen die guten Sitten kann hierbei keine Rede sein; denn die Maßregel zwangsweiser Vertretung liegt im berechtigten Interesse der Gesellschaft. Ebenso SchlHolstAnz. **12** 153 (Kiel).

3. Abs. 4. Ausschluß des Stimmrechts; Folgen eines Verstoßes gegen Abs. 4. **a) RG.** R. **13** Nr. 2641. Der unter Verletzung des § 47 Abs. 4 zustande gekommene Beschluß ist nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Das Anfechtungsrecht verliert der überstimmte Gesellschafter aber, wenn er dem Beschlusse nachträglich ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt. Als solche genügt die vorbehaltlose Unterzeichnung eines die Zustimmung zur Ausführung des beschlossenen Geschäfts enthaltenden späteren Gesellschaftsprotokolls. **b)** BayerZ. **21** 35. Weder für sich noch für andere darf ein Gesellschafter an der Beschlußfassung teilnehmen, wenn der Antrag die Einleitung eines Rechtsstreits ihm gegenüber betrifft. Auch der Geschäftsführer-Gesellschafter, der auf Ersatz wegen schädigender Geschäftsführung verklagt werden soll, muß sich bei der Beschlußfassung hierüber der Abstimmung enthalten, obwohl er eigentlich nicht in der Eigenschaft als Gesellschafter, sondern als Geschäftsführer regreßpflichtig gemacht wird. Es sind Fälle vorgekommen, die die Aussichtslosigkeit des gegen den Geschäftsführer anzustrengenden Prozesses handgreiflich erscheinen ließen, z. B. wegen mangelnder Passivlegitimation; gleichwohl darf der Geschäftsführer nicht mitstimmen.

§ 50. Recht der Minderheit auf Berufung der Generalversammlung. BayerZ. **21** 34. Das Gesetz sagt nicht, daß es sich hier um ein höchst persönliches, nicht übertragbares Recht handelt. Folglich finden die Grundsätze über Vollmachterteilung Anwendung. Es kann also der Antrag auf Berufung der Generalversammlung durch einen Bevollmächtigten gestellt werden; selbstverständlich kann der Bevollmächtigte nicht im eigenen Namen die Einberufung betreiben, sondern nur im Namen der Vollmachtgeber handeln.

§ 51. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. **a) RG.** LeipzZ. **13** 683. Eine besondere Anfechtungsklage, wie nach § 271 HGB., ist im GmbHG. nicht vorgesehen. Deshalb kann es keinem Bedenken unterliegen, daß die Anfechtung eines rechtswidrigen Beschlusses sowohl im Wege der Klage als auch der Einrede zulässig sein muß. **b)** SchlHolstAnz. **12** 153 (Kiel). Voraussetzung des Klagerechts ist ein eigenes, wenn auch nur mittelbares, gegenwärtiges oder zukünftiges Interesse des klagenden Gesellschafters an der Beseitigung des fraglichen Beschlusses. Der Anfechtungskläger muß mit der Anfechtung zugleich auch seine eigene Rechtsstellung der Gesellschaft gegenüber sicher stellen und sich damit wenigstens die notwendige Unterlage für seine künftige Geltendmachung eigener Ansprüche gegen die Gesellschaft erkämpfen. **c) RG.** LeipzZ. **13** 857. Die bloße Unterzeichnung des Protokolls über einen vom Kläger angefochtenen Beschluß der Generalversammlung durch den Kläger bedeutet allerdings nur die Anerkennung des Klägers, daß der Gang der Verhandlung so gewesen ist, wie ihn das Protokoll wiedergibt. Das Berufungsgericht leitet aber auch die Zustimmung des Klägers zu dem von ihm nachträglich angefochtenen Beschlusse nicht aus der bloßen Unterzeichnung, sondern aus dem Inhalte des Protokolls, insbe-

sondere daraus her, daß Kläger das Protokoll ohne jeden Vorbehalt wegen seiner Ansprüche unterschrieben habe.

§ 52. Aufsichtsrat. 1. Stellung im Konkurse der GmbH.; Vertragskündigung; Vergütungsansprüche. Jaeger, LeipzZ. **13** 355. Vgl. HGB. § 231 Ziff. IV 5 a.

2. RJA. **12** 224. Ernennung der Liquidatoren durch den Aufsichtsrat. Vgl. § 66 Ziff. 1.

3. **RG. 82** 386, JW. **13** 994, LeipzZ. **13** 254, 847, BauersZ. **21** 60, R. **13** Nr. 2332, 2333. Wenn auch nach § 52 G. der § 243 Abs. 1 HGB. für anwendbar erklärt wird, so folgt daraus noch nicht, daß der Aufsichtsrat der GmbH. nicht aus weniger als 3 Personen bestehen dürfe. Wenn die GmbH. sich mit einem nur aus 2 Personen bestehenden Kontrollorgan begnügen will, so steht dem ein gesetzliches Verbot nicht entgegen. (Vgl. Ziff. 4). Wenn nur 2 Aufsichtsratsmitglieder vorhanden sind und laut Gesellschaftsvertrag beim Widerspruch eines Mitglieds ein Beschluß nicht zustandekommen kann, so genügt es dem Sinne dieser Vorschrift, wenn ein Mitglied der Beratung nicht mehr folgen kann und einer Beschlußfassung bereits widerspricht, ehe es zur Abstimmung kommt.

4. Beschlußfähigkeit; Stimmenmehrheit. BauersZ. **20** 276. Zur Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrats gehört bei Mangel anderer Statutbestimmungen das Mitstimmen aller im Statute vorgesehener Mitglieder; außerdem muß der zur Beschlußfassung gestellte Antrag sämtliche Stimmen im annehmenden oder ablehnenden Sinne erhalten haben. Das Fehlen auch nur einer einzigen Person oder die Zersplitterung der Stimmen derart, daß sich auch nur eine gegen den Antrag erklärt, hätte die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge. Um diesen unerwünschten Zustand zu beseitigen, bestimmen die Statuten der Aktiengesellschaft in der Regel, daß der Aufsichtsrat beim Vorhandensein von mindestens 3 Mitgliedern beschlußfähig ist, und daß er seine Beschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit faßt. Diese Bestimmung müßte auch bei GmbH. allgemein eingeführt werden.

Vierter Abschnitt. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 53. Abänderung des Gesellschaftsvertrags. 1. **RG.** SchlHolstAnz. **13** 58, R. **13** Nr. 112. Wenn auch an sich der Mehrheit das Recht auf Abänderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrags zusteht, so darf die Ausübung dieses Rechtes doch nicht zu einer Vergewaltigung der Minderheit mißbraucht werden. Ein solcher Mißbrauch liegt jedoch nur dann vor, wenn der Beschluß gegen die guten Sitten verstößt. Insofern ist der Mehrheitswille beschränkt (**RG. 68** 246).

2. Abänderung der Firma s. oben § 4 Ziff. 3.

3. SächsOLG. **34** 79. Eine Änderung des Statuts, das lautet „ohne Genehmigung der Gesellschafter" kann ein Stammanteil weder verpfändet noch veräußert werden, dahin, daß an Stelle der Worte „ohne Genehmigung der Gesellschafter" die Worte „ohne Genehmigung der Generalversammlung" gesetzt werden, verstößt nicht gegen die Sonderrechte der einzelnen Gesellschafter. Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags kann nicht angenommen werden, daß dem einzelnen Mitglied ein unentziehbares Widerspruchsrecht habe verliehen sein sollen.

4. Abänderung der Dauer einer GmbH. ZAktWes. **13** 195 (Hamburg). Ob die Begrenzung der Gesellschaftsdauer auf bestimmte Zeit ein durch Mehrheitsbeschluß nicht entziehbares Sonderrecht eines jeden Gesellschafters ist, ist bestritten. Für Verneinung Staub-Hachenburg. Jedenfalls kann aber im einzelnen Falle eine solche die Dauer begrenzende Satzungsbestimmung als unentziehbares Sonderrecht gewollt sein, z. B. wenn der Vertrag die wirtschaftliche

Freiheit der Gesellschafter beengt, indem er ihnen die Bezugsquelle und Bezugspreise vorschreibt.

§ 55. Kapitalserhöhung. 1. Anfechtung der Übernahmeerklärung. **RG.** 82 375, JW. **13** 1042, R. **13** Nr. 2642. Die Erklärung der Übernahme einer Stammeinlage auf eine Kapitalserhöhung ist der Anfechtung aus § 123 BGB. auch dann entzogen, wenn die Anfechtung schon vor der Anmeldung zum Register erklärt worden ist. Auch eine Schadensersatzklage findet deswegen gegen die GmbH. nicht statt, vielmehr kann sich der Geschädigte nur an den Betrüger persönlich halten, falls es ihm nicht gelingt, die Registrierung, z. B. durch einstweilige Verfügung hintanzuhalten. Die gegenteilige Annahme würde zur Aufhebung der Beteiligung und Schädigung der Allgemeinheit führen, deren Schutz die Registrierung bezweckt.

2. Aufrechnung bei Kapitalserhöhung vgl. § 19 Ziff. 2.

3. Haftung für Fehlbeträge der Stammeinlagen bei Kapitalserhöhung. **RG.** 82 116, JW. **13** 693, LeipzZ. **13** 545, BankA. **12** 336, BayerZ. **20** 256, DJZ. **13** 865, R. **13** Nr. 1569. Die Frage, ob bei einer Kapitalserhöhung die Übernehmer der neuen Stammeinlagen auch für Fehlbeträge des schon vorhandenen Stammkapitals, sei es des bei der Gründung vorhandenen oder des bereits erhöhten, haften, ist in Rechtsprechung und Rechtslehre streitig. Von der einen Meinung wird die Haftung uneingeschränkt bejaht (so OLG. **14** 365 (Karlsruhe) und KGBl. **30** 58). Eine zweite Meinung bejaht gleichfalls die Haftung, knüpft sie aber für Übernehmer, die bisher noch nicht Gesellschafter waren, an die Erwähnung der Haftung in der Übernahmeurkunde gemäß § 55 Abs. 2 (so Staub, GmbH. (1) § 24 Anm. 7, § 55 Anm. 4, 5, 17). Die dritte Meinung, die hauptsächlich von Staub-Hachenburg, GmbH. (3) § 24 Anm. 16 ff., § 55 Anm. 4, 5 vertreten wird, verneint die Frage und geht dahin, daß jeder Gesellschafter nur für Fehlbeträge des Stammkapitals haftet, von dem er einen Teil übernommen hat. Das RG. schließt sich der ersteren, die uneingeschränkte Haftung bejahenden Ansicht an. (➠ AM., R. **12** Nr. 3149 (KG.), dessen in JDR. **11** 1269 § 55 Ziff. 3 abgedrucktes Urteil durch obige Entscheidung des RG. aufgehoben worden ist. Red. ☚) Vgl. BayerZ. **20** 181.

4. Abs. 2. Ersichtlichmachen der sonstigen Leistungen des Übernehmers eines neuen Stammanteils in der Übernahmeerklärung. BayerZ. **20** 82 f. JDR. **11** § 55 Ziff. 6 b.

Fünfter Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

BayerZ. **20** 259. Löschung von GmbH.-Firmen im Handelsregister von Amts wegen, wenn die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb dauernd eingestellt hat.

§ 60. 1. BayerZ. **20** 205. Vermeidung der Auflösung dadurch, daß den anderen Gesellschaftern Gelegenheit gegeben wird, den Geschäftsanteil des Kündigenden zu erwerben.

2. SeuffA. **68** 111 (Dresden). Durch die Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand wird die GmbH. nicht aufgelöst.

§ 63. Konkurs. 1. Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters vor Eintragung der GmbH. s. § 11 Ziff. 1, 2.

2. Offenbarungseid. BayerZ. **21** 58. Das OLG. Augsburg hat erkannt, daß im Konkurse der Gesellschaft der Offenbarungseid durch den Geschäftsführer zu leisten ist, der zur Zeit der Konkurseröffnung der Träger der Gemeinschuldnerrolle ist. Wer einmal nach § 125 KO. eidespflichtig war, wird dieser Pflicht nicht dadurch ledig, daß er seine Stelle als Geschäftsführer im Laufe des Konkurses niederlegt oder infolge Kündigung ausscheidet. Im Gegensatze hierzu wird in BayerZ.

aaO. die Ansicht vertreten, daß die Fähigkeit des ausgeschiedenen Geschäftsführers, das Vermögen der von ihm nicht mehr vertretenen GmbH. zu offenbaren, wegfällt, und daß eidespflichtig ist, wer zur Zeit der Eidesleistung gesetzlicher Vertreter ist. Vgl. § 70.

3. Vorstand und Aufsichtsrat im Konkurse der Gesellschaft; Vertragskündigung; Vergütungsanspruch für die Zeit vor und während des Konkurses. Jaeger, LeipzZ. **13** 355, aM. BauersZ. **21** 60. Vgl. HGB. § 231 Ziff. IV 5 b.

§ 64. (Vgl. § 71.) 1. Form der Bilanz. **RG. 80** 104 (109), JW. **13** 49, BauersZ. **20** 135. Den Erfordernissen, die an eine Bilanz im Sinne der §§ 64, 71 zu stellen sind, ist genügt, wenn eine Gegenüberstellung der Aktiven und Passiven vorhanden ist, aus der den Liquidatoren die Überschuldung, sei es auch erst nach Ergänzung eines offen gelassenen Postens durch eine ihnen bekannte Wertbestimmung erkennbar ist. Irgend eine äußere Form für die die Bilanzsätze enthaltende Aufstellung ist nicht zu fordern. Vgl. JDR. **11** § 71 Ziff. 2 c.

2. Überschuldung. **RGSt. 46** 100, BauersZ. **20** 114. Bei Feststellung des Begriffs der Überschuldung darf der Geschäftsführer den tatsächlichen Wert der Vermögensgegenstände annehmen; die Minderbewertung in der Bilanz ist nicht maßgebend. Wenn auch § 64 von einer „aus der Jahresbilanz“ sich ergebenden Überschuldung spricht, so hat der Aufstellung der Bilanz doch keineswegs eine für die Frage der Überschuldung ausschlaggebende formale Bedeutung beigelegt werden sollen. Der Beweis ihrer Unrichtigkeit muß zum mindesten in der Richtung offen bleiben, daß die in ihr enthaltenen Vermögensbewertungen den für die Errichtung der Bilanz geltenden Vorschriften des Gesetzes nicht entsprechen. Ob darüber hinaus der Bilanz gegenüber der Nachweis ihrer sachlichen (materiellen) Unrichtigkeit auch dann noch zuzulassen ist, wenn bei deren Aufmachung die gesetzlichen Bewertungsvorschriften beachtet sind, war hier nicht zu entscheiden.

3. Abs. 2. Umfang der Schadensersatzpflicht bei Liquidation. **RG. 80** 104 (110) s. JDR. **11** § 71 Ziff. 3.

§ 66. 1. Ernennung der Liquidatoren. a) RJA. **12** 224, ZBl. FG. **14** 400 (Hamburg). Es ist unzulässig, im Gesellschaftsvertrage zu bestimmen, daß die Ernennung der Liquidatoren dem Aufsichtsrate zustehe; b) gerichtliche Bestellung von Liquidatoren vgl. § 35 Ziff. I 1.

2. Abberufung der Liquidatoren. R. **13** Nr. 753 (BayObLG.). Wählt der Liquidator aus Eigennutz eine zwar seinen Privatinteressen günstige, für die Gesellschaft aber nachteilige Art der Masseverwertung, so kann er abberufen werden.

3. Anhören des Gegners im Falle des § 66 Abs. 2 und 3. Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 301. Antragsgegner gegenüber der antragstellenden Gesellschafterminderheit sind nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern nur die Gesellschaft als solche. Nur diese ist also zu hören. Fehlt es ihr an einem Geschäftsführer oder ist dieser, wie regelmäßig, der angegriffene Liquidator, so muß das Registergericht für das in Rede stehende Verfahren nach § 29 BGB. einen Interimsvertreter bestellen. AM. Staub-Hachenburg.

4. Einfluß des Registerrichters auf die Liquidation. Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 302. Entgegen der Ansicht des RG., daß eine Überwachung und Leitung der Liquidatorentätigkeit nicht zu den richterlichen Funktionen gehöre, vertritt Marcus die Ansicht, daß zwar eine Offizialfunktion hier nicht vorliege, aber auf Anruf Beteiligter sei das Gericht berechtigt, Direktiven zur Vermeidung der Abberufung der Liquidatoren zu erteilen.

§ 70. HansGZ. **13** 84 (Hamburg). Wenn nach dem Urteil in der Zwangsvollstreckung die Liquidatoren wechseln, so hat den Offenbarungs-

eid der Liquidator zu leisten, der zur Zeit der Eidesleistung das Amt bekleidet; daß sein Vorgänger noch im Handelsregister als Liquidator eingetragen ist, ist ohne Belang. Vgl. § 63 Ziff. 2.

§ 71. (Vgl. § 64.) 1. Liquidationseröffnungsbilanz. **RG. 80** 104, JW. **13** 49, BauersZ. **20** 135. Das Gesetz stellt Grundsätze darüber, wie die Liquidationseröffnungsbilanz aufzumachen ist, nicht ausdrücklich auf. Der § 42 Ziff. 1 GmbHG. gibt die allgemeine Vorschrift (ebenso § 261 HGB.), daß eine dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmte Anlage zum Anschaffungspreis eingestellt werden darf, wenn ein der Abnutzung gleichkommender Betrag in Abzug oder ein derselben entsprechender Erneuerungsfonds in Ansatz gebracht wird. Diese Vorschrift des § 261 HGB. bezeichnet § 299 Abs. 2 HGB. für die Liquidation einer Aktiengesellschaft als unanwendbar, weil § 261 nur für die Aufstellung von Gewinnverteilungsbilanzen paßt, nicht aber auf Vermögensverteilungsbilanzen. Deshalb muß bei der Aktiengesellschaft in die Liquidationseröffnungsbilanz der Wert eingestellt werden, der sich bei einer Veräußerung als voraussichtlicher Erlös annehmen läßt. Das GmbHG. enthält allerdings eine ausdrückliche, dem § 299 entsprechende Vorschrift nicht. Es ergibt sich aber aus der Natur der Sache, daß für die GmbH. nichts anderes gelten kann als für die Aktiengesellschaft. Das Wesen der Liquidation läßt eine andere Auffassung nicht zu. § 69 Abs. 1 GmbHG. läßt den dritten Abschnitt des Gesetzes, in dem sich der § 42 befindet, ausdrücklich nur insoweit Anwendung finden, als sich nicht aus dem Wesen der Liquidation ein anderes ergibt. Ebenso **RGSt. 46** 100. Vgl. JDR. **11** § 71 Ziff. 2 b.

2. Jahresbilanzpublikation der ein Bankgeschäft betreibenden GmbH. vgl. o. zu § 41.

§ 72. Verteilung des Gesellschaftsvermögens; Maßstab. 1. **RG. 81** 68, JW. **13** 273, BauersZ. **20** 181, DJZ. **13** 353, R. **13** Nr. 408. Schon aus dem klaren Wortlaut erhellt, daß im § 72 die gleichmäßige Verteilung nach Geschäftsanteilen nicht zwingend, sondern nur als Regel für den Fall gilt, daß im Statut nicht etwas anderes bestimmt ist. Die für den Regelfall geltende Bestimmung setzt jedoch zu ihrer Anwendung voraus, daß die Liquidation der Gesellschaft auch in einer der Regel entsprechenden Weise, also gesetzmäßig sofort im Anschluß an die Auflösung der Gesellschaft, stattgefunden hat. An dieser Voraussetzung fehlt es hier, da die Gesellschaft infolge des von den klagenden Mitgliedern angefochtenen Beschlusses auch eine Zeitlang über die im Gesellschaftsvertrage bestimmte Dauer trotz Widerspruchs der Kläger rechtswidrig fortgesetzt worden ist. Die Fortsetzung der Gesellschaft geschah von ihren Organen, die für die Gesetzmäßigkeit der Liquidation hätten sorgen müssen, im Widerspruche mit dem den Gesellschaftern, die dem Verlängerungsbeschlusse nicht zugestimmt hatten, nach Statut und Gesetz zustehenden unentziehbaren Recht auf Auflösung mit Ablauf der vertragsmäßigen Dauer. Diese Gesellschafter brauchen daher die dennoch stattgefundene Fortsetzung nunmehr, wo nach Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger lediglich ihr Verhältnis zur Gesellschaft in Betracht kommt, nicht als ihnen gegenüber wirksam anzuerkennen. Sie werden daher auch nicht von dem Verluste betroffen, der aus den in rechtswidriger Fortsetzung der Gesellschaft geschlossenen Geschäften herrührt. Vielmehr können sie die Teilungsquote verlangen, die sie bei einer Liquidation der Gesellschaft gleich bei Ablauf der Vertragszeit erhalten hätten.

2. **RG.** JW. **13** 1040. Für den Verlust eines Gesellschafters ist der Ausfall am Nennwerte seines Geschäftsanteils, nicht der Ausfall am Werte der eingebrachten Sachen maßgebend. Vgl. § 5 Ziff. 3.

§ 74. Beendigung der Liquidation. 1. Marcus, Holdheims MSchr. **13** 273. Anders als im § 302 HGB. ist im Gesetz — offenbar aus Ver-

sehen — expressis verbis das Gebot, nach beendigter Liquidation das Erlöschen der Firma anzumelden, nicht enthalten. Trotzdem muß aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen das Zwangsverfahren gegen die Liquidatoren zur Erzwingung dieser Anmeldung Platz greifen. Da nach dem HGB. stets die Folge der beendigten Liquidation das Erlöschen der Firma ist, also für dessen Anmeldung §§ 29, 31 HGB. Platz greifen, ist es keine unzulässige Analogieanwendung, wenn man den § 132 FGG. in diesem Falle auch für die GmbH. anwendet.

2. Wiederaufnahme der Liquidation. HoldheimsMSchr. **13** 162, R. **13** Nr. 1928 (KG.). Die Tatsache, daß die Liquidationsbeendigung seitens des Liquidators angemeldet und jene sowie die Beendigung der Firma der liquidierten Gesellschaft zur Eintragung gelangt ist, steht der Wiederaufnahme der Liquidation nicht entgegen. Sie ist dann, wenn die Voraussetzungen gegeben, durch den bisherigen Liquidator, und nicht wie im Falle des § 302 Abs. 4 HGB., zu bewirken. Falls der bisherige Liquidator, nicht mehr vorhanden, greift § 66 GmbHG. Platz.

§ 75. Nichtigkeit der GmbH. a) **RG.** LeipzZ. **13** 682, 761, BayersZ. **21** 38, R. **13** Nr. 1997, 1999. Die Eintragung der Gesellschaft heilt grundsätzlich jeden Mangel des Gesellschaftsvertrags, es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag die nach § 3 wesentlichen Bestimmungen nicht enthält oder daß eine dieser Bestimmungen des § 3 nichtig ist. Diese Ausnahmen von der heilenden Kraft der Eintragung sind auf die ausdrücklich aufgeführten Fälle zu beschränken. Die Vorschrift, daß die Eintragung einer GmbH. nur erfolgen darf, wenn ein Viertel der Einlage nach der in der Anmeldung abzugebenden Versicherung eingezahlt ist, hat nur die Bedeutung einer Formvorschrift. Zu den Nichtigkeitsgründen gehört ein Verstoß gegen diese Vorschrift nicht. Die Unterlassung der Zahlung der Stammeinlage macht also die einmal eingetragene Gesellschaft nicht nichtig. b) ZAktWes. **13** 10. Die Erreichung des Gesellschaftsvermögens ist unmöglich und deshalb der Gesellschaftsvertrag nichtig, wenn es einem Gesellschafter unmöglich ist, seine Stammeinlage zu leisten.

Sechster Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 82. Ziff. 1 Schutzgesetz? **RG.** R. **13** Nr. 2639. Die Vorschriften in § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 2, § 81 Ziff. 1 sollen zunächst dem Interesse der ins Leben getretenen Gesellschaft, wenn auch dadurch zugleich dem Interesse dritter Personen, insbesondere der Gesellschaftsgläubiger dienen. Von dem Standpunkt aus, den **RG. 73** 30 vertreten hat, würde also in den erwähnten Vorschriften ein den Schutz der Gesellschaftsgläubiger bezweckendes Gesetz, dessen Verletzung die Geschäftsführer den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unmittelbar zum Ersatz des ihnen aus der Verletzung entstehenden Schadens verpflichtete, nicht zu finden sein. Dieser Standpunkt wird allerdings nicht allgemein geteilt, und er würde, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits davon abhinge, auf seine Richtigkeit von neuem geprüft werden müssen.

§ 83. **RG.** BayersZ. **20** 156, GoltdA. **60** 268. Ob das Konkursverfahren über die GmbH. zu Recht eröffnet wurde, hat der Strafrichter nicht nachzuprüfen. Für die Strafbarkeit eines Geschäftsführers wegen unordentlicher Buchführung nach § 240 Ziff. 3 KO. ist es an sich bedeutungslos, daß er im Augenblicke der Konkurseröffnung nicht mehr Geschäftsführer ist.

§ 84. Vgl. § 64 Ziff. 2.

Anhang.

I. Steuern. 1. Berger, JW. **13** 79, erörtert die Frage der Erhebung der Reichswertzuwachssteuer bei Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH.

2. BauersZ. **20** 92. Wertzuwachssteuer bei Veräußerung von Geschäftsanteilen sog. Grundstücks-GmbH.

3. Hachenburg, DJZ. **13** 53, bespricht die Errichtung einer Kommanditgesellschaft durch die GmbH. zur Umgehung der steuerlichen Belastung. (Vgl. JDR. **11** 1275 I. 4 und oben § 13 Ziff. 1 a).

4. BauersZ. **20** 271. Bewertung der Geschäftsanteile zum Zwecke der Veranlagung des Wehrbeitrags.

5. BauersZ. **21** 63 (OVG.). Aufhören der Steuerpflicht der GmbH., wenn die Liquidation derselben vor Ablauf des Sperrjahrs beendet wurde.

6. Preuß. Einkommensteuer. **a)** R. **13** 74 (OVG.). Wegelasten. Die vertragliche Pflicht zum Ausbau und zur Kanalisation gewisser Wege des der GmbH. gehörigen Gutes ist als Last des Betriebs der Gesellschaft abzugsfähig. **b)** R. **13** 74 (VOG.). Die Kosten für Bohrungen zum Zwecke der Auffindung neuer Kohlenlager und der Feststellung ihrer Mächtigkeit mindern den steuerpflichtigen Geschäftsgewinn. **c)** R. **13** 74 (OVG.). Maßgebliches Geschäftsjahr. Die Berechnung des steuerpflichtigen Einkommens einer nicht-physischen Person ist anders, je nachdem nur mit dem ersten, nicht vollen Geschäftsjahr oder noch mit einem weiteren vollen Geschäftsjahre zu rechnen ist. Ersterenfalls ist das auf die Zeit vom 7. September 1906 (Zeitpunkt der Eintragung der GmbH.) bis 31. Dezember 1906 fallende Einkommen auf einen Jahresbetrag auszudehnen, letzterenfalls das auf die Zeit vom 7. September 1906 bis 31. Dezember 1907 fallende Einkommen auf ein Jahr umzurechnen. **d)** BauersZ. **20** 141. Weigert sich eine GmbH., ihre Bilanz vor der Steuerbehörde vorzulegen, so ist ihr steuerpflichtiges Einkommen schätzungsweise zu ermitteln. **e)** BauersZ. **20** 209 (OVG.). Marktpreis und Produktionskosten für die Pflichtrüben in einkommensteuerrechtlicher Beziehung. **f)** BauersZ. **20** 280 bringt eine Zusammenstellung der Entscheidung des OVG. betr. die Gemeindeeinkommensteuer eines Gesellschafters aus der Beteiligung an einer GmbH. — Berechnung der Steuern nach 3 jährigem Durchschnitte. — Steuer aus den zur Reservebildung, Schuldentilgung verwendeten Reinerträgen. — Gewinn aus dem von der GmbH. an den Gesellschafter für gelieferte Rüben gezahlten, den Marktpreis übersteigenden Preise, — Steuerpflicht des Mitglieds einer GmbH., die an einer anderen GmbH. beteiligt ist. — Steuerpflicht eines in Sachsen wohnenden Mitglieds einer preuß. GmbH., Anwendung des Reichsdoppelsteuergesetzes. — Einfluß einer Sitzverlegung.

II. Stempelrecht und Gebühren. A. Preuß. Stempelgesetz. 1. Tarifst. 25. Nachschüsse. **RG. 81** 368, ZAktWes. **13** 31, R. **13** 248. Unter „Nachschüssen" sind nur solche Zahlungen zu verstehen, die im Sinne des § 26 GmbHG. sich als Nachschüsse darstellen. Daß der Beschluß gerade das Wort „Nachschüsse" gebraucht, ist nicht nötig. Im Sinne des Gesetzes liegt eine Einforderung von Nachschüssen nur dann vor, wenn der ursprüngliche oder der hinterher abgeänderte Gesellschaftsvertrag die Zulässigkeit der Einforderung bestimmt und die Gesellschafterversammlung die Einforderung beschließt. Um die Einforderung von Nachschüssen handelt es sich nicht, wenn eine Pflicht zur Leistung der Zuzahlung nicht begründet ist und es nur vom freien Willen der Gesellschafter abhängt, ob sie die Zahlung leisten derart, daß die Nichtleistung von irgendwelcher Rechtswirkung nicht begleitet ist.

2. Tarifst. 25 c. **RG.** R. **13** 442. Wird in die Gesellschaft neben einer baren Zuzahlung nicht in Geld bestehendes Vermögen eingebracht, so hat die Besteuerung einheitlich in vollem Umfange nach Tarifst. 25 c zu erfolgen.

3. Tarifst. 25c. **RG.** R. **13** 442. Gesellschaftsanteile an einer GmbH. nähern sich in ihrer Bedeutung mehr den absoluten Rechten als den Forderungsrechten. Der Einbringungsstempel ist daher nicht nach dem Stempel für einge-

brachte Forderungen, sondern nach dem für eingebrachte „bewegliche Vermögensgegenstände" zu berechnen.

4. Tarifst. 25 c Abs. 2. **RG.** R. **13** 443. Die Anrechnung des Errichtungsstempels auf den Einbringungsstempel findet nur dann statt, wenn das Einbringen zugleich, d. h. in derselben Urkunde mit der Errichtung der Gesellschaft bzw. mit der Erhöhung des Gesellschaftsvermögens beurkundet wird. Daß beides — in getrennten Urkunden — am gleichen Tage beurkundet wurde, genügt nicht.

5. Tarifst. 25 Abs. 1 Ziff. 2. **RG. 82** 320, BauersZ. **21** 64, R. **13** 528. Versteuerung von Nachschüssen. Die Vorschrift in Spalte 4 gibt keinen Aufschluß darüber, ob auch bei der Einforderung von Nachschüssen die Abgabe nach dem Steuersatze zu berechnen ist, der dem Betrage des Stammkapitals unter Hinzurechnung des Betrags der Nachschüsse entspricht. Die Frage ist aber zu bejahen.

6. Tarifst. 25 c; Einbringung von Lizenzverträgen. **RG. 82** 431, BauersZ. **21** 40, R. **13** 570. Auch Lizenzverträge unterliegen der Besteuerung nach Tarifst. 25 c Nr. 2, wenigstens dann, wenn der Lizenznehmer ein absolutes Recht mit Wirkung gegen jeden Dritten erworben hat.

B. Reichsstempelgesetz. Weinbach, HoldheimsMSchr. **13** 141 (145), über den Einfluß der Reichsstempelgesetznovelle auf die GmbH.

C. BayGebG. BayObLG. **14** 324. Die Gebühr des Art. 153 GebG. ist bei der Eintragung der inländischen Zweigniederlassung einer außerbayerischen GmbH. in das Gesellschaftsregister dann, wenn der Hauptgeschäftsbetrieb nicht bei der Zweigniederlassung stattfindet, nicht aus dem Stammkapital der Gesellschaft, sondern nach dem Werte des Anlage- und Betriebskapitals der Zweigniederlassung zu berechnen. Das Betriebskapital im Sinne des Art. 60 Abs. 4 GebG. umfaßt alle Vermögenswerte, die nach der Absicht und den Bestimmungen der Geschäftsleitung unmittelbar oder mittelbar den Betriebszwecken der Zweigniederlassung für eine gewisse Dauer zu dienen bestimmt sind. Bei der Bestimmung des Betriebskapitals der Zweigniederlassung eines Unternehmens, dessen Hauptgeschäftsbetrieb außerhalb Bayerns liegt, ist nicht entscheidend, ob Vermögenswerte buchmäßig für die Zweigniederlassung ausgeschieden sind und ihre Verwendung in erster Linie der Bestimmung des Leiters der Zweigniederlassung unterliegt, sondern es kommt nur darauf an, ob und wieweit Bestandteile des Vermögens nach der maßgebenden Verfügung der Leitung des Unternehmens für den Betriebszweck der Zweigniederlassung bestimmt sind und ihnen tatsächlich zugewendet werden. Bestandteile des Betriebskapitals, die sowohl der bayerischen Zweigniederlassung wie der nichtbayerischen Betriebsstätte gewidmet sind, und die zur Verfügung der nicht in Bayern befindlichen Geschäftsleitung stehen, sind nur anteilig heranzuziehen.

Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Literatur: Deumer, Recht der eingetragenen Genossenschaften. München 1912. — Merzbacher, Kommentar zum GenG. 3. Aufl. München 1912. — Parisius-Crüger, Kommentar zum GenG. 7. Aufl. Berlin 1911.

Vorbemerkung: Die letzten drei Bände (80—82) der offiziellen Entscheidungssammlung des RG. bringen nur ein Urteil, das sich mit dem Rechte der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossen beschäftigt. Es ist das unten bei § 42 I abgedruckte Urteil (**RG. 80** 180), das die Frage der Bevollmächtigung eines Vorstandsmitglieds durch den Gesamtvorstand behandelt. Das RG. hat ausgesprochen, daß dann, wenn nach dem Statute von mehreren Vorstandsmitgliedern nur je zwei zur Vertretung der Genossenschaft berechtigt sind, das zu bevollmächtigende Mitglied von der Mitwirkung bei der Vollmachtserteilung nicht ausgeschlossen, § 181 BGB. also nicht anwendbar ist. Dar Urteil ist von Bremer (s. § 42 I 2).

angegriffen worden. Hervorzuheben ist weiter das bei § 15 Ziff. 3 abgedruckte Urteil des RG. über die Frage, ob und in welcher Form vor Anmeldung des Statuts eine Beitrittserklärung zur Genossenschaft erfolgen kann. Die Folgen der Nichtladung eines Genossen zu dem Erklärungstermin über die Vorschußberechnung mit der Frage, ob die Berechnung gegen den nicht geladenen Genossen für vollstreckbar erklärt werden kann, wird unter Abweichung von der Ansicht des RG. von Moser (§ 107) behandelt.

Erster Abschnitt. Errichtung der Genossenschaft.

§ 6. Inhalt des Statuts. Gegenstand des Unternehmens der eingetragenen Genossenschaft. *Waldecker, LeipzZ. **13** 283. Es ist zu unterscheiden zwischen Zweck der eingetragenen Genossenschaft und dem Gegenstand ihres Unternehmens. Zweck der eingetragenen Genossenschaft ist nur die Förderung des Erwerbes und der Wirtschaft der Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs. Diese Mittel sind im § 1 G. exemplifikativ aufgezählt. „Unternehmen" der eingetragenen Genossenschaft ist demnach der auf Erreichung dieses Zweckes abzielende gemeinsame Geschäftsbetrieb, dessen „Gegenstand" ist der Inbegriff der beabsichtigten Geschäfte, wie er sich aus Statut und Generalversammlungsbeschlüssen ergibt. Dieser Geschäftskreis kann gemäß Gesetz und nach Maßgabe der besonderen statutarischen Vorschriften geändert werden, ohne daß es dabei auf die „Gesamttendenz" ankommt, also es kann ein Konsumverein den Charakter einer Baugenossenschaft annehmen, wenn nur die Organisation selbst die einer eingetragenen Genossenschaft bleibt. Im Ergebnis übereinstimmend OLG. Dresden vom 18. Juni 1912, BlGenossWes. **12** 759. Vgl. § 16.

§ 10. Anmeldung. 1. Eintragung des Vorstandes. KGJ. **44** 154, RJA. **12** 138, ZBlFG. **13** 114 u. **14** 17, R. **13** Nr. 2174. Die Eintragung des neu gewählten Vorstandsmitglieds in das Genossenschaftsregister hat gemäß § 18 Abs. 1, Bek. vom 1. Juli 1899 und Art. 3 Nr. 5 PrAVf. vom 8. November 1899 derart zu erfolgen, daß das neue Vorstandsmitglied nach Namen, Beruf und Wohnort zu bezeichnen ist. Unter „Beruf" ist hierbei nur die Tätigkeit oder Lebensstellung zu verstehen, die das Vorstandsmitglied unabhängig von seiner Stellung als solches und außerhalb der Genossenschaft hat. Hiernach kann nicht vermerkt werden, daß ihm von der Genossenschaft durch Wahl zum „Vorsteher" oder „Stellvertreter des Vorstehers" eine bevorzugte Stellung eingeräumt sei. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß dem Vorsteher eine besonders bedeutungsvolle Stellung zugewiesen ist, weil er oder sein Vertreter bei jeder Willenserklärung oder Zeichnung des Vorstandes mitwirken muß. AM. Buchrucker, ZBlFG. **14** 4.

2. Beschwerde gegen Eintragungen in das Genossenschaftsregister oder in die Genossenliste. Ritter, ABürgR. **38** 410. Während das BayObLG. (LeipzZ. **09** 564) und das OLG. Dresden (OLG. 8 260) die Beschwerde für zulässig erachten, hat das KG. (OLG. **23** 361) für Eintragungen in das Handelsregister ausgesprochen, daß die Eintragung keine Verfügung im Sinne des § 19 FGG. sei, daß die der Eintragung voraufgehende Verfügung nur eine dienstliche Anweisung darstelle, Beschwerde deshalb unzulässig sei und die Eintragung nur auf dem im § 142 ff. FGG. bestimmten Wege beseitigt werden könne.

§ 15. Mitgliedschaft. 1. *Waldecker, ABürgR. **39** 320 ff. Die Mitgliedschaft bei der eingetragenen Genossenschaft ist weder ein reines Vermögens- noch ein reines Personenrecht, sie enthält vielmehr in untrennbarer Verbindung personen- und vermögensrechtliche Bestandteile, wobei jedoch der vermögensrechtliche Faktor überwiegt. Denn es entscheidet im Zweifel das Interesse der Genossen-

schaft als Faktor des Wirtschaftslebens, nicht als personenrechtliche Vereinigung. Deshalb gehört ihr vermögensrechtlicher Bestandteil, insbesondere das Geschäftsguthaben zur Konkursmasse des Mitglieds, und dem Konkursverwalter steht das Recht der Kündigung zu, ohne daß damit das Kündigungsrecht des Mitglieds ausgeschlossen würde, das im Hinblick auf den personenrechtlichen Bestandteil der Mitgliedschaft neben dem Kündigungsrechte des Verwalters anerkannt werden muß; deshalb entsteht die Mitgliedschaft auch dann, wenn erst nach dem Tode des Beigetretenen Zulassung und Eintragung der Beitrittserklärung erfolgen. (AM. Deumer 177 ff.)

2. Deumer, ZBlFG. **11** 535. Wenn nach der Unterzeichnung der Beitrittserklärung, aber vor deren Einreichung durch den Vorstand an das Registergericht, der Beigetretene stirbt, so gelangt die Mitgliedschaft nicht zur Entstehung. S. dagegen Waldecker, ABürgR. **39** 320, und HessRspr. **13** 178 (LG. Darmstadt).

3. Beitrittserklärung, vor Anmeldung des Statuts zum Genossenschaftsregister. **RG.** JW. **13** 993. Das Gesetz stellt weder für die Unterzeichnung der Beitrittserklärungen noch für deren Abgabe gegenüber der Genossenschaft eine zeitliche Grenze auf, soweit sich nicht eine solche von selbst daraus ergibt, daß die Erklärung gegenüber der Genossenschaft, d. h. gegenüber deren gesetzlichen Vertretern, dem Vorstand, abgegeben werden muß und deshalb erst nach Bestellung des Vorstandes rechtswirksam erfolgen kann. Der § 15 behandelt nur den Erwerb der Mitgliedschaft nach der Anmeldung des Statuts, er bestimmt aber nicht, daß auch die Beitrittserklärung erst nach dieser Anmeldung unterzeichnet oder abgegeben sein müsse. Auch aus § 11 Abs. 2 Nr. 1 läßt sich gegen diese Auffassung nichts entnehmen. Zwingend ist § 11 nur insofern, als ihm zufolge jemand, der schon vor der Anmeldung des Statuts Genosse werden will, dies nur durch Unterzeichnung des Statuts bewirken kann. Daraus folgt aber nicht, daß jemand, der schon vor der Anmeldung seinen Willen, Genosse zu werden, erklärt hat, dieses Ziel nur auf dem Wege des § 11 und nicht auch auf dem des § 15 soll erreichen können.

§ 16. Ausdehnung des Unternehmens, Statutenänderung. a) SächsOLG. **34** 318, RJA. **12** 53, ZBlFG. **13** 502 f. JDR. **11** § 16 Ziff. 2. b) NaumburgAK. **12** 44, ZBlFG. **13** 41 (Naumburg). Beschlüsse über einen im Statute der Genossenschaft vorgesehenen Ausbau der Organisation der Genossenschaft in deren inneren Verhältnis zu den einzelnen Genossen enthalten keine Statutenänderung und bedürfen zu ihrer Gültigkeit weder der Eintragung in das Register noch der Überreichung zu den Registerakten.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen.

§ 17. RG. 80 111, DNotV. **13** 447. Konzessionserteilung. Ist dem Betriebsleiter eines Konsumvereins die Erlaubnis zum Vertriebe von Spirituosen „für den Konsumverein" erteilt, so bedarf dieser, wenn ein Wechsel in der Person des Betriebsleiters eintritt, keiner neuen Erlaubnis. Vgl. HGB. S. 503 Vorb. Ziff. 3 und **RG. 80** 427.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 24. Vorstand im Konkurse der Genossenschaft; Vertragskündigung; Vergütungsanspruch. Jäger, LeipzZ. **13** 355. Vgl. HGB. § 231 Ziff. IV 5 a.

§ 36. Stellung des Aufsichtsrats im Konkurse der Genossenschaft; Vertragskündigung; Vergütungsanspruch. Jäger, LeipzZ. **13** 355. Vgl. HGB. § 231 Ziff. IV 5 a.

§ 42. I. Bevollmächtigung eines Vorstandsmitglieds. 1. **RG. 80** 180, JW. **13** 51. Nach § 42 kann der Betrieb von Geschäften der Genossenschaft und die Vertretung der Genossenschaft bei dieser Geschäftsführung auch einem Bevollmächtigten zugewiesen werden, und die Zuweisung erfolgt, da das Gesetz nichts anderes vorschreibt, durch den nach §§ 24 ff. ganz allgemein zur Vertretung der Genossenschaft berufenen Vorstand. Das GenG. bestimmt nun zwar nicht ausdrücklich, daß der Vorstand auch eines seiner Mitglieder bevollmächtigen kann, und daß die Vollmacht sich nur auf die Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften erstrecken darf. Beides entspricht aber so sehr den Bedürfnissen der Genossenschaften, daß es auch ohnedies als vom Gesetze gewollt anzusehen ist. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob im einzelnen Falle das Statut der Genossenschaft nur die gesetzliche Mindestzahl von 2 Vorstandsmitgliedern vorsieht, oder ob es bestimmt, daß aus der vorgesehenen größeren Zahl von Vorstandsmitgliedern schon zwei zur Vertretung der Genossenschaft ausreichen sollen. Denn indem das Gesetz die Mitwirkung des zu bevollmächtigenden Mitglieds bei der Vollmachtserteilung im Falle des Vorhandenseins von nur 2 Mitgliedern für zulässig erklärt, erkennt es unzweideutig an, daß bei einer derartigen Vollmachtserteilung die Mitwirkung des zu Bevollmächtigenden überhaupt kein Hindernis bildet, § 181 BGB. also keine Anwendung findet.

2. Gegen die Begründung dieses Urteils, insbesondere gegen den letzten Satz, wendet sich Breme, R. **13** 514. Die Gründe des RG. sind nicht überzeugend; denn sie tragen etwas in das Gesetz hinein, was dort nicht zum Ausdrucke gekommen und auch wohl vom Gesetzgeber nicht in Erwägung gezogen ist und endlich auch ohne Not über das zu erstrebende Ziel hinausschießt. Das GenG. wollte weder das Hindernis des § 181 BGB. beseitigen, noch konnte es dieses zwingende Recht anders ausschalten als durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Gestattung des Handelns mit sich selbst. Erstere liegt nicht vor, und wenn man letztere um des vom Gesetze gewollten Erfolges hineininterpretiert, so kann das doch nicht weiter gehen als das, um den Erfolg zu sichern, unbedingt nötig ist; denn sowohl die Kollektivvertretung als auch das grundsätzliche Verbot des Handelns mit sich selbst sind Garantiemaßregeln, die nicht ohne Not durch laxe Interpretation beiseite geschoben werden dürfen. Das KG. (ZBlFG. **13** 633) hat einen gleichartigen Fall bei einer Gewerkschaft in gegenteiligem Sinne entschieden. Bei Bejahung der Möglichkeit der Bevollmächtigung eines Vorstandsmitglieds führt diese Entscheidung aus, daß hieraus um der grundsätzlichen Zulässigkeit dieses Rechtserfolges nur dann die Gestattung des Handelns mit sich selbst für den Bevollmächtigten anzunehmen sei, wenn sämtliche vorhandenen Vorstandsmitglieder zur Vertretung mitwirken müssen, daß also da, wo die Bevollmächtigung auch ohne Mitwirkung des Vollmachtsempfängers möglich sei, mangels ausdrücklicher Bestimmung der Satzung kein Grund vorliege, eine solche Gestattung anzunehmen. Dieser mit dem RG.-Urteil in Widerspruch stehenden Entscheidung ist beizupflichten. Daraus folgt: bei Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters einer juristischen Person ist § 181 BGB. stets anwendbar; jedoch ist in Fällen, wo anders die vom Gesetz oder dem Statute gewollte Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters nicht möglich wäre, die in § 181 berücksichtigte Gestattung des Kontrahierens mit sich selbst als vom Gesetze oder der Satzung stillschweigend normiert anzusehen.

3. **RG.** BauersZ. **20** 217 schließt sich dem in Ziff. 1 wiedergegebenen Urteil des RG. (**RG. 80** 180) an. Vgl. § 232 HGB.

II. Einfluß eines Wechsels des Vorstandes auf die Bevollmächtigten. BayObLG. **14** 312, SeuffBl. **13** 479, ZBlFG. **14** 227, R. **13** Nr. 1996. Von wem die Bevollmächtigung nach § 42 auszugehen hat, sagt das Gesetz nicht. Im Hinblick auf §§ 24, 25 G. ist anzunehmen, daß sie regelmäßig

dem Vorstande zusteht. Der Bevollmächtigte ist aber nicht Vertreter des Vorstandes als solcher, sondern Vertreter der Genossenschaft, hieraus folgt, daß ein Wechsel in der Person der Vorstandsmitglieder auf die Amtsdauer des nach § 42 Bevollmächtigten in der Regel ohne Einfluß ist; denn die letzteren leiten ihre Vertretungsbefugnis nicht vom Vorstande, sondern in letzter Linie von der Genossenschaft ab. Anders könnte die Sache liegen, wenn die Vollmacht nicht einem Dritten, sondern einem Mitgliede des Vorstandes selbst erteilt ist; dann liegt die Annahme nahe, daß die Vollmacht nach dem Willen der Auftraggeber nicht länger dauern soll als die Amtsdauer des Vorstandes selbst. So der Fall in R. **12** Nr. 2996.

Vierter Abschnitt. Revision.

§ 55. Haftung des Revisionsverbandes für Fehler der von ihm bestellten Revisoren. Havenstein, DIZ. **13** 693, bespricht zustimmend das Urteil des **RG. 78** 143 (vgl. IDR. **11** § 55 a).

§ 61. Gebühren für Revisorenbestellung. Ritter, ABürgR. **38** 410. Im Gegensatze zu Parisius-Krüger § 159 ist mit dem KG. und dem BayOLG. anzunehmen, daß die den Genossenschaften im § 159 bewilligte Gebührenfreiheit sich auf die Bestellung der Revisoren nach § 61 nicht bezieht.

Fünfter Abschnitt. Ausscheiden einzelner Genossen.

§ 65. RG. IW. **13** 442, R. **13** Nr. 2641. Der Kläger hatte seine Mitgliedschaft bei der beklagten Genossenschaft unter Wahrung der in den Statuten bestimmten zweijährigen Frist rechtswirksam auf den 1. Januar 1908 gekündigt. Er hat sodann am 15. Mai 1907 mit der Beklagten, die Binnenschiffahrt betrieb, den hier streitigen Vertrag geschlossen, durch den er ihr seinen Kahn für die Dauer von 9 Jahren ab 1. Januar 1908 vermietete. Das Mietverhältnis sollte also mit dem Zeitpunkte beginnen, mit dem die Mitgliedschaft des Klägers endete. Hierdurch unterscheidet sich der streitige Fall wesentlich von dem Tatbestand, über den der II. Senat am 17. September 1909 entschied. Dort begann der Lauf des Mietvertrags während der Mitgliedschaft des Genossen, und dieser konnte nach dem Ausspruche des damals erkennenden Senats wegen des Mietvertrags an einen Austritt aus der Genossenschaft vernünftigerweise nicht denken, ist also durch den neunjährigen Mietvertrag an seinem Austrittsrecht entgegen § 65 Abs. 2 behindert. Daß in dem hier streitigen Falle der Mietvertrag ein Hindernis für den Austritt des Klägers gebildet hat, ist nicht ersichtlich. Wenn das Berufungsgericht sein Urteil darauf begründete, daß der Kläger den Mietvertrag kraft Genossenpflicht eingegangen sei, so ist dieser Grund rechtsirrtümlich. Er kann nur dahin verstanden werden, daß der Kläger den Mietvertrag schloß, weil er glaubte, als Genosse hierzu verpflichtet zu sein. Dann liegt aber nur ein irrtümlicher Beweggrund vor.

§ 67. Ausscheiden eines Genossen wegen Wohnsitzverlegung. KGJ. **43** 113, PosMSchr. **13** 41. § 67 Abs. 1 bildet eine Ausnahme von der allgemeinen Regelung betr. das Ausscheiden der einzelnen Genossen. Da regelmäßig der freiwillige Austritt eine Aufkündigung unter Innehaltung der gesetzlichen oder statutarischen Kündigungsfrist voraussetzt, ist § 67, der einen Austritt ohne Kündigung gestattet, nicht ausdehnend auszulegen. Aus dem Statute muß sich, um das Recht des § 67 zu geben, sicher ergeben, daß die Mitgliedschaft an den Wohnsitz in einem bestimmten Bezirke gebunden ist.

§ 70. Nichteintrag des Ausscheidens in die Liste. **a)** Elſ. LothIZ. **13** 637, R. **13** Nr. 883 (Colmar). Ein Genosse wird durch die vom Vorstande schuldhaft unterlassene Eintragung seines Austritts in die Liste nicht davon entbunden, sich vom Verwalter des Konkurses über das Vermögen der Genossenschaft zu genossenschaftlichen Leistungen heranziehen zu lassen. Vgl. **RG. 69** 166. **b) RG.** LeipzZ.

13 616, WarnE. **6** 449, R. **13** Nr. 2329. Wie nach § 15 Abs. 3 die Mitgliedschaft nur durch Eintragung in die gerichtliche Mitgliederliste erworben werden kann, so ist nach § 70 Abs. 2 auch das Ausscheiden davon abhängig, daß es in die Liste eingetragen wird. Diese Vorschriften sind zwingender Natur und gelten nicht nur den Gläubigern gegenüber, sondern auch im Verhältnisse zur Genossenschaft. Einen Schutz gegen Versäumnisse, die sich der Vorstand in der Anmeldung des Ausscheidens zuschulden kommen läßt, gewährt die nach § 71 zulässige Vormerkung.

§ 71. PosMSchr. **13** 68 (Königsberg). Der Genosse ist berechtigt, gegen die Genossenschaft auf Anerkennung seines Rechtes, zu einem bestimmten Zeitpunkt aus der Genossenschaft auszuscheiden, zu klagen. Die Klage ist keine Feststellungs-, sondern eine Leistungsklage.

§ 73. Auseinandersetzung mit dem Ausgeschiedenen. *Waldecker, BlättGenossWes. **13** 473. Ist auf Grund des von dem ausscheidenden Mitgliede vorgelegten Mitgliederguthabenbuchs, in dem die Einzahlungen auf Geschäftsanteil und die Dividendenzuschriften statutengemäß erfolgen, das Guthaben festgestellt und ausgezahlt, so findet keine Klage auf Rechnungslegung mehr statt, da in der Feststellung des Guthabens und der vorbehaltlosen Annahme der Zahlung eine Abrechnung, d. h. Auseinandersetzung im Sinne des § 73 GenG. zu erblicken ist (aM. LG. Allenstein vom 4. April 1913).

§ 74. Holländer, DJZ. **13** 975. Die Verjährungsfrist für die Klage des Genossen auf Zahlung des Geschäftsguthabens beginnt mit der Fälligkeit dieses Guthabens, also (§ 73 Abs. 2) 6 Monate nach dem Ausscheiden des Genossen. Die Ansicht von Parisius-Crüger, daß die Verjährung weiter davon abhängig sei, daß die Genossenschaft zur Zahlung des Guthabens bereit und fähig sei, ist nicht richtig.

Siebenter Abschnitt. Konkursverfahren und Haftpflicht der Genossen.

§ 101. Konkurs der Genossenschaft. Fortsetzung einer durch die Eröffnung des Konkurses aufgelösten Genossenschaft nach der Beendigung des Konkurses. Moser, LeipzZ. **13** 55. Trotz des Wortlauts des § 101 besteht die Genossenschaft, wie allgemein anerkannt, auch nach Eröffnung des Konkurses, wenn auch nicht mehr als „werbende" fort und wird erst mit der Beendigung des Konkurses aufgelöst. Unter Umständen, wenn nämlich eine vollständige Aufteilung des Vermögens im Konkurse nicht stattgefunden hat, schließt sich an den Konkurs das gewöhnliche Liquidationsverfahren an, und erst mit dessen Beendigung erfolgt die Auflösung der Genossenschaft. Die gegenteilige, von den LG. Berlin und Würzburg vertretene Ansicht, daß nach Beendigung des Konkurses die Genossenschaft das freie Verfügungsrecht über die Masse zurückerhalte, und gegen ihren Willen nicht zu einer Liquidation gezwungen werden könne, ist von Petersen, Wochenschr. f. Aktienrecht **92** Nr. 17 f., widerlegt worden. Die Genossenschaft ist auch nicht in der Lage, in dem an die Konkursbeendigung sich gegebenenfalls anschließenden Liquidationsstadium einen Beschluß der Generalversammlung auf Fortsetzung der Genossenschaft zu fassen. Denn einmal ist die Auflösung, wie bei jeder juristischen Person, eine endgültige, und dann sind die für andere juristische Personen zugelassenen Ausnahmen (§ 307 Abs. 2 HGB.; § 60 Abs. 1 GmbH.; § 49 Satz 2 PrivVersUntG.) auf die Genossenschaft nicht entsprechend anwendbar (vgl. KGJ. **39** A 137; OLG. **22** 3 [Colmar[; aA. Marcus, Holdheims MSchr. **08** 186).

§ 104. Vorstand und Aufsichtsrat im Konkurse der Genossenschaft; Vertragskündigung; Vergütungsanspruch für die Zeit vor und während des Konkurses Jaeger, LeipzZ. **13** 355. Vgl. § 231 HGB. Ziff. IV 5a.

§ 107. Folgen der Nichtladung eines Genossen zu dem Erklärungstermin über die Vorschußberechnung. Moser, LeipzZ. **13** 201. Das **RG.** LeipzZ. **08** 788 hat im Gegensatze zu seiner früheren Ansicht (JW. **96** 174 und **98** 146) und zur Literatur erklärt, daß die Vollstreckbarkeitserklärung der Berechnung gegen den nicht geladenen Genossen nicht wirksam sei, da die öffentliche Bekanntmachung des Termins die im Gesetze vorgeschriebene besondere Ladung nicht zu ersetzen vermöge; § 76 Abs. 3 KO. sei mit Rücksicht auf die empfindlichen Nachteile, die an die Nichtwahrnehmung des Termins geknüpft seien (Nachteile, wie sie die KO. nicht kenne), auf § 107 GenG. nicht anwendbar. Demgegenüber ist zu betonen, daß die §§ 76, 77 KO. auf den Genossenschaftskonkurs Anwendung zu finden haben. Es folgt dies daraus, daß im 7. und 8. Abschnitt des GenG. nur Bestimmungen geregelt sind, die auf der Eigenart der genossenschaftlichen Struktur beruhen, und daß diese Bestimmungen früher im 8. Titel der KO. enthalten waren. § 107 ist keine Sondervorschrift, die die Anwendung der KO. ausschlösse. Die Vorschrift des § 107 „Die Genossen sind besonders zu laden" ist nur eine Sollvorschrift. Deshalb wirkt die Vollstreckbarkeitserklärung auch gegen den Genossen, der versehentlich nicht besonders geladen ist und deshalb den Erklärungstermin infolge Unkenntnis versäumt hat. Doch wird ein solcher Genosse Einwendungen gegen die Berechnung noch gemäß § 111 im Wege der Anfechtungsklage vorbringen könne; denn das Nichtvorbringen des sachlichen Anfechtungsgrundes im Erklärungstermine dürfte wohl stets in einem solchen Falle als „unverschuldet" anzusehen sein. Wenn allerdings der nicht geladene Genosse von dem gegen ihn erlassenen Vollstreckungstitel erst nach Ablauf der Notfrist Kenntnis erhält, dann ist nur noch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich, um ihm die Anfechtungsklage zu gewähren.

Neunter Abschnitt. Strafbestimmungen.

§ 147. 1. § 147 als Schutzgesetz. **RG. 81** 269, JW. **13** 443, R. **13** Nr. 1014, **RG.** JW. **10** 109 hat ausgesprochen, daß § 147 GenG. ein dem Schutze der Genossen dienendes Schutzgesetz sei. Damit ist aber noch nicht entschieden, daß § 147 nur zu dem Schutze der Genossen bestimmt sei. Die Frage, ob § 147 auch zum Schutze Dritter bestimmt sei, ist unbedingt zu bejahen. Zwar hat **RG. 73** 30 die Frage, ob die §§ 41—43, 64, 83, 84 GmbHG. Schutzgesetze im Sinne der § 823 BGB. für dritte, außerhalb der Gesellschaft stehende Personen bilden, im Einklange mit **RG. 63** 324 verneint. Jene Vorschriften lassen aber schon aus ihrem Wortlaut ersehen, daß sie nur zum Schutze der der Gesellschaft angehörigen Personen und ihrer Gläubiger gegeben sind. Dagegen ergibt sich schon aus § 33 GenG., der die öffentliche Bekanntmachung der Bilanzen behufs Zugänglichmachung an jedermann vorsieht, daß § 147 auch den Schutz dritter Personen bezweckt.

2. Aufklärungspflicht der Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats. **RG.** JW. **13** 167, GoltdA. **60** 272. Das Gesetz unterscheidet 2 Gruppen von Handlungen: wissentlich falsche Angaben gegenüber dem Gericht und wissentlich unwahre Darstellungen gegenüber den Genossen. Die zweite Gruppe zeigt keineswegs Einheitlichkeit in der Gestaltung der Tatbestände; einzelne betreffen nur den Vorstand, andere nur den Aufsichtsrat. Es handelt sich also hier um die Aufstellung mehrerer Tatbestände verschiedener Delikte, nicht um verschiedene Begehungsformen eines Delikts. Nur insoweit eine Mehrzahl unrichtiger Angaben in Darstellungen oder Übersichten der nämlichen Art nachgewiesen ist, läßt sich beim Vorliegen der Voraussetzungen des fortgesetzten Delikts die Annahme von Tateinheit rechtfertigen. — § 147 stellt keine allgemeine Offenbarungspflicht für Vorstand und Aufsichtsrat auf, durch

die sie gehalten wären, jede den Stand der Verhältnisse der Genossenschaft berührende Unregelmäßigkeit alsbald den Genossen und der Öffentlichkeit kundzutun. Ihre Pflicht zur Wahrheitsangabe reicht nur soweit, als sie irgendwie Anlaß haben, Erklärungen in ihrer Eigenschaft als Genossenschaftsorgane abzugeben. Rechtlich nicht zu beanstanden ist, wenn die Angeklagten, soweit sie an der Vorlage der falschen Bilanzen an der Generalversammlung beteiligt waren, deshalb von der Strafkammer freigesprochen wurden, weil sie die Unrichtigkeit der Bilanz aus tatsächlichen Gründen nicht erfaßten. Nach der Überzeugung des Gerichts hielten die Angeklagten die dem R. und St. eingeräumten Kredite, die in den Bilanzen trotz ihrer Unsicherheit statt zum wahrscheinlichen zum Nennwert eingestellt waren, für nicht so schlecht, daß sie nicht hätten mit dem vollen Werte eingesetzt werden können.

Zehnter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 159. Keine Gebührenfreiheit für die Revisorenbestellung vgl. § 61.

Anhang. Stempelrecht.

I. Reichsstempelgesetz. Tarifst. 1 A c. Waldecker, Holdheims MSchr. **13** 226. Nach der Novelle vom 3. Juli 1913 besteht für eingetragene Genossenschaften in folgenden Fällen eine Stempelpflicht. 1. Bei Errichtung oder erstmaligen Feststellung des Statuts, und zwar a) wenn sich der Geschäftskreis auf die Mitglieder beschränkt, mit 5 M.; b) wenn der Geschäftskreis über die Mitglieder hinausgeht, mit $^1/_{10}$ pCt. des Wertes der Einlage, mindestens aber 20 M. und 2. bei Erklärung des Beitritts zu einer eingetragenen Genossenschaft, deren Geschäftsbetrieb über die Mitglieder hinausgeht, mit $^1/_{10}$ pCt. des Wertes der Einlage, mindestens aber 10 M. Dagegen besteht keine Stempelpflicht in folgenden Fällen: 1. Für die Erklärung des Beitritts zu einer eingetragenen Genossenschaft, die nur mit ihren Mitgliedern arbeitet. 2. Für die Erhöhung des Geschäftsanteils oder der statutarischen Mindesteinlage. 3. Für die Übertragung des Geschäftsguthabens gemäß § 76 GenG. 4. Für die Zeichnung weiterer Geschäftsanteile bei einer eingetragenen GmbH.

II. PreußStempStG. 1. Tarifst. 25 b. Waldecker, Holdheims MSchr. **13** 101. Die Anwendung der Tarifst. 25 b auf eingetragene Genossenschaften begegnet Schwierigkeiten, weil die Fassung des Gesetzes zwar auf die anderen dort genannten Gesellschaftsformen, nicht aber auf die eingetragene Genossenschaft paßt; denn bei dieser besteht das Gesellschaftsvermögen nicht aus Einlagen der Mitglieder; wenn auch nicht zu leugnen ist, daß diese einen erheblichen Teil der Vermögen bilden, so daß das Vermögen fast ausschließlich aus ihnen bestehen kann. Zum Vermögen gehören von vornherein auch die im Falle des Konkurses fälligen Nachschüsse. Wenn es auch richtig ist, daß die Höchstbeteiligung der Mitglieder, der Geschäftsanteil, aus dem Statut ersichtlich sein muß, so läßt sich doch das Gesellschaftsvermögen nicht aus der Zahl der Mitglieder nach Höhe des Geschäftsanteils berechnen, weil die Höhe des Geschäftsanteils nur die höchstmögliche Grenze der Beteiligung darstellt, womit noch nicht gesagt ist, daß eine Einlage in dieser Höhe je erfolgen wird. Der Geschäftsanteil als solcher ist noch keine Einlage. Durch den Beitritt zur Genossenschaft entsteht nur die Pflicht zu den statutarischen Mindestleistungen (§ 7 Abs. 2), und nur in deren Höhe besteht einigermaßen eine Sicherheit über die künftige Höhe des Genossenschaftsvermögens. Aber nur hinsichtlich des künftigen Vermögens; zum gegenwärtigen Vermögen gehören nur verfallene Einlagen. Die Mindesteinlage wird aber regelmäßig in Raten bezahlt. Man könnte also vielleicht den Stempel berechnen aus der Zahl der Gründer mal der statutengemäß mit dem Beitritt verfallenen Einzahlung. Dann wäre jeder Neueintritt und jede Erhöhung der Einlage, also jede Einzahlung auf den Geschäftsanteil stempelpflichtig. Aber weder der Eintritt der neuen Mit-

glieder, noch die Leistung von Einzahlungen sind „Verträge", was die Voraussetzung ihrer Stempelpflicht wäre (vgl. **RG. 68** 344). Denn Tarifst. 25 b umfaßt anders als Tarifst. 25 a nur Verträge, nicht Verträge und Beschlüsse. Es wird also Heinitz, StempStG. 986 Nr. 13, dahin recht zu geben sein, daß Anm. 2 der Tarifst. 25 b auf eingetragene Genossenschaften nicht anzuwenden ist, und zwar nicht nur hinsichtlich des Eintritts neuer Mitglieder, sondern auch für den Fall der Erhöhung der Einlage. Bei dem gänzlichen Versagen der Gesetzesmaterialien ist anzunehmen, daß tatsächlich nur wie seither die Errichtung einer Genossenschaft, d. h. die mit dem Gesellschaftsvertrage zusammenfallende erstmalige Feststellung der Satzung einem Stempel unterliegt.

2. DNotV. **13** 439 (KG.). Die Frage, ob eine Genossenschaft nach § 5 g Stempelfreiheit genießt, ist nach dem gesamten Inhalt ihrer Satzung zu beurteilen. Die in der Satzung vorgesehene Vermietung von Wohnungen oder Grundstücken an Nichtmitglieder schließt die Anwendung der Befreiungsvorschrift nicht unbedingt aus.

Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen
vom 12. Mai 1894.

Vorbemerkung: In der Berichtsperiode wurde das Warenzeichengesetz abgeändert durch das Reichsgesetz vom 31. März 1913 zur Ausführung der revidierten Pariser Union, abgedruckt in GoldschmidtsZ. **74** 176, GewRSchutz **13** 99, das den § 4 änderte und in den neuen §§ 24 a—h die Verbandsmarke einführte. Über die Verbandsmarke schrieb ausführlich Magnus in GoldschmidtsZ. **73** 178 sowie Wertheimer in GewRSchutz **13** 77 und LeipzZ. **12** 826, Fuld in JW. **12** 1099. Bedeutsamer ist der von der Reichsregierung veröffentlichte und zur Diskussion gestellte Entwurf eines Warenzeichengesetzes, der mit seiner Begründung von den Fachzeitschriften abgedruckt worden ist. Eine Gegenüberstellung des Textes des geltenden Gesetzes und des Entwurfes bringt MSchutzuWettbew. **12** 607. Die wissenschaftliche Erörterung war von vornherein eine ebenso lebhafte wie die der interessierten Gewerbskreise und Verbände. Sie beschäftigte sich namentlich mit dem neu vorgeschlagenen Aufgebotsverfahren, dem „Schutze ohne Eintragung" und dem Vorbenutzungsrechte. Vgl. hierzu in MSchutzuWettbew. Beyersdorff **12** 118; Finger **12** 621; Katz **12** 620; Lenckfeld **12** 633; Wassermann **12** 534; Recken **13** 129; Kloeppel, Der Schutz ohne Eintragung **13** 52; Rosenthal, Vorbenutzungsrecht **13** 57; Cantor, Schutz ohne Eintragung und Vorbenutzungrecht **13** 100; Melchior, Recht des Vorbenutzers **13** 101; Schmid **13** 182 u. 251; Kirchberger **13** 259; in GewRSchutz Haensel **13** 297; Salinger **13** 265 u. 340; M. Seligsohn **13** 292.

Ferner fällt in die Berichtsperiode die Gründung der Gesellschaft für Weltmarkenrecht, welche sich die Herbeiführung eines einheitlichen Warenzeichenrechts für alle Kulturländer zur Aufgabe setzt, und zu diesem Zwecke vergleichende Darstellungen des deutschen und der ausländischen Rechte herausgibt. Bisher sind in MSchutzuWettbew. die folgenden Berichte erschienen: Abel, Österreich **11** 188; Bondi, Griechenland **11** 228, 236, Ägypten **11** 235, Türkei **11** 453; Cantor, Italien **11** 176, 240, 307; Daffis, Norwegen **11** 273; Dehn, Mittelamerika **13** 169, 239, 294; Drucker, Portugal **11** 458, Spanien **11** 501; Eyck, England **11** 338; Finger, Dänemark **11** 166 u. **12** 383; Friedmann, Ungarn **13** 1; Geiler, Nordamerika **12** 265 u. 426; Gülland, Südamerika **11** 213, 282, 347; Hinrichsen, Mexiko **11** 333; Lang, Österreich **11** 402; Neukirch, Japan **12** 157, Schweiz **13** 371; Riezler, Balkanstaaten **12** 375; Seligsohn, Rußland **11** 236; Silberschmidt, Niederlande, Belgien, Luxemburg **12** 55; Wassermann, Schweden **12** 110; Wertheimer, Frankreich **12** 1, China **11** 310.

Literatur: Beyersdorff, Zur Reform des WZG. in MSchutzuWettbew. **12** 118. — Geller, Das Unternehmen und seine Beziehung zu Firma, Schild und Warenzeichen.

München 1913. — Haensel. Die Eintragbarkeit als Wz. Marburg 1912. — Herzfeld, Das Warenzeichen des Kleinen Mannes, GewRschutz 13 59, befürwortet Zeichen mit lokal begrenzter Geltung. — Kloeppel, Die Wirkung des neuen Wettbewerbsgesetzes auf die Entwickelung des deutschen Markenschutzsystems, MschutzuWettbew. 10 112. — Derselbe, Die Grundlagen des Markenschutzes. Berlin 1911. — Derselbe, Der Schutz des Ausländers im deutschen ZWRecht. Jahrb. f. intern. Rechtsverk. 12 355. — Lobe, Die Widerrechtlichkeit bei dem Gebrauche eines Wz. Festgabe für Binding. Leipzig 1911. — Seligsohn, Die Rechtsgültigkeit des zwischen dem Deutschen Reiche und den Vereinigten Königreichen Schweden und Norwegen 1872 geschlossenen Abkommens über den gegenseitigen Schutz von Wz., GewRschutz 13 83. — Wassermann, Entwickelung der Rechtsprechung in Warenzeichensachen im Jahre 1910, GewRschutz 11 63.

§§ 1 ff. 1. Beyersdorff, MschutzuWettbew. 12 118 ff tritt für ein Aufgebotsverfahren und die Schaffung von Warenklassen mit materiellrechtlicher Wirkung ein. Er will ein formloses Vorbenutzungsrecht schaffen.

2. Warenzeichengesetz und § 826 BGB. (s. zunächst oben Ziff. 14 zu § 826 BGB. u. JDR. 11 Ziff. 6 zu § 826).

a) **RG.** MschutzuWettbew. 12 572. Abweisung einer auf § 826 BGB. gestützten Klage auf Löschung eines Wz., das sich die Beklagte für alle von ihr fabrizierten Ventile hatte eintragen lassen, auch für solche, die sie damals durch eine mit der Gegenpartei geschlossene Gesellschaft vertrieb.

b) **RG.** MschutzuWettbew. 12 655. Zur Begründung der Klage aus § 826 ist nicht erforderlich, daß für die Eintragung lediglich die Absicht bestimmend war, Verwechselungen hervorzurufen.

§ 1. MschutzuWettbew. 10 259 (PA.). 1. Ware. § 1 setzt voraus, daß es sich um Waren handelt, die tatsächlich vertrieben werden sollen, denn andernfalls kann eine Unterscheidung von Waren im Verkehr überhaupt nicht in Frage kommen. Das Patentamt, als die mit der Erteilung des Warenzeichenschutzes betraute Behörde, hat zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung eines Zeichenschutzes gegeben sind, und ist mithin verpflichtet und berechtigt, auch in der soeben bezeichneten Richtung den Tatbestand zu untersuchen.

2. Geschäftsbetrieb. a) MschutzuWettbew. 12 262 (PA.). Der Geschäftsbetrieb braucht zur Zeit der Anmeldung nicht bereits tatsächlich vorhanden zu sein, vielmehr kann ein Zeichen auch für einen demnächst zu eröffnenden Geschäftsbetrieb, sofern damit ernsthaft gerechnet werden kann, eingetragen werden. b) MschutzuWettbew. 12 198 (PA.). Geschäftsbetrieb ist eine auf Erzeugung, Bearbeitung oder Vertrieb von Waren gerichtete Tätigkeit. Dafür genügt nicht die Erteilung von Lizenzen zur Herstellung und zum Vertriebe geschützter Waren. c) ebenda PA. Gegenstand einer Auskunftei ist die Gewährung von Dienstleistungen, nicht der Vertrieb von Waren. Daher kann kein Wz. eingetragen werden. d) Kohler, MschutzuWettbew. 10 198 erklärt denjenigen, der als Kommissionär fremde Waren vertreibt, für unfähig, hierfür ein Warenzeichen zu erwerben. e) MschutzuWettbew. 12 104 (PA.). Ein umfangreicher Kantinenbetrieb genügt als Geschäftsbetrieb zur Eintragung von Warenzeichen für Tabakfabrikate.

3. Unterscheidungskraft. a) Bl. 11 127 (PA.). Die Namen der Wochentage sind nicht eintragbar. b) MschutzuWettbew. 11 551 (PA.). „Rote Kreuzbandmarke" nicht eintragungsfähig. c) DJZ. 11 1276 (PA.). Sparmarken wirken nicht zeichenmäßig und sind nicht eintragbar. d) Bl. 11 152 (München). Das Wort „Löwenbräu" allein hat nicht die erforderliche Unterscheidungskraft, die es aber durch Verbindung mit einem Ortsnamen enthält (vgl. Bl. 04 178). e) MschutzuWettbew. 12 669 (PA.). Bei der Würdigung der Unterscheidungskraft einer Marke ist auch die Dauer ihrer Benutzung zu berücksichtigen. Vgl. Art. 6 Nr. 2 der revid. Pariser Union. — Hierzu Finger, Beurteilung der Unterscheidungskraft von Wz., besonders von Buchstabenzeichen. Bedeutung langjährigen

Gebrauchs, ebd. **13** 10. Vgl. auch die Entsch. des PA. betr. „Nationaux" in GewRschutz **13** 181.

4. MschutzuWettbew. **12** 361 (PA.). Bei Zeichen mit Text, die für eine Reihe von Waren oder für eine Warengruppe angemeldet und eingetragen werden, wenn auch der auf dem Zeichen enthaltene, zeichenrechtlich nebensächliche Text nur für eine einzige Ware unmittelbar paßt, muß es dem Inhaber überlassen werden, den Text der jeweiligen Ware anzupassen, für welche das Zeichen verwendet wird. Ein Unterschied zwischen den Warennamen als solchen und einer etwaigen Gebrauchsanweisung oder Anpreisung der Ware kann nicht gemacht werden.

§ 2. 1. Krüger, Die Beschreibung des Warenzeichens, GewRschutz **11** 101. schildert die Praxis des Patentamts hinsichtlich der Beschreibungen. Verf. hält eine materielle Prüfung jeder eingereichten Beschreibung seitens des PA. für unbedingt erforderlich.

2. Hilfsartikel. MschutzuWettbew. **11** 19, PMZBl. **11** 197, DJZ. **12** 101 (PA.). Die sogenannten „Hilfsartikel", insbesondere Verpackungsmittel und Geschäftspapiere gehören nicht in das Warenverzeichnis. Ebenso für Zigarren- und Zigarettendüten im Verhältnisse zu Tabakfabrikaten, PA. 8. 5. 11, MschutzuWettbew. **11** 95.

§ 4. Abs. 1. 1. Freizeichen. **a)** MschutzuWettbew. **11** 162 (PA.). Zur Freizeichenbildung kann nur ein zeichenmäßiger Gebrauch eines an sich des Zeichenschutzes fähigen Wortes oder Bildes führen. Ein solcher liegt aber weder in dem Gebrauch eines Wortes als Firma oder Firmenbestandteil noch in dem Gebrauch eines Bildes als Verzierung. Der Gebrauch nach beiden Richtungen hin kann wohl unter Umständen dazu dienen, die Freizeichenbildung zu erleichtern, er kann vielleicht auch dahin führen, daß dem Zeichen die Unterscheidungskraft genommen wird, aber er ist nicht imstande, ein Zeichen zum Freizeichen zu machen. **b) RG.** MschutzuWettbew. **10** 283, Bl. **11** 172, JW. **11** 251. Durch Eintragung eines Zeichens, welches kein Freizeichen, aber mit einem solchen verwechselungsfähig ist, wird die Weiterbenutzung des Freizeichens nicht gehindert. **c) RG.** MschutzuWettbew. **11** 453. Auf die Freizeicheneigenschaft eines eingetragenen Zeichens darf sich ein Nachahmer nicht berufen. **d)** MschutzuWettbew. **12** 139 (PA.). Die Freizeicheneigenschaft eines Wortes ist nicht auf seine Wiedergabe in einer andern Sprache auszudehnen (Dionysos-Bacchus). **e) RG.** MschutzuWettbew. **11** 489. Das Humboldtbild ist für Stahlfedern Freizeichen geblieben. **f)** MschutzuWettbew. **13** 123 (PA.). Die bloße Zusammenstellung nicht schutzfähiger Zeichen schafft kein eintragbares Gesamtzeichen.

2. Beschaffenheitsangabe. **a) RG. 77** 267, MschutzuWettbew. **11** 324, JW. **12** 85, Bl. **12** 21, LeipzZ. **12** 154. Der Wille, die Absicht, Worte, die eine Beschaffenheitsangabe bedeuten, als Marke oder als Schlagwort einer Marke zu benutzen, vermag die Bedeutung der Worte — das, was sie begrifflich besagen — nicht zu beeinträchtigen oder zu verändern. Daran kann auch dadurch nichts geändert werden, daß in einem bestimmten, örtlich begrenzten Bezirke das Publikum sich daran gewöhnt hat, mit jenen Worten die Ware eines bestimmten Fabrikanten zu bezeichnen. Das würde erst anders werden, wenn der Fabrikant zu bewirken vermöchte, daß die betreffenden Worte überhaupt ihre Bedeutung als Beschaffenheitsangabe verlören. **b) RG.** (Strafs.) Bl. **11** 131. Wörter, die als Beschaffenheitsangabe nicht eingetragen werden können, sind vom Schutze gegen unlauteren Wettbewerb nicht ausgeschlossen. **c)** MschutzuWettbew. **10** 195 (PA.). Das Wort „Lukullus" enthält für Eßwaren eine Beschaffenheitsangabe. **d)** Mschutz. uWettbew. **10** 260. Die Wortzeichen „Rhombus" und „Rhombos" sind für Spielwaren nicht eintragbar; eine Abänderung in „Rhomba" kann in demselben Verfahren nicht zugelassen werden. **e) RG.** MschutzuWettbew. **10** 384. Die Wort-

verbindung „Kleine Sachsen“, ist, obwohl jedes Wort allein eine Angabe über Beschaffenheit bzw. Herstellungsort bedeutet, wegen ihrer schlagwortmäßigen Wirkung als wesentlicher und selbständig schutzfähiger Teil eines Kombinationszeichens (für Zigaretten) anzusehen. PA. hat die Eintragung des Zeichens „Kleine Schweizer“ abgelehnt; es fehle jede schlagwortartige Wirkung, ebd. **13** 40. **f)** MSchutzuWettbew. **11** 57 (PA.). Das Wort „Rival“ ist eintragbar, da es keine Beschaffenheitsangabe enthält. **g)** MSchutzuWettbew. **11** 58 (PA.). Das Wort „Climax“ enthält keine Beschaffenheitsangabe. **h)** MSchutzuWettbew. **11** 96 (PA.). Urmärzenbier nicht eintragbar. **i)** MSchutzuWettbew. **11** 161 (PA.). „Panabast“ für Hüte eintragbar. **k)** MSchutzuWettbew. **11** 210 (PA.). „Eff-Eff“ oder „Effeff“ eintragungsfähig. **l)** MSchutzuWettbew. **11** 388 (PA.). „Edeltyp“ ist reine Beschaffenheitsangabe. **m)** MSchutzuWettbew. **11** 388 (PA.). „Ovolezithine“ heißt nichts anderes, als aus Eiern hergestelltes Lezithin, ist also Beschaffenheitsangabe. **n)** MSchutzuWettbew. **12** 526 (LG. Hamburg). Baschenowo ist für Asbest Herkunftsbezeichnung. **o)** MSchutz. uWettbew. **12** 362 (PA.). Krystall ist für Gummiwaren keine Beschaffenheitsangabe. **p)** MSchutzuWettbew. **12** 587 (PA.). Literaria keine Beschaffenheitsangabe für Papier, Druckereierzeugnisse, Films usw. **q)** MSchutzuWettbew. **13** 39. Reflektograph ist für Spielwaren nicht schutzfähig, obwohl es als verkehrsgebräuchlich nicht nachweisbar ist. **r)** MSchutzuWettbew. **12** 670 (PA.). „Mönchsliqueur“ enthält keine Beschaffenheitsangabe für Likör.

3. MSchutzuWettbew. **12** 671 (PA.). Mag das Wort „Majestic“ vielleicht auch an der Grenze der Schutzfähigkeit liegen, so erscheint doch eine gleichmäßige Behandlung gleicher Fälle mit Rücksicht auf die früheren Anmelder geboten, deren Anmeldung zurückgewiesen wurde und die im Vertrauen auf die Entscheidung des Patentamts, nach der das Wort von jedem Gewerbetreibenden frei benutzt werden kann, es als ungeschützte Bezeichnung zur Kennzeichnung ihrer Waren verwenden.

4. MSchutzuWettbew. **12** 422 (PA.). Die Eintragung eines Zeichens ist dadurch noch nicht ausgeschlossen, daß das Zeichen eine reklamehafte Anpreisung, die aber keine Beschaffenheitsangabe ist, enthält.

5. MSchutzuWettbew. **12** 361 (PA.). Jedes nach der Vorschrift des § 4 Ziff. 1 WZG. nicht eintragbare Wort kann durch eine umfangreiche, längere Zeit fortgesetzte Reklame zu einem Kennzeichen einer bestimmten Ware und ihrer geschäftlichen Herkunftsstätte werden; dennoch verliert dieses Wort dadurch nicht seine Eigenschaft als beschreibendes, auf die Qualität oder irgendwelche sonstige Eigenschaften der Ware hinweisendes Wort.

6. Herkunftsbezeichnung. **a)** MSchutzuWettbew. **10** 228 (PA.). „Eilenriede“ der Name eines bei Hannover gelegenen, der Stadt gehörenden Waldes kann vom Publikum als Hinweis auf die Herkunft der Ware aufgefaßt werden. **b)** MSchutzuWettbew. **13** 79 (PA.). „Rhein und Ruhr“ für Tabak keine Herkunftsangabe. **c)** MSchutzuWettbew. **13** 122 (PA.). „Groß-Hamburg“ ist Herkunftsangabe. **d)** MSchutzuWettbew. **11** 127 (PA.). „Pilsener Bier“ für nicht in Pilsen gebrautes Bier selbst dann nicht eintragbar, wenn die Braustätte beigefügt ist. Vgl. zu § 16.

7. Wappen. **a)** MSchutzuWettbew. **11** 210 (PA.). Das Banner der Stadt Mülhausen ist eintragungsfähig. **b)** MSchutzuWettbew. **12** 105 (PA.). Die Eintragung eines Familienwappens wird durch das Bestehen eines ähnlichen Staatswappens nicht gehindert.

8. Täuschungsgefahr. **a)** MSchutzuWettbew. **10** 289 (PA.). Bilder von Burgen u. dgl. sind regelmäßig eintragbar, ohne daß eine ersichtliche Täuschungsgefahr in Frage kommt, selbst wenn eine mit der Burg gleichnamige Stadt existiert .... Ausnahmen können dann stattfinden, wenn die Gegend, wo die Burg usw. sich be-

findet, für die mit dem Zeichen zu versehende Ware sich eines besonderen Rufes erfreut, beispielsweise Bauwerke Lübecks für Marzipan. b) MSchutzuWettbew. **10** 102 (PA.). „Pontak“ nicht eintragungsfähig, weil mit Kognak verwechselungsfähig, auch wenn es nur für Branntwein mit weniger als 10 pCt. Weindestillat verwendet werden soll. c) DJZ. **11** 94 (PA.). „Portrevin“ schließt den Irrtum nicht aus als ob es auf „Portwein“ (Port-vin) hinweist. d) MSchutzuWettbew. **11** 96 (PA.). „Rosario Montez“ in einem Warenzeichen für Kaffee, das auch die Inschrift Puerto Rico enthält, erweckt in dem deutschen Publikum den — falschen — Anschein, es sei der Name eines in Puerto Rico wohnenden Mannes, also Irrtum über die geschäftliche Ursprungsstätte. e) MSchutzuWettbew. **11** 272 (PA.). Die Beschwerdeabteilung hat einen Beschluß aufgehoben, der das Wort „Leonti“ für nicht eintragungsfähig erklärte, weil er im Verkehr als (italienischer) Eigenname aufgefaßt würde. Das Zeichen würde vielmehr überwiegend als Schlagwort aufgefaßt werden. f) MSchutz. uWettbew. **12** 262 (PA.). Die Hervorhebung eines nicht schutzfähigen Bestandteils in einem Kombinationszeichen ist keine täuschende Angabe im Sinne des § 4 Abs. 1 Ziff. 3 WZG. Beschaffenheitsangaben besonders deutlich anzuordnen, entspricht bekannten Gepflogenheiten des Verkehrs.

9. MSchutzuWettbew. **12** 490 (PA.). Pilsatia gilt als Angabe über die Herkunft der Ware aus Pilsen und ist deshalb für nicht in Pilsen gebrautes Bier nicht eintragbar.

10. Ärgernis erregend. a) Krüger, Zur Eintragbarkeit von Bildnissen und Namen fremder, insbesondere berühmter Personen, MSchutzuWettbew. **11** 62 nimmt zu der Entsch. des **RG.** vom 28. Oktober 1910 btr. Graf Zeppelin (vgl. JDR. **9** zu § 12 BGB. Ziff. 5) Stellung. — Er tritt ebenso wie Goldschmidt, Über die Tragweite des § 4 Ziff. 3 WZG. in MSchutzuWettbew. **11** 138 für eine recht weitgehende Auslegung des Begriffs „Ärgernis erregende Darstellung“ auch seitens des Patentamts ein, z. B. auf solche Zeichen, die § 12 BGB. verletzen. Vgl. auch Haensel, Die Eintragbarkeit als Warenzeichen. Marburg 1912. b) MSchutz uWettbew. **11** 550 (PA.). Die Beschwerdeabteilung hat ein Warenzeichen „Bürgermeister Dr. Burchard Magnifizenz“ zugelassen. Im Gebiete des Warenzeichenrechts komme es nicht darauf an, ob die betreffende Persönlichkeit die Verwendung ihres Namens erlaubt habe; der Verletzte habe die allgemeinen Rechtsbehelfe des Zivilrechts (§ 12 BGB.). Täuschungsgefahr liege aber nicht vor. c) Bl. **11** 300 (PA.). Ärgernis erregend muß der Inhalt des Zeichens selbst sein. Es ist aber vom Patentamte nicht zu prüfen, ob die Ausübung der Zeichenrechte einer Strafbestimmung. etwa des Urheberrechts, zuwiderlaufe. Es darf dem Anmelder nicht angesonnen werden, den Beweis für seine Rechte gegen einen Dritten zu erbringen. d) MSchutz uWettbew. **11** 210 (PA.). Das angegriffene Zeichen ist nicht infolge seiner Zusammensetzung aus christlichen Symbolen Ärgernis erregend, wenn man berücksichtigt, daß die Zeicheninhaberin einer weltbekannten religiösen Gemeinschaft angehört und die Darstellung durchaus einwandfrei ist.

11. **RG.** (Straff.) GewRSchutz **13** 65. Es ist im Strafverfahren nicht zu prüfen, ob eine Eintragung gemäß § 4 Nr. 3 hätte versagt werden sollen. Auch eine solche hat die im § 12 vorgeschriebene Wirkung.

12. Sperrfrist. a) MSchutzuWettbew. **10** 394 (PA.). Die Sperrfrist ist nicht zu beobachten, wenn die Anmeldung des gelöschten Warenzeichens einen widerrechtlichen Eingriff in das Namensrecht eines anderen darstellt. b) **RG.** R. **13** Nr. 3305. Die Sperrfrist ist auch zu beachten, wenn die Löschung von Amts wegen erfolgt.

§§ 5 u. 6. 1. Gleichartigkeit. a) Das PA. behandelt neuerdings Rohtabak und Tabakfabrikate als gleichartige Waren. b) PBl. **11** 16 (PA.). Farbstoffe und streichfertige Anstrichfarben sind gleichartige Waren. c) PA.

„Likör" und „Alkoholfreie Brauselimonade, sog. alkoholfreies Bier" sind keine gleichartigen Waren. d) MSchutzuWettbew. 12 531 (PA.). Kakaobutter und Kakao sind nicht gleichartig. e) MSchutzuWettbew. 12 532 (PA.). Mineralöl und Schuhcreme sind nicht gleichartig.

2. Übereinstimmung. a) MSchutzuWettbew. 10 320 (PA.). Verbietet die Art der Waren die Verwendung komplizierter WZ., so schließen regelmäßig schon geringfügige Abweichungen die Verwechselbarkeit aus. b) MSchutzuWettbew. 11 21 (PA.). Bei Monogrammzeichen genügen schon kleine Unterschiede, um die Verwechselungsgefahr auszuschließen. c) MSchutzuWettbew. 11 161 (PA.). Mona Lisa — La Gioconda verwechselungsfähig, nicht aber Mona Lisa — Monna Vanna. d) GewRSchutz 11 238 (PA.). „Pelrado" verwechselungsfähig mit „Berado" und „Perladont". e) GewRSchutz 11 238 (PA.). „GEZ" nicht verwechselungsfähig mit „ZEG". f) MSchutzuWettbew. 12 1238 (PA.). Die Zeichen „Vogesia" und „Vosges Trotters Cigarettes" sind nicht verwechselbar. Das Wort „Vosges" ist für Tabakfabrikate eine freie Herkunftsbezeichnung. g) MSchutzuWettbew. 10 196 (PA.). „Lecithosal" und „Lecithomalt" stimmen nicht überein. „Austria" stimmt überein mit „Daustria". h) MSchutzuWettbew. 13 122 (PA.). Bio bei pharmazeutischen Präparaten sehr häufig. „Biokolomsikat" und „Biokolade" unterscheiden sich ausreichend. i) MSchutzuWettbew. 10 320 (PA.). Equus (für Tabak) verwechselungsfähig mit einem ein Pferd oder einen Pferdekopf darstellenden Bildzeichen. k) MSchutzuWettbew. 10 320 (PA.). K.F.A. verwechselungsfähig mit Agfa. l) MSchutzuWettbew. 12 670 (PA.). Benutzung des Löwenbildes im dekorativen Beiwerk eines Zeichens ist gegenüber dem Hauptinhalte des Zeichens von nebensächlicher Bedeutung und daher nicht kollisionsbegründend. m) MSchutzuWettbew. 12 670 (PA.). Etiketten auf Abbildungen von Schnur und Siegel sind für Zigaretten nicht eigenartig. n) MSchutzuWettbew. 12 671 (PA.). Für die Frage der Verwechselung von Zeichen wegen Ähnlichkeit des wörtlichen Teiles kann auch der bildliche Teil von Bedeutung sein. o) MSchutzuWettbew. 12 301 (PA.). Die Vereinigung eines mit älterem Namenszeichen übereinstimmenden Namens mit einer Warenbenennung usw. zu einem Gesamtbegriffe vermag die Kollision nicht zu beseitigen. Das Zeichen „Schuhtack" ist mit den älteren Zeichen „Tack" und „Tacksche Schuhwaren" verwechselbar.

3. a) MSchutzuWettbew. 13 122 (PA.). Die den toten Sprachen angehörigen Wörter können wegen ihrer begrifflichen Bedeutung nur dann mit einem Wort der deutschen Sprache in zeichenrechtlichem Sinne für übereinstimmend angesehen werden, wenn sie in ihrer Bedeutung weiteren Verkehrskreisen bekannt und geläufig sind und auch jetzt noch im Verkehre Verwendung finden. b) MSchutzuWettbew. 12 422 (PA.). Auch nicht bereits dem Sprachgebrauch angehörige Wörter sind unter Umständen für den Verkehr freizuhalten. Vierradkuppler für Drahtseilbahnen nicht schutzfähig.

4. Kombination von Anfangsbuchstaben. MSchutzuWettbew. 13 122 (PA.). Die Gepflogenheit der Gewerbetreibenden, die Anfangsbuchstaben der Vor- und Zunamen oder die Anfangsbuchstaben der die Firmenbezeichnung bildenden Einzelworte zu Worten zusammen zu fügen, ist allgemein gebräuchlich und bekannt. Der Verkehr ist bei dem Vergleiche solcher Zeichen durch die praktischen Verhältnisse dazu genötigt, auf verhältnismäßig geringe Unterschiede zu achten.

5. MSchutzuWettbew. 10 227 (PA.). Amerikanische Flaggen sind im Verkehre mit Schaumwein keine zeichenrechtlichen Unterscheidungsmerkmale.

§ 7. 1. Übertragung ohne Geschäftsbetrieb. a) RG. MSchutzuWettbew. 10 347. Wenn ein WZ. ohne den zugehörigen Geschäftsbetrieb übertragen ist, so ist nicht nur die Übertragung unwirksam, und die Eintragung bedeutungslos, sondern das Zeichen selbst hat seine rechtliche Existenz verloren. Vgl.

RG. 56 369, JW. **04** 123, vgl. **RG.** LeipzZ. **11** 932. **b) RG. 80** 129, JW. **13** 52. Ein wirtschaftlicher Zusammenhang des Geschäftsbetriebs genügt nicht; es muß ein Zusammenhang im Rechte vorliegen. **c)** MSchutzuWettbew. **12** 257 (KG.). § 7 Abs. 1 Satz 2 verlangt nicht, daß Geschäfts- und Warenzeichenübertragungen in einem Akte geschehen. Erforderlich ist nur, daß das Warenzeichenrecht mit dem Geschäftsbetrieb übergeht. Die Geschäftsübertragung kann sich allmählich durch Einzelhandlungen auf Grund einheitlichen Entschlusses vollziehen.

2. Nichteintragung in der Zeichenrolle. MSchutzuWettbew. **10** 288 (PA.). Der Rechtsnachfolger eines Warenzeicheninhabers kann keinen Widerspruch gegen eine spätere Anmeldung erheben, solange nicht der Übergang in der Zeichenrolle vermerkt ist.

3. Zeichen einer Firma. **a) RG.** MSchutzuWettbew. **10** 213, LeipzZ. **11** 221. Ist das WZ. zugunsten einer Firma eingetragen, so steht es ihrem jeweiligen Inhaber zu, ohne daß es einer Umschreibung auf ihn gemäß § 7 Abs. 2 bedarf. **b)** Ebenso **RG.** PBl. **11** 175. Die Frage, ob eine ausländische Firma trotz zeitweiliger Löschung bestehen geblieben ist, muß auch in bezug auf die Inhaberschaft an dem Warenzeichen nach ausländischem Rechte beurteilt werden.

4. **RG.** (Strafs.) MSchutzuWettbew. **10** 247. Der Inhaber der Firma kann die Rechte aus dem WZ. ausüben, z. B. durch Stellung von Strafanträgen, auch wenn er das Geschäft nur noch mit Mitteln seiner Gläubiger betreibt.

5. Eigenschaft des Geschäfts. **RG.** MSchutzuWettbew. **10** 187, GewRSchutz **11** 33. Das WZ. für die in einem Fabrikbetriebe hergestellten Waren ist nicht ohne weiteres eine Eigenschaft dieses Betriebs im Sinne des § 459 ff. BGB., da es nicht auf jeden Erwerber des Betriebs übergeht, sondern nur kraft des auf Übertragung des WZ. sowie auf Erhaltung der Verbindung von Betrieb und WZ. gerichteten, allerdings im Zweifel anzunehmenden, Willens des bisherigen Inhabers.

6. Lizenz. **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 85. Ein Lizenzvertrag, durch den eine ausländische Firma einer deutschen das Recht einräumt, ihr WZ. in örtlich begrenzten Bezirken zu benutzen und sich verpflichtet, in diesen ihr Zeichen nicht zu benutzen, schafft nur obligatorische Wirkungen. Das dingliche absolute Recht der Zeicheninhaberin wird dadurch nicht berührt. Vgl. **RG.** R. **13** Ziff. 3082.

§ 8. 1. MSchutzuWettbew. **12** 47 (PA.). Das PA. befolgt den Grundsatz, alte und besonders gut eingeführte und demnach oft wertvolle Zeichenrechte nicht ohne dringende Not zu vernichten.

2. MSchutzuWettbew. **11** 163. PA. hat die Eintragungsfähigkeitdes Wortes Triumph erneut bejaht. (28. November 1911.)

3. MSchutzuWettbew. **12** 303 (PA.). Eine Löschung von Amts wegen erfolgt nur dann, wenn die Eintragung sich als ein Fehler erweist, wenn sie ohne Zweifel hätte versagt werden müssen.

§ 9. 1. Hilfsartikel. **a) RG. 75** 347, MSchutzuWettbew. **10** 382, PBl. **11** 175. Die Verurteilung zur Einwilligung in die Löschung des Warenzeichens für eine Ware hat auch die Verurteilung zur Einwilligung in die Löschung desselben Zeichens, das für die Verpackungsmittel dieser Ware besonders eingetragen ist, jedenfalls dann zur Folge, wenn der Inhaber des Zeichens diese Verpackungsmittel nicht als selbständige Waren herstellt und vertreibt, sondern nur für den Vertrieb der in ihnen verpackten Waren. **b) RG.** JW. **11** 412. Hat das Zeichen für die Verpackungsmittel nicht einen selbständigen Gegenstand und Zweck, sollen vielmehr diese Gegenstände nur als Hilfsartikel an dem für die Waren des eigentlichen Geschäftsbetriebs eingetragenen Zeichen teilnehmen, so muß das Zeichen für die Verpackungsmittel gleichmäßig mit dem für die Hauptartikel der Löschung unterliegen.

2. *Gleichartige Waren* (s. auch § 5). **RG.** JW. **12** 479, MschutzuWettbew. **11** 474. „Brunnen- und Badesalze“ und „Abführmittel“ in Tablettenform sind gleichartige Waren. Ob die Betriebe der Parteien verschiedenartig sind, ist ganz gleichgültig.

3. *Übereinstimmung.* a) **RG. 75** 346, MschutzuWettbew. **11** 81, PBl. **11** 235, LeipzZ. **11** 462. Die Löschung eines Warenzeichens in der Zeichenrolle kann nur dann verlangt werden, wenn das Zeichen so, wie es eingetragen ist und wie es verkehrsüblich in loyaler Weise Verwendung findet, die Verwechselungsgefahr begründet. Wenn dagegen nur die *mißbräuchliche, täuschende Benutzungsweise* und erst eine vorgenommene *besondere Herrichtung* des Zeichens die Verwechselungsgefahr bringt, so richtet sich der Unterlassungsanspruch auch nur gegen diese besondere mißbräuchliche Art der Verwendung. b) **RG.** R. **13** Nr. 282, MschutzuWettbew. **12** 295. Die Löschung eines Warenzeichens wird durch § 9 Nr. 1 Ges. nur dann gewährleistet, wenn das Zeichen so, wie es in der Rolle eingetragen steht, zu Verwechselungen Anlaß gibt. Ist das Zeichen in seiner eingetragenen Gestalt nicht verwechselungsfähig, wird vielmehr die Gefahr einer Verwechselung erst durch eine besondere Herrichtung des Zeichens begründet, so kann nur Unterlassung der mißbräuchlichen Benutzung, nicht aber der Löschung des Zeichens verlangt werden (vgl. **RG. 75** 345). c) **RG. 82** 243, MschutzuWettbew. **12** 653, GewRschutz **14** 20, JW. **13** 873. Das nur in Schwarzdruck eingetragene Warenzeichen ist auch für alle Farben geschützt. Sind zwei Warenzeichen so wie sie eingetragen sind, nicht verwechselungsfähig, wenn beide gleich oder ähnlich gefärbt werden, so ist die Löschungsklage hinsichtlich des später eingetragenen Zeichens nicht gerechtfertigt, wenn *durch die Färbung* dieses Zeichens ein völlig *neues Gesamtbild* entstehen würde; es kann sich dann nur fragen, ob eine Unterlassungs- und Schadensersatzklage gegeben ist. d) **RG.** MschutzuWettbew. **10** 212. Mit einem Bildzeichen enthaltend einen zur Sonne aufsteigenden *Phönix* mit der Unterschrift Phönix-Lauge ist ein kombiniertes Zeichen nicht verwechselungsfähig, welches ein Waschfaß enthält, auf dessen unteren Rande in kleinerer Schrift die Worte stehen: „In Frankreich patentiert als Levisse Phénix.“ Ebenso verneint **RG.** MschutzuWettbew. **10** 248. Verwechselungsfähigkeit eines Bildzeichens, das einen aus Flammen aufsteigenden Vogels enthält, für Feilen mit dem Wortzeichen Phönix für Spannwerkzeuge usw.

4. *Zu Ziff.* 2. a) PBl. **11** 262 (LG. Leipzig). Entgegen der herrschenden Meinung ist die Löschung eines Warenzeichens hinsichtlich *einzelner Warenarten*, deren Vertrieb oder Herstellung aufgegeben oder gar nicht begonnen wurde, möglich. b) MschutzuWettbew. **10** 316 (Hamburg). Bei Beurteilung der Frage, ob der Geschäftsbetrieb sich auf Waren der angemeldeten Art erstreckt, sind die Grenzen recht weit zu ziehen, wenn es sich um ein allgemeines Export- und Importgeschäft handelt. Löschung nur dann gerechtfertigt, wenn solche Waren für den Verkehr mit denjenigen Ländern, mit welchen der Zeicheninhaber Handel treibt, gegenwärtig und zukünftig nicht in Betracht kommen. Eine etwas strengere Auffassung vertritt LG. Leipzig ebenda 317, in einem allerdings singulären Falle (Handelszentrale für die Esperantowelt). Teillöschung eines für sämtliche Klassen eingetragenen Warenzeichens, weil der Beklagte nur eine ganz geringe Auswahl von Waren vertrieb, obwohl er sein Geschäft Export- und Importgeschäft nennt. c) LeipzZ. **13** 769 (Stuttgart). Der Löschungsanspruch des § 9 Nr. 2 hängt von dem Nichtbestehen eines Geschäftsbetriebs, nicht aber davon ab, ob in diesem die eine oder andere eingetragene Ware nicht mehr geführt wird. (Vgl. *Seligsohn*, Anm. 3 zu § 9, *Allfeld*, Anm. 26 zu § 12, *Freund-Magnus* 124, aM. *Kent* 206.)

5. *Täuschungsgefahr.* a) **RG.** MschutzuWettbew. **10** 124, PBl. **11** 168, GewRschutz **11** 27. Bei Prüfung der Frage, was im einzelnen Falle unter den tat-

sächlichen Verhältnissen im Sinne des § 9 Nr. 2 WZG. zu verstehen ist, ist nach dem Sinne und Zwecke des Warenzeichengesetzes (vgl. namentlich § 20) auf die Verkehrsauffassung das entscheidende Gewicht zu legen. Wenn also die beteiligten Verkehrskreise nach der Auffassung die sie von den einschlägigen Verhältnissen haben, — mag auch diese Auffassung eine mangelhafte oder selbst irrige sein, aus dem objektiven Inhalt eines Warenzeichens entnehmen müssen, daß die damit bezeichneten Waren aus einem bestimmten Geschäftsbetriebe herrühren, während dieses in Wirklichkeit nicht der Fall ist, so entspricht das Warenzeichen in diesem Punkte nicht den tatsächlichen Verhältnissen im Sinne des § 9 Nr. 3 WZG. b) **RG.** MschutzuWettbew. **10** 283. Die Frage: ob Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, daß der Inhalt des Warenzeichens den tatsächlichen Verhältnissen des Warenzeichens nicht entspricht und die Gefahr einer Täuschung begründet, ist im wesentlichen Tatfrage. c) GewRschutz **12** 343, MschutzuWettbew. **12** 523 (KG.). Das Warenzeichen „Apoterie" ist zu löschen weil es darauf abzielt, den im Gesetz anerkannten und dem Schutze des Publikums dienenden Unterschied zwischen „Apotheke" und „Drogerie" zu verwischen. **d)** Mschutz uWettbew. **12** 359 (LG. II Berlin). Das Warenzeichen „Cloetalen" für Arzneimittel usw. kann zu der täuschenden Auffassung führen, daß an ihrer Herstellung der als Erfinder derartiger Präparate bekannte Professor Cloetta beteiligt sei. e) **RG** MschutzuWettbew. **10** 155, GewRschutz **11** 33. Der Natur eines Zeichens als Qualitätsbezeichnung steht nicht notwendig entgegen, daß es daneben noch auf den Betrieb des Zeicheninhabers hinweist. **f)** **RG.** MschutzuWettbew. **12** 83. Ein Warenzeichen, das den Anschein erweckt, als sei die unter ihm in den Handel gebrachte Ware schwedische Saat, während sie in Wirklichkeit nur in Deutschland aus schwedischer Saat gezüchtet ist, muß wegen Täuschungsgefahr gelöscht werden. **g)** **RG.** MschutzuWettbew. **12** 85. Ein Warenzeichen „Carl Stiller junior" begründet Täuschungsgefahr, wenn der Inhaber Reinhold Stiller heißt, während ein Konkurrent Karl Stiller existiert, der sein jüngerer Bruder ist. **h)** **RG.** MschutzuWettbew. **11** 530, PBl. **12** 233. Versteht der Verkehr unter „Seide nach Voemel" die Herstellung der Seide nach dem Verfahren, wie Voemel es j e t z t benutzt, während der Zeicheninhaber ein f r ü h e r von Voemel angewandtes Verfahren ausübt, so entspricht der Inhalt des Warenzeichens nicht den tatsächlichen Verhältnissen. Unerheblich ist es, ob dem Zeicheninhaber eine Änderung in dem Verfahren bekannt war. **i)** **RG.** MschutzuWettbew. **10** 214. „Queen" für Zigarren und Cigaretten und „God save the Queen" für Tabake, Zigarren, Zigarettenpapiere sind verwechselungsfähig. Die Frage der Verwechselungsfähigkeit bildet an sich den Gegenstand eines Urteils und nicht den eines Zeugenbeweises, dessen Ergebnis allerdings Grundlage für die Gewinnung eines Urteils in Zweifelsfällen sein kann. **k)** **RG.** MschutzuWettbew. **13** 102. Nach Pilsener Art, aber nicht in Pilsen gebrautes Bier kann Pilsator genannt werden. **l)** **RG.** JW. **13** 694. Das Zeichen „Pilsener Exportquell" erweckt nicht den täuschenden Anschein, als ob sein Inhaber den ganzen Export des Pilsener Biers in sich vereinige.

6. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 27. Bei Zeichen, die jedenfalls zunächst nur die Herkunft von der Klägerin bedeuten, wird man, solange sie nach der Verkehrsanschauung noch auf diese Herkunft hinweisen, mangels besonderer Umstände nicht annehmen dürfen, daß sie eine eigentliche Beschaffenheitsbezeichnung geworden seien.

7. H o f f m a n n. Kann auf Löschung eines Warenzeichens mit der Begründung geklagt werden, das Zeichen sei als Beschaffenheitsangabe nicht schutzfähig? Mschutz uWettbew. **12** 546 verneint diese Frage.

8. P r o z e s s u a l e s. a) K o h l e r, MschutzuWettbew. **10** 197. Die Löschung eines Zeichens nach Verkündung des oberlandesgerichtlichen Urteils ist vom RG. zu berücksichtigen. Durch eine Nichtigkeitserklärung werden die Bestimmungen des OLG., soweit sie sich auf künftige Rechtsfolgen beziehen, hinfällig. b) MschutzuWettbew.

10 259 (LG. I Berlin). Die Löschungsklage kann nur im Gerichtsstande der Haupt-nicht der Zweigniederlassung erhoben werden; die Unterlassungsklage kann vor Durchführung der Löschungsklage nicht allein erhoben werden.

9. Wiederholungsgefahr. MSchutzuWettbew. **12** 660 (Cöln). Aus der Weigerung des Beklagten, den Unterlassungsanspruch anzuerkennen, und aus der Verteidigung, daß er das Warenzeichen nicht verletzt habe, ist zu schließen, daß die Wiederholungsgefahr nicht ausgeschlossen ist.

§ 10. 1. MSchutzuWettbew. **11** 128 (PA.). Kein Beschwerderecht desjenigen, der ohne Erfolg die Einleitung des Widerspruchsverfahrens wegen seines älteren Zeichens beantragt hat. Ein solcher Antrag ist nicht Ausübung eines persönlichen Rechtsanspruchs gegen die Behörde darauf, daß sie in einer bestimmten Weise tätig werde.

2. MSchutzuWettbew. **12** 303 (PA.). Der Löschungsanreger hat das Recht der Beschwerde.

§ 12. 1. **a)** *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 151, 152: Ein Recht an der Ausstattung besteht nicht, daher nicht eine Unterlassungsklage aus und unter den Voraussetzungen des § 15 WZG. vgl. auch JDR. **11** § 241 zu 2). **b)** Wiederholungsgefahr, vgl. Rosenthal, LeipzZ. **11** 890.

2. *Cantor, Wirkung des deutschen Warenzeichens im Auslande, MSchutz uWettbew. **10** 7—10. Das Warenzeichengesetz ist in seiner Wirkung nicht territorial beschränkt. Auch im Auslande kann eine Warenzeichenverletzung begangen werden. Gegen das Gesetz verstößt, wer sich durch sein Verhalten der Täterschaft, Anstiftung, Mittäterschaft, Beihilfe an einer im Auslande begangenen Warenzeichenverletzung schuldig macht. Keine Warenzeichenverletzung jedoch kann eine in anderem Staate betätigte Benutzung eines für einen anderen Berechtigten dort geschützten mit einem inländischen Warenzeichen identischen oder verwechselungsfähigen Warenzeichen durch den Berechtigten sein. Die vom Berechtigten mit dem Warenzeichen in Verkehr gesetzten Waren sind verkehrsfrei. Inverkehrbringen bedeutet die Ware zum Gegenstande des Verkehrs machen. Auf dem Gebiete des Warenzeichenrechts ist Übertragung des Benutzungsrechts des Warenzeichens in positiver Weise nicht möglich, da das Warenzeichenrecht ein Geschäftsbetriebs Schutzrecht und von dem Geschäftsbetrieb nicht lösbar ist. Hieraus folgt, daß Waren, welche auf Veranlassung eines Inländers in einen Auslandsstaat von dem dort Berechtigten mit dem ihm dort geschützten mit einem deutschen Warenzeichen kollidierenden Warenzeichen versehen werden und dann in ihr außerhalb dieses Auslandsstaats gelegenes Absatzgebiet wandern, in das deutsche Warenzeichenrecht nicht eingreifen, wenn jener ausländische Warenzeichenberechtigte mittels einer selbständigen Verkehrsoperation die Waren in Verkehr gesetzt hat. Ein verletzender Eingriff besteht, wenn der Ausländer nur Werkzeug des Inländers war und die gesamte Verkehrsoperation der Ware bis zu deren Absatz nur einen Sukzessivtatbestand des Inländers darstellt. Unerheblich ist an sich, ob und wann die Ware etwa fakturiert wurde, z. B. auch die Fakturierung an ein inländisches Einkaufshaus. Die Frage, ob der angebliche Auslandsberechtigte in seinem Heimatsstaate Warenzeichenberechtigter ist, hat der Richter nach dem in Betracht kommenden Auslandsrecht zu prüfen. Verneint er sie, so ist event. der Inländer, welcher die Transaktion veranlaßt hat, Anstifter, Mittäter oder Gehilfe einer von jenem Ausländer begangenen Warenzeichenverletzung. Soweit die Berechtigungsprüfung des angeblichen Auslandsberechtigten in Betracht kommt, ist auch die Frage der Identität der Verwechselungsfähigkeit des Warenzeichens mit anderen Warenzeichen nach dem ausländischen Rechte zu prüfen. Von prinzipiell gleichem Standpunkt aus sind die Fälle zu beurteilen, in denen sich ein Inländer nicht eines Ausländers bediente, für den in einem Auslandsstaat ein mit einem deutschen Warenzeichen kollidierendes Warenzeichen

eingetragen ist, um die Ware, bevor sie ihr Absatzgebiet erreicht, mit dem Warenzeichen versehen zu lassen, in denen vielmehr der Inländer für sich selbst in einem Auslandsstaat ein mit einem deutschen Warenzeichen kollidierendes Warenzeichen eintragen ließ, um damit die Ware zu versehen, bevor sie in ihr Absatzgebiet weitergeht.

3. Schutz gegen Auslandszeichen. MschutzuWettbew. **10** 132 (Frankfurt). Ein Ausländer, dem ein Zeichen im Auslande geschützt ist und der mit diesem Zeichen versehene Waren nach Deutschland importiert, verletzt das Zeichenrecht des Deutschen, dem dasselbe Zeichen im Inlande geschützt ist. Dieser ist allein zur gewerbsmäßigen Verwertung des Warenzeichens in Deutschland befugt. Der ausländische Schutz hat mangels Eintragung des ausländischen Warenzeichens für den Ausländer in die Zeichenrolle des deutschen Patentamts überhaupt keine zeichenrechtliche Bedeutung.

4. LeipzZ. **11** 481 (KG.). Der wegen Verletzung eines Warenzeichens Beklagte kann der Klage die allgemeinen privatrechtlichen auf das BGB. gestützten Löschungsgründe entgegenhalten.

5. Warenzeichenmäßiger Gebrauch. a) **RG.** MschutzuWettbew. **11** 469, GewRschutz **12** 256. Eine Verwendung der als Zeichen geschützten Worte in geschäftlichen Ankündigungen ist regelmäßig und ohne weiteres als warenzeichenmäßig anzusehen, es sei denn, daß die Art der Ankündigung auch den unbefangenen Durchschnittskonsumenten klar und unzweideutig erkennen läßt, daß es sich um eine bloße Beschaffenheitsangabe und um andere Waren als die des Zeicheninhabers handelt. Ähnlich **RG.** 30. 1. 12, JW. **12** 407, MschutzuWettbew. **11** 475. b) **RG.** JW. **11** 66, MschutzuWettbew. **10** 157, LeipzZ. **11** 65. Die durch § 12 WZG. geschützten Rechte des Warenzeicheninhabers werden nur durch einen warenzeichenmäßigen Gebrauch des geschützten Zeichens, nicht aber schon durch die bloße Benennung einer Ware — zur Bezeichnung ihrer Art und Beschaffenheit — verletzt. Ob das eine oder das andere als vorliegend anzunehmen ist, richtet sich danach, wie die beteiligten Verkehrskreise die betreffende Kundgebung auffassen, und ist demgemäß Tatfrage. c) **RG.** JW. **12** 1063, MschutzuWettbew. **12** 125. Warenzeichenmäßig ist der Gebrauch eines Zeichens nur, wenn es zur Kennzeichnung der Ware verwandt wird, um ihre Herkunft aus einem bestimmten Geschäftsbetriebe darzutun. d) MschutzuWettbew. **13** 117 (Dresden). Wird ein eigenartig ausgestaltetes Rechteck, das für einen andern als Zeichen eingetragen ist, als Umrahmung eines Inserats benutzt, so ist das kein warenzeichenmäßiger Gebrauch. e) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 564. Kündigt jemand an, daß er jeden Posten „Viktoria-Creppapier“ nur ohne diese Bezeichnung jederzeit liefern kann, so liegt kein warenzeichenmäßiger Gebrauch des Zeichens „Viktoria-Creppapier“ vor.

6. Unterlassungs- und Löschungsklage. a) **RG.** MschutzuWettbew. **11** 201, GruchotsBeitr. **56** 1095, JW. **12** 309, PBl. **12** 231. Auch ein materiell bestehender Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB. wegen widerrechtlicher Verletzung des Zeichenrechts aus § 12 ist in seiner Geltendmachung im Prozeßwege gehemmt, solange das beeinträchtigende Gegenzeichen noch eingetragen ist. Wird aber die Erhebung einer Unterlassungsklage durch die Löschung überhaupt erst zulässig; so kann die nach dem Berufungsurteil erfolgte Löschung nicht rückwärts die prozessuale Klagvoraussetzung schaffen. Hierzu Salinger, Kollision eingetragener Warenzeichen. GewRschutz **12** 272. b) MschutzuWettbew. **11** 488 (KG.). Der Kläger kann von der Unterlassungs- zur Löschungsklage übergehen, wenn der Beklagte während des Rechtsstreits sich ein mit seiner Ausstattung übereinstimmendes Warenzeichen eintragen läßt.

7. Unterschied von Zeichenschutz und Ausstattungsschutz. **RG.** JW. **12** 601, PBl. **12** 267, MschutzuWettbew. **11** 552. Das Waren-

zeichen ist mit der Ware oder ihrer Verpackung in eine äußere Verbindung zu setzen, ist aber für die Formgebung der Ware oder Umhüllung ohne alle Bedeutung. Deshalb dient es auch nicht dazu, diese zu schützen. Hierfür kommt vielmehr der Ausstattungsschutz des § 15 in Betracht. Eine Verletzung des Zeichenrechts liegt nur vor, wenn die Packung das Warenzeichen, so wie es eingetragen ist, wiedergibt.

8. **RG.** JW. **11** 863. Wird das Schutzrecht des § 12 Abs. 1 durch die Eintragung begründet und durch das Bestehen eines Rechtsgrundes für die Löschung an und für sich noch nicht beeinträchtigt, so ist doch der Löschung, wenn sie hinterher erfolgt ist, rückwirkende Kraft beigelegt bis zu dem Zeitpunkt, auf den sich das Bestehen des Löschungsgrundes erstreckt mit der Folge, daß eine in diese Zeit fallende Verletzung des Warenzeichens straflos bleiben muß. War also nach der Annahme des Zivilgerichts die Eintragung des Warenzeichens von vornherein ungesetzlich, so kann von einer Verletzung des eingetragenen Warenzeichens überhaupt nicht die Rede sein.

9. **RG.** R. **13** Nr. 2010, MSchutzuWettb. **12** 515. Der Zeicheninhaber kann sein Zeichen an sich bei der farblosen Eintragung nach seinem Belieben farblos oder koloriert benutzen. Aber auch dies Recht hat seine Grenze darin, daß es sich immer um eine (objektiv) ordnungsmäßige Verwendung des eingetragenen Zeichens handeln muß. Eine Warenbezeichnung, die dem Beschauer ein anderes Bild bietet als das eingetragene Zeichen, steht nicht unter dem Schutze des Gesetzes, und es ist völlig ohne Belang, wodurch das andere Bild entstanden ist, ob durch Umstellungen, durch sonstige Veränderungen in den eingetragenen Zeichen oder durch Kolorierung, auch die Kolorierung ist nur geschützt, insofern die verschiedene Färbung immer die Darstellung desselben Zeichens ist. Daß tatsächlich auch durch Kolorierung ein anderes Zeichenbild geschaffen werden kann — insbesondere durch Kolorierung einzelner Teile — kann einem begründeten Zweifel nicht unterliegen (vgl. auch JW. **97** 579).

10. Gleichartigkeit der Waren. a) **RG.** (Strafs.) MSchutzuWettbew. **12** 514. Wenn es sich um die Frage handelt, ob die Waren, die widerrechtlich gekennzeichnet sein sollen, mit den Waren des Zeichenberechtigten gleichartig sind, so sind sie nicht mit denjenigen Waren zu vergleichen, die der Zeichenberechtigte tatsächlich in Verkehr bringt, sondern mit denen, die ihm durch das eingetragene Zeichen geschützt werden sollten. Darüber entscheidet das der Anmeldung beigegebene Warenzeichen. **b)** MSchutzuWettbew. **13** 22 (PA.). Entscheidend für die Frage, ob eine Ankündigung gegen ein eingetragenes Wortzeichenrecht verstößt, ist nicht, ob die von dem Ankündiger hergestellte Ware, ihren wirklichen Eigenschaften nach der Ware gleichartig ist, die der Zeichenrechtsinhaber herstellt, sondern die Vergleichung des Inhalts der Ankündigung mit dem Inhalte der Zeichenrolle. Ist das Zeichen ausdrücklich nur für die eine Ware in die Rolle eingetragen, für die andere ausdrücklich abgelehnt, so kann es nicht als trotzdem auch für die letztere wegen Gleichartigkeit mitgeschützt erachtet werden.

11. MSchutzuWettbew. **13** 111 (Hamm). Ohne Erlaubnis des Zeichenberechtigten darf ein anderer auch nicht an Waren, die von dem Zeichenberechtigten herstammen, das Zeichen anbringen (Verpackung von koffeinfreiem Kaffee in Hag-Packete).

12. GewRSchutz **13** 96 (KG.). Die Eintragung des Zeichens „Cito" gibt nicht das Recht einem anderen den Betrieb seines Geschäfts unter einer das Wort „Cito" enthaltenden Firma zu verbieten.

13. Aussetzung. **RG.** (Strafs.) MSchutzuWettbew. **10** 382. Aussetzung eines Strafverfahrens, wenn ein Rechtsstreit über die Löschung des angeblich verletzten Warenzeichens schwebt. § 261 Abs. 2 StrPO. ist mittelbar anwendbar.

14. MSchutzuWettbew. **12** 527 (Dresden). Die Eintragung eines Zeichens für jemand, der zur Zeit der Eintragung kein Geschäft betrieb und auch nicht beabsichtigte, eins zu begründen, ist von vornherein rechtsunwirksam s. zu § 13.

§ 13. 1. Unlautere Firmenwahl. a) **RG.** JW. **11** 66, MSchutz uWettbew. **10** 191, GewRSchutz **11** 34. Der Umstand, daß eine Firma zum Bestandteile eines Warenzeichens gemacht wird, hat nicht zur Folge, daß die gesetzlichen Vorschriften, die den Gebrauch einer Firma regeln, vor denen zurückzutreten haben, die sich mit dem Gebrauch eines Warenzeichens befassen. Beide bestehen unabhängig nebeneinander, und sofern der Gebrauch einer Firma nach jenen Vorschriften verboten ist, wird er nicht zulässig, weil das aus der Firma gebildete Warenzeichen benutzt werden darf. Vgl. JDR. **10** 1101 zu § 16 UnlWG. b) **RG.** (Straff.) MSchutzuWettbew. **11** 476. Ein besonderes subjektives Recht auch zu täuschendem Gebrauche hat § 13 gegenüber dem Rechte aus § 12 nicht geben wollen. Vgl. JDR. **9** zu § 13 Ziff. 2. c) **RG.** MSchutzuWettbew. **10** 186, GewRSchutz **11** 31, LeipzZ **11** 221, JW. **11** 111, PBl. **11** 170. Das Recht auf den Gebrauch einer Beschaffenheitsangabe ist dann nicht anzuerkennen, wenn der Gebrauch den guten Sitten zuwiderläuft, (§ 826 BGB.) z. B. mit einer Nachahmung der Etiketten, Drucksachen usw. des Konkurrenten verbunden ist, oder wenn der Gebrauch des Wortzeichens in einem Firmenzusatze dem § 16 UnlWG. zuwiderläuft. Vgl. JDR. **10** 1101 zu § 16 UnlWG. Ähnlich **RG.** LeipzZ. **11** 781. d) MSchutzuWettbew. **11** 161 (Dresden). Wenn ein Wort, das mit dem Warenzeichen eines anderen offenbar verwechselungsfähig ist, in eine Firma aufgenommen wird, damit unter dem Schutze des § 13 WZG. die Waren mit der Firma versehen und im Verkehr in einer Weise gebraucht werden können, daß dadurch eine Verwechselung mit den Waren des Zeicheninhabers hervorgerufen wird, so kann dieser auf § 826 BGB. gestützt Löschung beanspruchen. e) MSchutzuWettbew. **12** 441 (KG.). Einer zu Verwechselungszwecken in unlauterer Absicht gewählten Firma steht der Schutz aus § 13 nicht zu. f) MSchutzuWettbew. **10** 221 (Hamburg). Ein Kaufmann L. Hoff kann trotz der für die Firma Johann Hoff eingetragenen Warenzeichen „Johann Hoffs Malzextrakt", „Hoff" und „Hoffsches Malzextrakt" seine Ware „Hoffs Malzextrakt" nennen. Dies Urteil ist vom RG. aufgehoben (MSchutzuWettbew. **11** 84, GewRSchutz **11** 292, PBl. **12** 34) aus prozessualen Gründen und wegen Verletzung des § 16 UnlWG. Denn § 13 WZG. gibt der Befugnis seinen Namen oder seine Firma voll oder in abgekürzter Gestalt zu führen, keinen größeren Inhalt, als ihr ohnedies zukommt, läßt also die Schranken, die §§ 826 und 1004 BGB. und §§ 3 oder 16 UnlWG. setzen, unberührt.

2. Willkürliche Firmenzusätze. a) MSchutzuWettbew. **12** 43 (Hamburg). Auf § 13 kann sich ein Firmeninhaber, dessen Firma später eingetragen ist als ein entgegenstehendes Warenzeichen, nur für die notwendigen Bestandteile seiner Firma, nicht aber für willkürlich gewählte Zusätze berufen. b) MSchutzuWettbew. **12** 101 (Hamburg). Eine willkürliche Wortverbindung kann den Schutz des § 13 nicht beanspruchen, wenn sie bereits einem anderen geschützt ist.

3. Willkürliche Abkürzungen. **RG.** (Straff.) GewRSchutz **12** 256. Die rein willkürliche Abkürzung der eigenen Firma „Riedel" genießt gegenüber dem Warenzeichen „Thiopinol Riedel" nur dann den Schutz des § 13, wenn diese abgekürzte Bezeichnung in der gewählten Zusammenstellung schon vor der Eintragung des Warenzeichens mit schlagwortähnlicher Wirkung geführt worden ist. Vgl. **RG.** (Straff.) **32** 397, **40** 395, **RG. 64** 63.

4. **RG.** (Straff.) MSchutzuWettbew. **10** 124. Gegenüber dem eingetragenen Warenzeichen „Bilz-Brause" darf ein Fabrikant namens Milz seine Ware nicht als „Milz-Brause" bezeichnen. Durch die willkürliche Aneinanderreihung zweier Angaben, deren jede für sich erlaubt war, hat er in unerlaubter Weise in das der Nebenklägerin ausschließlich zustehende Recht des Gebrauchs ihres Warenzeichens eingegriffen.

5. Kohler, MSchutzuWettbew. **10** 199. Es kommt darauf an, ob das den Zeichencharakter an sich tragende Wort so gesetzt wird, daß es aus der Firma hervor-

tritt und wie ein selbständig bezeichnendes Element wirkt. In diesem Falle tritt es aus der Firmen- in die Zeichensphäre. Dezeptive Firmenbildung ist unlauterer Wettbewerb.

6. Etablissementsbezeichnung. **RG. 77** 76, LeipzZ. **11** 933, PBl. **12** 19, JW. **11** 952, DJZ. **11** 1447, MschutzuWettbew. **11** 61 (veröffentlicht von Kohler). Einer lauter und sachgemäß für ein besonderes Unternehmen gewählten, in den Verkehrskreisen seit Jahren anerkannten und üblichen Etablissementsbezeichnung, die, wenn sie auch keine Firma ist, doch in Wirklichkeit dem Handelsnamen gleich zu erachten ist, muß wegen Gleichheit des Grundes auch der im § 13 der Firma gewährte Schutz des Besitzstandes zuteil werden. Dieser Schutz erstreckt sich auch auf die Bestandteile der Etablissementsbezeichnung. Gegen diese Entscheidung Finger, GewRschutz **12** 322 unter Bezugnahme auf den Wortlaut des Gesetzes. Dem Verkehrsbedürfnisse genüge § 16 UnlWG.

7. Beschaffenheitsangabe. a) MschutzuWettbew. **11** 268, (Dresden). § 13 hat nur Beschaffenheits- oder Bestimmungsangaben im Auge, die im Verkehr üblich und diesem für den Zweck der Beschreibung der Ware so unentbehrlich sind, daß sie Gemeingut aller bleiben müssen. Davon kann jedoch bei einer Phantasiebezeichnung wie „Fußwohl" keine Rede sein. b) **RG.** MschutzuWettbew. **10** 184, JW. **11** 111. Die Wortverbindung „Natura-Milch" ist eine reine Beschaffenheitsangabe.

8. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 295. Der § 13 bezieht sich nur auf die Bezeichnung der Waren, deren Verpackung oder Umhüllung sowie auf derartige Angaben im Geschäftsverkehre; mit dem Warenzeichen hat er nichts zu tun .

9. MschutzuWettbew. **12** 260 (Hamburg). Von dem Schutze des § 13 kann eine Firma um so eher Gebrauch machen, wenn dasjenige Wort ihrer Firma, welches mit dem entgegenstehenden Zeichen verwechselungsfähig ist, bereits vor dessen Eintragung Schlagwortcharakter gehabt hat. Im Zigarettenhandel tritt das vielfach ein, daß Firmen einen solchen Charakter annehmen.

§ 14. 1. Versehen. a) α. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 122. Der Verkäufer, welcher in mit dem Zeichen versehene Maggiflaschen eine andere Mischung einfüllt, und diese dann feilhält, verstößt gegen § 14 WZG.; während ein Verstoß dann nicht vorliegt, wenn der Käufer die Maggiflasche mitgebracht hat und dem Verkäufer zum Zwecke der Einfüllung zur Verfügung stellt. Vgl. JDR. **9** Ziff. 10 zu § 14. β. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 188 nimmt an, daß ein widerrechtliches Versehen schon dann vorliegt, wenn die andere Mischung in die Maggiflasche eingefüllt ist, gleichviel ob diese Flasche zum Zwecke des Verkaufs der Ware oder nur zur Aufbewahrung der zu verkaufenden Ware bestimmt ist, ebenso **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 185, **RG.** (Strafs.) **46** 92 ähnlich **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 194 für Selterwasser und MschutzuWettbew. **10** 189 für Schnaps. b) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 251. Das Begriffsmerkmal des Versehens oder Gekennzeichnetseins der Waren mit dem Zeichen ist verwirklicht, wenn zwischen Ware und Zeichen eine solche Verbindung hergestellt ist, der die Auffassung des Verkehrs, ganz an sich betrachtet (abstrakt), einen Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einer bestimmten Betriebsstätte entnimmt. c) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 656. Füllt jemand in Flaschen, die den Namen eines anderen Fabrikanten tragen, das von ihm in Verkehr gebrachte Mineralwasser, so kann er sich nicht darauf berufen, daß ein Dritter, dem die Flaschen früher gehörten, sie ihm zu beliebigen Gebrauch überlassen hat. d) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 143. Das für einen bestimmten Likör eingetragene Warenzeichen wird dadurch verletzt, daß in die mit dem Warenzeichen versehenen Flaschen die Ware in veränderter Gestalt, unter Beimischung eines anderen Likörs gefüllt wird.

2. In Verkehr bringen. a) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 213. „In Verkehr bringen" besteht schon in dem Versenden der Ware von einem

Orte nach einem anderen, von welchem aus sie nach dem Auslande verfrachtet werden sollen; auf den Ort des schließlichen Absatzes kommt es nicht an. b) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 434. Das Inverkehrbringen umfaßt auch die Absendung einer Ware von einem inländischen Orte nach dem Auslande zum Zwecke des dortigen Absatzes.

3. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 433. Der Eingriff in ein fremdes Warenzeichenrecht wird nicht dadurch straffrei, daß die Ware außer mit dem fremden Zeichen noch mit einem anderen versehen wird.

4. Täter. a) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **10** 214. Verantwortlich ist derjenige, der das Geschäft in Wirklichkeit führt, nicht der auf dessen Namen es formell geführt wird. b) **RG.** (Straff.) GewRschutz **12** 71, PBl. **12** 122. Für die Täterschaft ist es nicht entscheidend, daß der Angeklagte die körperliche Tätigkeit des Einfüllens nicht ausgeübt hat, sondern, daß er die Beziehung zwischen der das Warenzeichen darstellenden Flasche und seiner Ware wissentlich herstellte, indem er es billigte, daß sie in diese zum Zwecke des Verkaufs getan wurde. c) DJZ. **12** 693 (KG.). Haftung des Geschäftsherrn für die Handlungen eines Prokuristen, den er fahrlässigerweise unbeaufsichtigt läßt.

5. Täuschung. a) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **10** 311. Eine Täuschung des unmittelbaren Abnehmers ist weder in bezug auf Herkunft der Ware noch auf das Warenzeichen erforderlich. b) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **10** 249. Ein auf Täuschung abzielender Gebrauch des geschützten Zeichens gehört nicht zum Tatbestande des § 14 Abs. 2. Wissentlich handelt wer alle rechtlich in Betracht kommenden Tatumstände kennt. Ebenso **RG.** MschutzuWettbew. **10** 286, **11** 434, GewRschutz **12** 136.

6. Irrtum. a) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 48. Wissentliches Handeln liegt dann nicht vor, wenn der Handelnde infolge Irrtums glaubt, das von ihm verwendete Zeichen sei nicht das geschützte, da durch die Abweichungen die Verwechselungsgefahr ausgeschlossen sei (**RG.** (Straff.) **15** 349, GoltdA. **50** 133). Ob dieser Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht, kommt nicht in Betracht. b) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 201, GewRschutz **11** 336. Der Irrtum des Angeklagten, daß das Strafantragsrecht des Verletzten verjährt sei, ist für die bewußte Widerrechtlichkeit des fortgesetzten Eingriffs in seine Rechte belanglos.

7. dolus eventualis. **RG.** MschutzuWettbew. **10** 189, GewRschutz **11** 78. Zur Anwendung des § 14 WZG. genügt in subjektiver Hinsicht auch der dolus eventualis d. h. eine Verletzung des Warenzeichenrechts eines andern in Kenntnis der Möglichkeit der Rechtsverletzung. Ebenso **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 82.

8. Fahrlässigkeit. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 13. Wer ein Warenzeichen zu führen fortfährt, obwohl die Eintragung wegen Verwechselungsfähigkeit endgültig abgelehnt ist, handelt fahrlässig.

9. Aussetzung. **RG.** (Straff.) **46** 22, PBl. **12** 267. Der Einwand, dem Angeklagten stehe ein Recht auf Löschung des von ihm nachgeahmten Zeichens zu, kann im Strafverfahren nur in der Weise berücksichtigt werden, daß das Strafverfahren bis zur Entscheidung über den Löschungsanspruch ausgesetzt wird. Das gilt auch von dem Einwande, die Entragung des Zeichens verstoße gegen die guten Sitten. Vgl. hierzu Smoschewer, JW. **13** 1090.

10. Strafantrag. a) **RG.** (Straff.) DJZ. **12** 284. Strafantrag des Vorstandes eines eingetragenen Vereins wegen Bestätigung des Warenzeichens eines Mitglieds. b) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 563. Überläßt eine Frau ihrem Ehemanne die Führung des gesamten Geschäfts, so kann darin die stillschweigende Ermächtigung liegen, wegen gewerberechtlicher Delikte die erforderlichen Strafanträge zu stellen.

11. Verteidigung. a) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 250. Es ist im Strafverfahren nicht zu prüfen, ob die Eintragung für die Warenzeichen, weil sie ärgerniserregende Darstellungen enthielten, hätten versagt werden sollen; denn auch eine Eintragung, die nach § 4 Nr. 3 hätte versagt werden sollen, hat die im § 12 vorgeschriebene rechtliche Wirkung. b) **RG.** (Straff.) GewRschutz **13** 96. Die Frage, ob ein eingetragenes Warenzeichen nach dem Gesetz eintragungsfähig sei, oder nicht hätte eingetragen werden dürfen, ist von dem Gerichte nicht nachzuprüfen.

12. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 656. Eine nach § 14 verfolgbare widerrechtliche Benutzung eines fremden Namens kann auch dann vorliegen, wenn er mit dem Zusatze „System" versehen ist.

13. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 347. Der Mißbrauch des Namens oder der Firma eines anderen im Sinne von § 14 erfordert, wie sich ohne weiteres aus § 20 ergibt, keineswegs eine Benutzung des Namens oder der Firma in ihrer richtigen Fassung oder in ihrem vollständigen Wortlaut; es kann vielmehr auch eine nur teilweise mit dem Namen oder der Firma übereinstimmende Kennzeichnung der eigenen Ware als Gebrauch des Namens oder der Firma gelten, sofern nur trotz der vorhandenen Abweichung die Gefahr einer Verwechselung im Verkehre besteht.

14. Warenzeichen für Heilmittel. a) **RG.** GewRschutz **13** 36, MschutzuWettbew. **12** 285. Die württembergischen Krankenkassen haben den Kassenärzten vorgeschrieben, wortgeschützte Präparate nur in besonderen Fällen zu verschreiben, in den andern aber billigere Ersatzpräparate zu verschreiben. Der Apotheker hat die letzteren abzugeben, wenn nicht der Arzt das wortgeschützte Präparat unter Hinzufügung des Namens des Fabrikanten und des Zeichens N. B. verschreibt. Die Klage der Fabrikantin von Pyrenol wurde, soweit sie auf § 823 Abs. 2 BGB. und § 14 WZG. gegen die Kassen, die Apotheker und die Ärzte gerichtet war, abgewiesen. Indem der Arzt das in der Arzneiverordnung angegebene Arzneimittel im Rezept als Pyrenol bezeichnet, versähe er das Ersatzmittel nicht mit dem für den Kläger geschützten Wortzeichen. Die Beklagten treten auch in keinen Wettbewerb mit dem Kläger, hingegen widerstreite der Revers, durch welchen der Kassenarzt erklärt, daß er bei Verordnung von Arzneimitteln mit geschützten Namen stets das gleichwertige Ersatzpräparat in der Apotheke abgegeben wissen wolle, den guten Sitten. Pyrenol habe sich unter diesem Namen eingebürgert und einen gewissen Ruf erworben. Dieser werde in den Kreisen der Kassenmitglieder dadurch beeinträchtigt, daß den Kranken an seiner Stelle etwas verabreicht werde, dessen Gleichwertigkeit nicht feststehe und nicht feststellbar sei, weil der Kläger nicht genötigt werden könne, das Geheimnis der Herstellung zu offenbaren. b) **RG.** GewRschutz **13** 64. Ein Apotheker hat, trotz des Verbots der Fabrikantin, Lösungen des Pulvers Pantopon, die er angefertigt und in Glasbehälter gefüllt hatte, mit einem Papierstreifen versehen, der das Wort „Pantopon" und den Prozentsatz des darin enthaltenen Pulvers enthielt, und wenn ärztlicherseits Pantoponlösungen verschrieben wurden, mit dieser Bezeichnung verkauft. Das RG. hob die Verurteilung aus § 14 auf, weil nicht festgestellt sei, ob es überhaupt noch eine andere Bezeichnung für das von der Nebenklägerin hergestellte Pantopon gebe. In diesem Falle sei nicht zu erkennen, wie anders der Angeklagte seine Lösungen hätte bezeichnen können, ohne dies Wort zu gebrauchen. Dann liege der Fall aus § 13 vor. c) Zu beiden Urteilen äußert sich Rathenau, MschutzuWettbew. **12** 317. Er kommt zu folgendem Ergebnisse: Der Apotheker darf weder bei bestehendem Kopierzwang in der Abschrift des Rezepts, auf dem Arzneibehältnisse, noch ohne solchen bei der Benutzung des Rezepts als Rechnung, noch bei der Zubereitung eines Arzneimittels unter Verwendung eines wortgeschützten Präparats ohne Genehmigung des Zeicheninhabers ein geschütztes Wortzeichen für ein Präparat verwenden, das nicht vollständig und in der Form, in der er es abgibt, vom

Zeicheninhaber herstammt, es sei denn, daß das Zeichen die notwendige und übliche Benennung der Ware, ihr Name im Verkehre geworden ist (vgl. auch Hafner, Wortzeichenschutz für Arzneimittel, ebenda 322).

§ 15. 1. Warenzeichen und Ausstattung. **RG. 79** 295, MSchutz uWettbew. **12** 185, DJZ. **12** 1129, JW. **12** 757. Eine Ausstattung genießt den Schutz des § 15 WZG. nur unter den darin vorgesehenen besonderen Voraussetzungen, in objektiver sowohl als auch in subjektiver Beziehung. Wie die Entstehung so ist auch die Dauer des Ausstattungsschutzes durch Fortdauer der tatsächlichen Geltung der Ausstattung als eines besonderen Kennzeichens der Ware bedingt. Um den Zustand tatsächlicher Geltung aufrecht zu erhalten, wird der Besitzer der Ausstattung sie fortgesetzt verwenden müssen, sie nicht in Vergessenheit geraten lassen dürfen. Ausstattung und Warenzeichen haben miteinander gemeinsam, daß wie die Ausstattung, so auch das Warenzeichen durch allgemeinen Gebrauch die Bedeutung eines Unterscheidungsmerkmals verlieren und Gattungs- oder Qualitätsbezeichnung werden kann. Da die Ausstattung lediglich auf Grund ihrer tatsächlichen Geltung Schutz genießt, so ist sie der Gefahr des Unterganges durch die Mitbenutzung anderer in höherem Maße ausgesetzt als das Warenzeichen, das auf der Eintragung beruht. Will der Besitzer der Ausstattung dieser Gefahr vorbeugen, so muß er sich ihre Verteidigung angelegen sein lassen und ihrem Mißbrauche mit Nachdruck entgegentreten. Vgl. hierzu die Entscheidung der Beschwerde-Abt. des PA. PBl. **11** 150 (MSchutzuWettbew. **12** 198).

2. Kein Ausstattungsrecht. **RG.** PBl. **11** 129. Unrichtig ist die Ansicht, daß das Gesetz ein Gut dadurch, daß es dessen Verletzung unter bestimmten Voraussetzungen für jeden Dritten unter Ersatzpflicht stelle, als Rechtsgut anerkenne. — Die ausschließliche Benutzung einer bestimmten Ausstattung ist an sich nicht ein dem Kläger zustehendes Recht.

3. Salinger, Ausstattung und Warenzeichen, MSchutzuWettbew. **12** 23, führt gegen das RG. aus, daß § 15 ein Recht an der Ausstattung gebe. Wer sich ein Warenzeichen eintragen läßt, das mit der ihm bekannten Ausstattung eines anderen übereinstimmt, begründe die Gefahr einer Täuschung. Das Warenzeichen sei deshalb gemäß § 9 Abs. 5 zu löschen. Es bedürfe, um dem geschädigten Ausstattungsberechtigten zu helfen, nicht erst des Umwegs über § 826 BGB., welchen **RG. 66** 236 heranzieht. Auch habe der Kläger nicht die Beweislast für die Täuschungsabsicht des Nachahmers. Vgl. hierzu **RG.** JW. **12** 309, PBl. **12** 231.

4. Vorbenutzungsrecht. a) PBl. **11** 303 (LG. Hamburg). Der Inhaber eines älteren Zeichens kann die Löschung eines dem seinigen ähnlichen jüngeren Zeichens dann nicht verlangen, wenn dieses schon vor der Eintragung eine Marke von Weltruf war und die Eintragung des älteren Zeichens nur zum Zwecke der Nachahmung erfolgte. b) Pogge, Die Vorbenutzung im Warenzeichenrecht nach der Rechtsprechung des RG. MSchutzuWettbew. **12** 71 stellt kritisch die gesamte Judikatur des RG. zu der Frage zusammen, wann die ältere Ausstattung dem jüngeren eingetragenen Zeichen weichen müsse. c) MSchutzuWettbew. **12** 95 (Hamburg). Der Beklagte, der lange Zeit im großen Umfange von der Klägerin fabrizierte Nähmaschinen exportiert hatte, die mit von der Klägerin stammenden Lackierungen versehen waren, handelt nicht wider die guten Sitten, wenn er einige dieser Lackierungen für sich als Warenzeichen eintragen läßt.

5. **RG.** (Strafs.) GewRSchutz **12** 71. Vor der Löschung eines Zeichens kann sein Gebrauch auch da nicht als rechtsverletzend angesehen werden, wo damit die Störung eines anderen in seinem Ausstattungsbesitz bezweckt und verbunden ist.

6. Zeitdauer. **RG.** JW. **12** 143. Es ist rechtsirrig anzunehmen, eine gewisse Zeitdauer sei die objektive Voraussetzung für die Erlangung der Kennzeichnungskraft. Umstände, wie z. B. eindringliche Reklame können bewirken

daß eine Ausstattung sofort bei ihrem Erscheinen oder doch sehr bald die erforderliche Kennzeichnungskraft gewinnt.

7. *Täuschungszweck.* a) **RG.** PBl. **11** 129. Für die Annahme des Täuschungszwecks genügt nicht das Bewußtsein von der *Möglichkeit* einer Irrtumserregung über Herkunft der Ware und eine bloße Billigung des *eventuell* eintretenden Erfolges. b) **RG.** LeipzZ. **11** 386. Die Nachahmung einer fremden Ausstattung allein ist nicht rechtswidrig; sie wird es erst, wenn sie *zur Verwechselungsmöglichkeit führt.* Diese aber wird vermieden, wenn *Merkmale* angewandt werden, die in *augenscheinlicher* Weise den *Unterschied* zwischen beiden Waren erkennen lassen. c) **RG.** (Straff.) MSchutzuWettbew. **11** 382. Die Absicht, über die *Beschaffenheit* der Waren zu täuschen, ist zum Tatbestande des § 15 nicht erforderlich. d) KG. u. **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 103. Nicht nur der Schadensersatzanspruch, sondern auch der Unterlassungsanspruch wegen Verletzung einer Ausstattung erfordert Vorhandensein der Täuschungsabsicht.

8. *Anschauung beteiligter Verkehrskreise.* **RG.** MSchutz uWettbew. **13** 23. Es genügt nicht, wenn einzelne Zeugen an einzelnen zerstreuten Orten bekunden, daß das Publikum mit dem sie in Berührung kommen, in der Aufmachung der Klägerin ein besonderes Kennzeichen erblicke, da hieraus nicht die Geltung in einem, wenn auch örtlich begrenzten beteiligten Verkehrskreise hervorgeht.

9. *Vorsatz.* **RG.** (Straff.) MSchutzuWettbew. **11** 12. Ein Angeklagter, der die Ausstattung des Verletzten und seine eigene kennt, handelt vorsätzlich. Die irrtümliche Ansicht, er könne die Ausstattung straflos nachahmen, entlastet ihn nicht, selbst wenn sie durch einen technischen Sachverständigen hervorgerufen wäre. Vgl. **RG.** (Straff.) **42** 137, **43** 397.

10. *Freizeichen in der Ausstattung.* **RG.** (Straff.) MSchutz uWettbew. **11** 144. Ein eingetragenes *Warenzeichen* kann, auf der Verpackung oder Umhüllung der Ware angebracht, sehr wohl einen *Teil ihrer Ausstattung* bilden. Nicht minder kann dies auch ein *Freizeichen*, aber auch ein anderes Merkmal, das, wie z. B. Gestaltung oder Färbung der Verpackung in keiner Beziehung zum Zeichenschutz steht, vgl. **RG.** (Straff.) **35** 180, **40** 65, **RG. 54** 173. Deshalb kann sich der wegen Ausstattungsverletzung Angeklagte *nicht darauf berufen*, daß das zur Ausstattung gehörende Zeichen als Freizeichen zu Unrecht in das Register eingetragen sei. — Zur Feststellung, daß die Ausstattung innerhalb des Kundenkreises des Angeklagten als Kennzeichen gleichartiger Waren eines anderen gilt, gehört nicht, daß die Kunden wußten, daß es gerade die bestimmte Firma sei, von der die Zigarren stammen.

11. **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 196, GewRSchutz **12** 69. Lagen zur Zeit der Erhebung der Klage, bzw. zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil erging, die *Voraussetzungen des* § 15 und insbesondere auch die *Gefahr einer Wiederholung* der unerlaubten Handlung vor, so war der *Anspruch der Klägerin auf Unterlassung begründet.* .... Der Berufungsrichter durfte nicht den Zustand, den er mit seinem Urteile zu einem anderen Klaganspruch erst begründen wollte, seiner Entscheidung über den Ausstattungsanspruch zugrunde legen und so diesen abweisen.

12. MSchutzuWettbew. **10** 223, LeipzZ. **11** 86 (LG. Dresden). Die Klägerin setzt auf die Hülsen ihrer Zigaretten einen fünfzeiligen schokoladenbraunen Aufdruck. Diese Ausstattung verletzt die Beklagte durch einen Aufdruck in fünf Zeilen in gleicher Verteilung der Worte auf die Zeilen und gleicher Farbe, obwohl der Wortlaut erheblich abweicht.

13. *Ausstattungsschutz des Ausländers.* **RG.** (Straff.) JW. **11** 863, MSchutzuWettbew. **11** 115, PBl. **11** 301. Der Gewerbetreibende, der im Inland keine Niederlassung hat, muß im *Lande seiner Niederlassung*

oder seines Wohnsitzes mit seiner Ausstattung geschützt sein. Dies wird für die österreichische k. k. Tabakregie bejaht. Nicht notwendig ist der Schutz im Heimatland bei der Pariser Union, s. dort zu 10 b.

14. MschutzuWettbew. **12** 199 (PA.). Auch das PA. kommt in die Lage, daß Individualrecht an einer Ausstattung kraft eigener Zuständigkeit zu prüfen, wenn die Entscheidung einer zeichenrechtlichen Frage im Anmeldeverfahren von diesem Individualrecht abhängig ist.

§ 16. 1. Pilsener Bier. a) Vielfach kam die Frage zur Entscheidung, ob die Bezeichnung „Pilsener Bier" reine Herkunftsbezeichnung sei. Sie wurde von der Beschwerdeabteilung des PA. und vom KG. bejaht, und zwar so, daß ihr dieser Charakter auch durch keinen Zusatz irgendwelcher Art genommen werden könne, vgl. Seligsohn, DJZ. **11** 86. Diese Auffassung ist abgelehnt vom **RG. 79** 252. Sicher kann ein Bier nicht zwei Herkunftsorte haben; es kann nicht zugleich in Pilsen und noch in irgendeinem anderen Orte hergestellt sein. Eben weil die Angabe zweier Herkunftsorte ein begriffliches und logisches Unding ist, muß bei Angaben über Bier, in denen sich zwei Ortsnamen befinden, der Name des einen Ortes eine andere Bedeutung haben als der andere, und kann der eine von ihnen nicht Herkunftsangabe sein. Außerordentlich häufig wird die regelmäßige Bedeutung eines Wortes durch ein ihm hinzugefügtes Wort verändert. Das gilt für die Worte Pilsen, München, Dortmund, Nürnberg, Erlangen, ebensowohl wie für andere Worte. . . . Ob Zusätze, die einem Worte hinzugefügt sind, im Verkehre beachtet werden und welche Bedeutung ihnen im Verkehre beigemessen wird, kann immer nur im einzelnen Falle entschieden werden, je nachdem wie sich die gesamte Angabe darstellt, insbesondere auch, wie sie äußerlich gehalten ist und ob das streitige Wort nach der Art, wie es erscheint, überhaupt noch „Schlagwort" ist und noch als solches aufgefaßt werden kann. . . . . Wenn der Name des Ortes in deutlicher Weise nicht zur Bezeichnung der Herkunft gebraucht ist, so liegt keine „fälschliche" Verwendung des Namens (§ 16 WZG.) und keine „unrichtige" Angabe (§ 3 UnlWG.) vor. Im übrigen sind die einschlägigen Entscheidungen veröffentlicht: MschutzuWettbew. **10** 131 (KG. Engelhardt Pilsener), **10** 390 und **11** 426 (RG. dass.), 319 (PA. Radeberger Pilsener), **11** 92 (KG. dass.), 424 ff. (RG. Pilsener Hansa-Quell), 427 (RG. Radeberger Pilsener), vgl. auch ebd. **10** 129, 286, **11** 96, 127, 157, 327, 423, **12** 331 (Deutsch-Pilsener), 407 (Lindener Pilsener), **13** 105 (Radeberger Pilsener), 106 (Pilsener), JW. **13** 748 (Engelhardt Berliner Pilsener). Zu dem Urteile des **RG. 79** 252 äußert sich Katz LeipzZ. **12** 732: Im Verkehre mit Flüssigkeiten, der sich in Gastwirtschaften vollzieht, kann man die Warenbezeichnung überhaupt nicht in anderer Form zum Ausdrucke bringen als durch Benennung. Die Warenbezeichnung muß ihre Unterscheidungskraft gerade bei den letzten Konsumenten betätigen. Der Gedanke, daß eine örtliche Bezeichnung noch Herkunftsbezeichnung sei, und als solche geschützt werden müßte, und gleichzeitig durch den Zusatz einer andern Ortsbezeichnung diese Bedeutung und dadurch die Schutzfähigkeit verlieren könnte, entzieht sich dem begrifflichen Verständnisse; nur dem unredlichen Mitbewerber öffnet er das Tor. b) Pilsator für ein nicht in Pilsen gebrautes Bier zulässig. **RG.** LeipzZ. **12** 668.

2. Der Kampf um die Bezeichnungen „Münchener Bier" und „Kulmbacher Bier", MschutzuWettbew. **12** 277, enthält die Eingabe des bayerischen Brauerbundes vom 25. Januar 1913 an das bayerische Staatsministerium gegen die Judikatur des RG.

§ 19. 1. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **10** 214. Die Beseitigung kann in der Weise bewirkt werden, daß die Ware aus den mit der Kennzeichnung versehenen Gefäßen herausgenommen wird. Ähnlich **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **10** 215

und 349, PBl. **11** 235. Eine Vernichtung der rechtswidrig gekennzeichneten Gegenstände ist nur zulässig, wenn jede andere Art der Beseitigung unmöglich ist.

2. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 12. Die Nebenstrafe der Einziehung kann nicht auf Grund des § 19 WZG., sondern nur auf Grund von § 40 StrGB., falls dessen besondere Voraussetzungen vorliegen, ausgesprochen werden.

§ 20. 1. Kombinationszeichen. a) **RG.** GruchotsBeitr. **56** 358, PBl. **11** 325, MschutzuWettbew. **11** 195, JW. **11** 952, GewRschutz **11** 335. Bei Kombinationszeichen ist im allgemeinen zwar weder auf das Bild noch auf das Wort allein ausschließlich Gewicht zu legen, sondern der Gesamteindruck zu beachten. Von Bedeutung wird jedoch, in wie weit sich der begriffliche Inhalt des Bildes und des Wortes, der zur Herstellung eines Gesamteindrucks und einheitlichen Erinnerungsmerkmals mitwirkt, decken. Stellt das Bild denselben Gegenstand dar, den das Wort nennt, so kann dieselbe Kennzeichnungskraft, die der Kombiation beider Zeichen zukommt, auch schon dem bloßen Worte oder auch schon dem bloßen Zeichen innewohnen. Es ist lediglich Sache tatsächlicher Feststellung, ob das Wort wie ein Schlagwort wirkt und vom Publikum als wesentliches Kennzeichen der ganzen Marke anerkannt wird. In diesem Falle kann die Gefahr der Verwechselung eines Kombinationszeichens mit einem Wortzeichen begründet sein. Sie kann aber auch gegenüber einem anderen Kombinationszeichen bestehen, bei dem Wort und Bild keine Beziehung zueinander haben, wenn das Wort vermöge seines Schlagwortcharakters vorwiegend im Gedächtnisse bleibt und die bildlichen Teile des Zeichens dahinter als schmückendes Beiwort zurücktreten. Auch dieses ist Sache der tatsächlichen Feststellung, liegt aber auch in der Natur der Sache begründet, weil das Wort leichter zur Bezeichnung der Ware gebraucht werden kann, insbesondere im mündlichen Verkehre. Kann aber ein Bestandteil des Warenzeichens derart selbständig zur Warenbezeichnung gebraucht werden und bringt dieser selbständige Gebrauch die Verwechselungsgefahr mit sich, so ist das ganze Zeichen zu löschen. b) **RG.** MschutzuWettbew. **11** 198. Der Schlagwortcharakter des in einem Kombinationszeichen enthaltenen Wortes wird nicht dadurch aufgehoben, daß es gegenüber dem ganzen Zeichen — einem Etikett mit einer Alpenlandschaft usw. räumlich nur einen kleinen Bestandteil ausmacht. Je größer ein Warenzeichen wird, je mehr und verschiedenartigere Bestandteile es hat, desto weniger in sich geschlossen kann es erscheinen (Kohler, Warenzeichenrecht 73). Es nähert sich der bloßen Warenausstattung ohne besondere Kennzeichnungskraft, namentlich wenn ganze Etiketten eingetragen werden. c) MschutzuWettbew. **10** 132 (Hamburg). Bei zwei kombinierten Zeichen kann trotz erheblicher Abweichungen der figürlichen Bestandteile die Verwechselungsgefahr durch den wörtlichen Teil hervorgerufen werden — Hamburger Wappen.

2. Gesamteindruck. a) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 48. Besteht die Gefahr einer Verwechselung derart, daß das vorgefundene Zeichen dem Gesamteindrucke nach für den Beschauer als das ihm bekannte Warenzeichen gelten kann, und zwar für einen Beschauer aus den Verkehrskreisen, die für den Vertrieb der gekennzeichneten Ware in Betracht kommen, und bei einer Prüfung des vorgefundenen Zeichens, die im Geschäftsverkehre mit Waren der betreffenden Art üblich ist, dann vermögen Abweichungen auch in zahlreichen Einzelheiten die Anwendung der Strafbestimmung nicht auszuschließen. b) **RG.** MschutzuWettbew. **12** 183. Auch bei Darstellung desselben Gegenstandes auf zwei Bildern kann die Art der Darstellung doch so grundverschieden sein, daß ihre Verwechselung auch in der Erinnerung eines weniger sorgsam unterscheidenden Beschauers ausgeschlossen ist. Um den Gesamteindruck eines Bildes zu charakterisieren und die Grundlage für die Vergleichung zweier Bilder zu gewinnen, ist es bis zu einem gewissen

Grade unerläßlich, sich die hervorstechendsten Einzelheiten klar zu machen. Was unzulässig ist und gegen den Grundsatz verstößt, daß der Gesamteindruck maßgebend sein muß, ist nur diejenige Betrachtungsweise, die zu sehr in die Einzelheiten sich vertieft und erst aus der Summe der Einzelheiten den Gesamteindruck gewinnt. c) MschutzuWettbew. **11** 15 (Colmar). Die Frage, ob bei Verwendung des von einem anderen schon benutzten Motivs ein neues, eigenartiges und daher gegenüber dem älteren selbständiges Zeichen geschaffen ist, richtet sich nach dem Gesichtspunkte, ob durch Ausgestaltung des Motivs oder die Verwendung weiterer Bestandteile ein solches dem Gesamteindrucke nach neues Zeichen entstanden ist. Dagegen ist der Motivschutz nicht dahin auszulegen, daß dem ersten Benutzer eines Motivs an dem Motiv in allen seinen Ausgestaltungen ein ausschließliches Recht gebührt.

3. Verwechselungsgefahr bei Gleichheit des Sinnes zweier Wortzeichen. a) **RG. 80** 227, MschutzuWettbew. **12** 249, LeipzZ. **13** 73, JW. **13** 51. Ob die Gefahr einer Verwechselung zweier Zeichen im Verkehre vorliegt, bestimmt sich nach dem Gesamteindrucke der Zeichen. Es entspricht nur diesem obersten Grundsatze, bei der Vergleichung zweier Wortzeichen auf ihre Verwechselungsfähigkeit gegebenenfalls außer dem Klanglaut und außer dem Wortbilde auch den Sinn der Worte heranzuziehen, denn der Eindruck der von einem Wortzeichen zurückbleibt, kann sehr wohl auch durch den Sinn des Zeichens mitbestimmt werden. Es ist zwar vom RG. wiederholt ausgesprochen worden, daß grundsätzlich eine Verwechselungsgefahr bezüglich eines Wortzeichens und eines Bildzeichens ausgeschlossen sei, also auch dann, wenn das Bildzeichen und das Wortzeichen denselben Begriff darstellen und dieselbe Bedeutung haben. Vgl. **RG. 62** 22 23, **RG.** (Straff.) **32** 369, **RG.** PMZBl. **00** 255. Weiter aber ist auch das RG. nicht gegangen. Es hat vielmehr bereits in einem Falle, wo es sich um die Verwechselungsgefahr zwischen zwei Wortzeichen handelte (Mohrengarn und Negergarn) — wo also nicht ein Bild und ein Wort als Vergleichungsgegenstände sich gegenüber standen, — dem Sinne der die Zeichen bildenden Wörter, als einem zur Unterscheidung im Verkehre hervorstehenden Merkmal, Bedeutung für die Verwechselungsgefahr beigemessen, bzw. in rechtlicher Beziehung anerkannt, daß dem Sinne der betreffenden Wörter Bedeutung zukommen kann. **RG.** (Straff.) **34** 314, 315. b) MschutzuWettbew. **13** 112 (Hamm). Der Schutz eines Wortzeichens erstreckt sich nicht auf seinen Sinn. „Avanti" verstößt nicht gegen das Zeichen „Vorwärts".

4. a) Cantor, Zur Frage der Kollision von Wort- und Bildzeichen, MschutzuWettbew. **12** 541, schließt sich im Gegensatze zum RG. dem Standpunkte des PA. an, wonach Verwechselungsgefahr zwischen einem Bildzeichen und einem Wortzeichen, die den gleichen Sinn haben, besteht. b) MschutzuWettbew. **12** 589 (PA.) lehnt die Eintragung des Wortes „Löwen-Urgold" ab, weil es mit dem aus dem Bilde eines Löwen bestehenden Gegenzeichen im Sinne des § 20 übereinstimme.

5. a) **RG.** MschutzuWettbew. **10** 249. Bei Beurteilung der Verwechselungsgefahr ist ein Leser, der mit außergewöhnlicher Flüchtigkeit das Etikett beschaut, nicht mit in Betracht zu ziehen. b) **RG.** MschutzuWettbew. **11** 533. Jede noch so unwahrscheinliche Verwechselung auszuschließen, ist kaum möglich und nicht der Zweck des Gesetzes, wie es auch nicht zu verhindern ist, daß jemand, insbesondere infolge unlauterer Manipulationen, die eine Ware statt der anderen nimmt.

6. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 67. Bei der Prüfung der Verwechselungsgefahr sind nicht nur die zeichenrechtlich geschützten Teile zu berücksichtigen. Auch eine Verschiedenheit der Farbe fällt ins Gewicht, selbst wenn der Zeichenberechtigte es in der Hand hat, durch Veränderung der bisher von ihm benutzten Farbe die beiden Zeichen verwechselungsfähig zu machen.

7. **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 653. Die Beifügung einer Firma zu einer Warenbezeichnung ist in der Regel kein genügendes Unterscheidungsmerkmal (JW. **00** 497, **05** 506), das ist aber dann anders, wenn durch die Beifügung das Gesamtbild des Zeichens geändert wird (**RG. 53** 97), wenn durch die Beifügung das fremde gegenüberstehende Zeichen in seiner Individualität, in seiner Erkennbarkeit zerstört wird.

8. „Ersatz für". **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 199, PBl. **13** 37, GewRSchutz **12** 107. Ob der Zusatz „Ersatz für" die Verwechselungsgefahr ausschließt, ist Tatfrage (**RG. 38** 106, **RG.** (Strafs.) **29** 332, **30** 353, **31** 33). Entscheidend ist, ob trotz des Zusatzes der wahre Sachverhalt verschleiert erscheint. Der Zusatz muß ebenso deutlich hervortreten, wie das Hauptwort (Chartreuse) und so eng mit ihm verbunden sein, daß es ohne ihn überhaupt nicht wahrgenommen werden kann. Verschleierung liegt vor, wenn er an einer Stelle steht, wo man ihn überhaupt nicht sucht (innerhalb eines Landschaftsbildes). Vgl. hierzu E. Katz, LeipzZ. **12** 733.

9. Gleichartige Waren. **a) RG.** (Strafs.) MSchutzuWettbew. **10** 247, PBl. **11** 261. Die Verwechselungsgefahr bestimmt sich ausschließlich nach der Beschaffenheit und dem gegenseitigen Verhältnisse der Zeichen als solcher, nicht auch danach, ob die Waren wegen ihrer Gleichartigkeit verwechselungsfähig sind. Nur kann dort, wo jede Beziehung zwischen den Waren fehlt, auch für die Zeichen die Verwechselungsgefahr als ausgeschlossen angesehen werden. Verwechselungsgefahr bei verschiedenen Waren pharmazeutisch-chemischen Charakters. Ähnlich MSchutzuWettbew. **10** 311. **b) RG.** (Strafs.) GewRSchutz **12** 339, MSchutzuWettbew. **12** 251. Für den Vergleich zweier Zeichen kommt es zunächst nicht darauf an, ob das angeblich verletzende überhaupt als Zeichen oder als Bezeichnung irgendwelcher Waren bereits bekannt ist, sondern darauf, ob die bekannte Verwendung des Zeichens Waren betrifft, die denen des Zeichenberechtigten gleichartig sind. Vgl. zu §§ 12 und 14.

10. MSchutzuWettbew. **12** 530 (Hamburg). Die Kleinheit kann für sich allein eine Verwechselungsgefahr noch nicht rechtfertigen; denn da, wo der Verkehr die Zeichen im verkleinerten Maßstabe anzubringen pflegt, wird der das Zeichen prüfende Beschauer naturgemäß seine Aufmerksamkeit entsprechend steigern und sich so vor einer Verwechselung sichern (vgl. hierzu **RG. 63** 13 betr. Zeichen auf Eßbestecken).

11. **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 655. Bei Waren, die als Nähr- und Heilmittel in der Krankenpflege eine Rolle spielen, pflegen schon kleine Verschiedenheiten in den Endungen vom Publikum bemerkt zu werden.

12. MSchutzuWettbew. **12** 523 (Hamm). Die Verschiedenheit zweier Namen lediglich in den Anfangsbuchstaben kann die Gefahr einer Verwechselung nicht ausschließen (Murina-Turina). Auch Freizeichen können Bestandteile von Warenzeichen sein und müssen daher an sich auch berücksichtigt werden, wenn man prüfen will, ob eine Verwechselungsgefahr besteht. Das ändert sich allerdings, wenn bei einem aus mehreren Worten bestehenden Zeichen ein einzelnes Wort den Gesamteindruck so beherrscht, daß die übrigen als Zutaten zurücktreten.

13e **a)** MSchutzuWettbew. **11** 158 (Hamburg). Das aus den untereinander stehenden Buchstaben ODOS bestehende Warenzeichen für Nadeln und Fischangeln ist wegen Verwechselungsfähigkeit mit dem in gleicher Weise angeordneten Warenzeichen DOS gelöscht worden. **b)** MSchutzuWettbew. **11** 160 (Hamburg). Keine Verwechselungsgefahr zwischen einem Warenzeichen, auf dem ein großes S sich durch ein Bild, welches eine Arbeiterin an einer Nähmaschine darstellt, hindurchzieht, mit einem Plakat, auf dem ein großes G das Bild einer Spinnerin umrahmt. Bestätigt vom **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 476; im gleichen Sinne wegen eines s-Zeichens entschieden von LG. und OLG. Hamburg, MSchutzuWettbew. **12** 485. **c)** MSchutzuWettbew. **12** 41 (Naumburg). „Selco" für alkoholfreie Getränke kann mit „Sinalco" und „Sanelco" für Fruchtextrakte von den alle Bevölkerungskreisen umfassenden Konsu-

menten dieser Waren verwechselt werden. Daß das PA. das Zeichen „Selco" eingetragen hat, ohne den Inhaber des Gegenzeichens zu benachrichtigen, ist für das Gericht bedeutungslos. **d)** MschutzuWettbew. **12** (105 PA.). Ein aus drei Glocken in Verbindung mit dem Worte „Dreiklang" bestehendes Zeichen stimmt mit einem einfachen Glockenzeichen nicht überein. **e)** MschutzuWettbew. **12** 259 (Düsseldorf). Die Zeichen „Palmona" und „Baumona" sind nicht verwechselbar. Der Gefahr, daß für eine Firma durch ein Warenzeichen vermöge außergewöhnlich umfassender Reklame ein sachliches Monopol entstehe, darf die Konkurrenz durch Wahl daran anklingender Kampfzeichen entgegenarbeiten, besonders wenn das fragliche Zeichen ein sog. schwaches Zeichen ist. **f) RG.** MschutzuWettbew. **12** 412. Verwechselungsfähigkeit von Aurophon und Akrophon. **g)** MschutzuWettbew. **12** 587 (PA.). La Reine — La Reina — Queen stimmen überein. **h) RG.** JW. **13** 694, MschutzuWettbew. **12** 517. „Pilsener Exportquell" und „Importquell" können mit „Urquell" nicht verwechselt werden (vgl. Ziff. 1 zu § 16). **i)** GewRschutz **12** 189 (Dresden). Das Zeichen „Salambo" kann mit dem Zeichen „Salamander" für Schuhwaren verwechselt werden. Beide Worte sind dem in allen Volkskreisen zu suchenden Publikum wenig geläufig. Deshalb ist damit zu rechnen, daß die Bezeichnungen sich ihm nur mangelhaft einprägen. **k)** MschutzuWettbew. **12** 585 (KG.). Keine Verwechselungsgefahr zwischen „Carmol" und „Carnoliquid".

§ 23. 1. MschutzuWettbew. **10** 319 (PA.). Ein Ausländer kann eine Beschwerde nur durch den inländischen Vertreter erheben.

2. **RG.** (Strafs.) GewRschutz **12** 187, MschutzuWettbew. **12** 565, DJZ. **12** 635, JW. **12** 960. Der gemäß Abs. 2 bestellte Vertreter ist zur Stellung von Strafanträgen die sich auf Verletzung des Namens-, Firmen- und Ausstattungsrechts beziehen, kraft Gesetzes nicht befugt, kann es aber natürlich auf Grund einer Spezialvollmacht sein.

3. MschutzuWettbew. **12** 525 (KG.) Ägypten gewährt keine Gegenseitigkeit.

4. **RG. 77** 262, PBl. **12** 121. Die Konsulargerichtsbezirke sind Inland.

5. **RG. 80** 126, JW. **13** 52. Hat ein Auslandszeichen, das in Deutschland in die Rolle eingetragen ist, schon zur Zeit dieser Eintragung im Heimatlande keinen Schutz, so konnte auch in Deutschland kein Schutzrecht zur Entstehung gelangen. Vgl. **RG. 46** 129, **RG.** (Strafs.) **35** 322.

6. **RG. 81** 172, JW. **13** 383, LeipzZ. **13** 299, DJZ. **13** 529. Ist das Zeichen aber formell und materiell rechtsgültig in die deutsche Rolle eingetragen, so genießt es auch den vollen Schutz des deutschen Gesetzes ohne Rücksicht darauf, ob es im Heimatland eingeschränkt ist.

Gesetz betr. Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken.

Vom 11. Juni 1870.

§ 11. OLG. **24** 274 (Dresden). Werke, die zum ersten Male anonym oder pseudonym erschienen sind, erlangen, durch eine spätere orthonyme Veröffentlichung nicht den vollen Schutz des § 8, wenn die Eintragung in die Rolle unterblieben ist.

§ 22. RG. JW. **11** 826. Die Befreiung von dem Verbote der Vervielfältigung erstreckt sich nicht auf den Text. Da der klare Wortlaut der in § 22 zugelassenen Ausnahme von dem Verbote der Vervielfältigung ein Werk der Tonkunst ohne Hinweis auf den damit etwa verbundenen Text betrifft, würde die Befreiung von dem Verbote bei der im § 5 ausgesprochenen grundsätzlichen Scheidung zwischen dem Urheberrechte am Schriftwerk und am Werke der Tonkunst auf das Urheberrecht am Texte nur dann bezogen werden

dürfen, wenn besondere Umstände zu dieser Auslegung des Gesetzes zwängen. Solche Umstände fehlen.

§ 45. **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 262, LeipzZ. **12** 154. Auch auf dem Gebiete des Urheberrechts kann der Geschädigte, ebenso wie auf dem des Patentrechts seinen Schaden auf dreifache Art liquidieren. Er kann a) den Schaden nachweisen, der seinem Vermögen unmittelbar durch die bloße Tatsache der Verletzung seines Urheberrechts verursacht wurde; oder er kann b) Ersatz dessen verlangen, was er erhalten hätte, wenn die Benutzung seines Geistesproduktes mit seiner Genehmigung stattgefunden hätte; oder endlich er kann c) die Herausgabe des Gewinnes verlangen, den der Verletzer durch die Benutzung des fremden Geistesproduktes rechtswidrig erlangt hat.

§ 50. **RG.** **80** 76, JW. **12** 922. Ein musikalisch-dramatisches Werk verliert nicht dadurch seinen Charakter, daß es im ganzen oder im einzelnen ohne Text und szenische Darstellung aufgeführt wird. Bearbeitet aber der Verfasser sein Werk für die rein konzertmäßige Wiedergabe, so verleiht er ihm den Charakter eines rein musikalischen, auf das § 50 Abs. 2 Satz 2 Anwendung findet.

Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst.

vom 19. Juni 1901.

Literatur: Allfeld, Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, Handwörterb. Staatswiss. 8 123—135. — Fraenkel, Der Rechtsschutz des Zeitungsinhalts. Marburg 1912. — Freiesleben, Das „Verleihen" im literarischen Urheberrechte, SächsRpflA. **13** 137. — Gellner, Das Eigentum als Grenze des ausschließlichen Verbreitungsrechts. Berlin 1911. — Goldbaum, Der Aufführungsagenturvertrag. Umfang des Schadensersatz- und Bereicherungsanspruchs im Falle rechtswidriger Aufführung eines Bühnenwerkes. Zwei Studien zum Rechte des Bühnenschriftstellers. Berlin 1912. — Hentig, Der strafrechtliche Schutz des literarischen Eigentums. Berlin 1912. — Kirchberger, Urheber- und Verlagsrecht. München 1912. — Kohler, Zur Parsifalfrage, RuW. **2** 165. — v. Lichtenberg und Müller v. Hausen Mehr Schutz dem geistigen Eigentume! Der Kampf um das Schicksal des „Parsifal". 2. Aufl. Berlin 1913. — v. Lippmann, Vom Rechte an Briefen, SeuffBl. **12** 299 ff. (vgl. hierüber JDR. **11** S. 5 ff.) — Maurer, Das Subjekt des Urheberrechts nach den Gesetzen vom 11. Januar 1876, 19. Juni 1901 und 9. Januar 1907 (Diss.). Erlangen 1911. — Mothes, Das Recht an Schrift- und Kunstwerken. Leipzig 1913. — Neukamp, Die Rechtsstellung der Verfasser von Beiträgen zu Sammelwerken. Leipzig 1912. — Nitze, Das Recht an der Melodie. München 1912. — Derselbe, Die Parsivalschutzfrage, eine Frage des internationalen Urheberrechts, GruchotsBeitr. **57** 826—835. — Osterrieth, Das Urheberrecht der Kinematographie, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie **7** Heft 1. — Derselbe, Ist es statthaft, zur Herstellung eines Nachdrucks nach Ablauf der Schutzfrist die dazu nötigen Druckformen vor Ablauf der Schutzfrist anzufertigen? Ist es statthaft vor Ablauf der Schutzfrist die nach deren Ablauf erscheinenden Nachdrucke öffentlich anzuzeigen? Börsenblatt für den deutschen Buchhandel 1913 und Musikhandel und Musikpflege 1913. — v. Overbeck, Der Autorschutz im internationalen Rechte, Zeitschr. f. Völkerrecht u. Bundesstaatsrecht **5** Heft 2. — Petzl, Die Behandlung der literarisch-musikalischen Werke nach geltendem Rechte. München 1912. — Süß, Die Übertragung des Urheberrechts. Erlangen 1911. — Treitel, Urheberrecht und Kinematographie, GewRSchutz **12** 123. — Voigtländer und Fuchs, Die Gesetze betr. das Urheberrecht und das Verlagsrecht an Werken der Literatur und Tonkunst vom 19. Juni 1901 mit der Novelle vom 22. Mai 1910. Leipzig 1913.

Allgemeines. 1. Mittelstaedt, Droit moral. im deutschen Urheberrechte. GewRSchutz **13** 84. Die geltenden Gesetze bieten keine Grundlage für das System des Persönlichkeitsschutzes. Sie sind vielmehr in Ergänzung derselben aus

allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleiten. Das Persönlichkeitsrecht ist ein reines Abwehrrecht. Verf. entwickelt eine Reihe von Grundsätzen.

2. Elster, Der Grundsatz des Umsatznutzens im Urheber- und gewerblichen Schutzrechte. GewRschutz **13** 274 entwickelt die Ausgestaltung und Umgrenzung des Gedankens, daß dem geistigen Eigentümer jedesmal eine Art Tantieme an seinem geistigen Erzeugnisse zu geben sei.

3. *Nitze, Das Recht an der Melodie. Als Gegenstand des Rechtes an der Melodie bezeichnet der Verf. insbesondere die individuelle, geschlossene und umwandlungsfähige künstlerische Form, in der der Komponist seine musikalischen Gedanken in die äußere Erscheinung bringt, mag diese Form in einer einfachen Liedmelodie bestehen, die auch ohne Begleitung sinnfällig und schön wirkt (Melodie im engeren Sinne), oder mag es ein melodischer Tonsatz sein, der erst durch Zusammenwirken von Melodieführung, Harmonie und Rhythmus zur Melodie wird (Melodie im weiteren Sinne). Das Kapitel über den Inhalt des Rechtes an der Melodie beschäftigt sich in der Hauptsache mit § 13 Abs. 2 LitUrhG. Der Verf. kommt zu dem Schlusse, daß lediglich der unerlaubten Benutzung einer geschützten Melodie, sofern diese erkennbar einem Werke der Tonkunst zugrunde gelegt ist, gesteuert werden soll.

4. **RG. 82** 18, JW. **13** 600. Bei dem Urheberrechtsschutze von Schriftstücken handelt es sich gewöhnlich nicht um den Schutz für einen einzelnen schöpferischen Gedanken, sondern für eine vielseitige geistige Arbeit, Geschützt wird hier dem Urheber das Schriftstück in seiner Gesamtheit, und zwar abweichend vom Patentrechte dergestalt, daß nicht jede Ausnutzung der Gedanken des Urhebers eine Rechtsverletzung darstellt, vielmehr jedermann eine freie Benutzung gestattet ist, die eine eigentümliche Schöpfung zur Folge hat.

§ 1. 1. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 570. Auch Vordrucken des rechtsgeschäftlichen Verkehrs ist in besonders gearteten Fällen die Eigenschaft von Schriftwerken zuzusprechen, und dabei ist das entscheidende Gewicht darauf zu legen, ob sich in ihrem Inhalt ein ungewöhnlicher Grad geschäftlicher Erfahrung, Gewandtheit und Rechtskenntnis oder in ihrer Form eine eigentümliche, nicht von selbst gegebene Anordnung und Einteilung kundgibt (**RG.** [Strafs.] **43** 229, **46** 159). Diese Eigenschaften können sie nicht verlieren, wenn sie ihrem Zwecke nutzbar gemacht und durch Ausfüllung und Unterzeichnung in Vertragsurkunden umgewandelt werden. Vgl. **RG.** (Strafs.) 46 159.

2. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **13** 76. Ebenso kann auch eine Gebrauchsanweisung für einen medizinischen Apparat ein Schriftwerk sein, wenn sie nicht nur eine mechanische Zusammenstellung bekannter Tatsachen enthält, sondern eine belehrende Erörterung gibt, die sich durch klare Anordnung und leichte Verständlichkeit auszeichnet.

3. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 90, JW. **11** 866. Auch ein Katalog eines Konfektionärs kann als Schriftwerk angesehen werden, wenn die Herstellung des Textes auf einer individuellen schöpferischen Geistestätigkeit beruht.

4. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 54. Die geistige Tätigkeit, die zur Preisberechnung entwickelt werden muß, ist rein mechanisch und hat auch mit der Herstellung des Schriftwerkes nichts zu tun. Hingegen ist Verlagsfähigkeit keine Voraussetzung des schutzfähigen Schriftwerkes.

5. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 480. Über Fremdenführer, ebd. 481 über Gebrauchsanweisungen als Schriftwerke.

6. a) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 481. Der Begriff des Schriftwerkes verlangt keineswegs die Hervorbringung eines völlig neuen Gedankeninhalts. Die erforderliche schöpferische Tätigkeit kann auch auf dem Gebiete der Sammlung, Auswahl, Anordnung bereits vorhandenen Stoffes entfaltet werden. b) **RG. 81** 123,

JW. **13** 336. Ein Schriftwerk kann nur durch eine individuelle geistige Tätigkeit hergestellt werden, die aber nur einen äußerst geringen Grad zu erreichen braucht und schon in der prüfenden und würdigenden Behandlung und entsprechenden Gestaltung bekannter Stoffe bestehen kann. Daher sind auch einzelne Kochrezepte schutzfähig. **c)** *Cahn, Urheberrechtlicher Schutz der Fabrikkataloge. Der Fabrikkatalog ist als integrierendes Ganzes aufzufassen und, wenn dieses eine Leistung seines Autors bedeutet, ist der Charakter eines schutzverdienenden Werkes gewahrt. Aus geringem Volumen kann eine Schutzlosigkeit sich nicht ableiten lassen. Das Wissenswürdige ist nicht auf Wissenschaft im höheren Sinne zu beschränken. Die dozierende Tätigkeit vermag sich auch in Zeichnungen inferiorer Natur kund zu geben. Der Schutz versagt nicht, weil die bei der Zeichnung verwendete Form Gemeingut wurde, wenn nur die Zeichnung selbst Originalursprunges ist.

7. Zu Nr. 3. **a) RG.** (Straff.). **44** 106. Zu den geschützten Abbildungen technischer Art gehören die im Wege der Photographie hergestellten nicht, weil diese Herstellungsart nicht eine der Person des Herstellers eigentümliche, nach dessen Willen zu gestaltende Formgebung ermöglicht. **b) RG.** (Straff.) MSchutzuWettbew. **11** 54. Die bloße Aufwendung zeichnerischer Fertigkeit ohne individuelle Gestaltung ist einer rein mechanischen Tätigkeit gleichzustellen.

8. Über *Treitel, JW. **12** 569, GewRSchutz **12** 123 und Goldbaum, JW. **12** 668 vgl. zu § 15 a KunstschutzG.

§ 2. *Fränkel 66 f. Der Zeitungsverleger erwirbt an den Erzeugnissen seiner Redakteure kein ursprüngliches Urheberrecht (aM. Kohler 228 f., Dernburg VI 108 f.), wohl aber in der Regel ein abgeleitetes. Denn im Dienstvertrage zwischen Redakteur und Zeitungsverleger liegt sehr häufig schon die Zession der künftig zu erwerbenden Urheberrechte.

§ 4. 1. MSchutzuWettbew. **11** 101. Ebner, Der Schutz von Zeitungstiteln.

2. *Fränkel 68 ff. Eine Zeitung ist ein Sammelwerk im Sinne des Gesetzes. Und zwar steht das Urheberrecht an dem Sammelwerke nicht dem zu, der Herausgeber ist, sondern dem, der als solcher genannt ist. Die Begriffe Redakteur und Herausgeber decken sich. Da nun die Benennung des verantwortlichen Redakteurs durch das Preßgesetz bei Zeitungen geboten ist, kommt die Bestimmung des § 4 Satz 2 LitUrhG. auf diesem Gebiete fast nie zur Anwendung. — Durch den Nachdruck eines einzelnen Beitrags wird das Urheberrecht am Sammelwerke nicht verletzt. So auch **RG.** (Straff.) **38** 241 f.

§ 5. RG. JW. **11** 826. Kommt bei einem Werke der Vokalmusik der Text als Erzeugnis individueller geistiger Tätigkeit in Betracht, so ist im Sinne des § 5 der Text als Schriftwerk, die Musik das Werk der Tonkunst.

§ 9. RG. 79 399. § 9 setzt die ausschließliche Befugnis des Urhebers über den Bestand und die Form des Werkes zu verfügen, als selbstverständlich voraus.

§ 11. 1. Freiesleben, Das Verleihen im liter Urheberrecht. Sächs. RpflA. **13** 137.

2. **RG. 78** 85. Die Einwilligung des Berechtigten zur öffentlichen Aufführung kann stillschweigend erteilt werden. Sie gibt aber nur so lange das Recht zur unentgeltlichen Aufführung, bis der Urheber die fernere Aufführung von einer vorherigen Verständigung abhängig macht.

3. Abs. 1 Satz 2. Hentig, DJZ. **13** 288. Die vorherige öffentliche Mitteilung muß von dem Berechtigten ausgegangen, veranlaßt oder geduldet sein. Die Bestimmung schützt die Persönlichkeit des Urhebers.

4. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 166 vgl. JDR. **11** Ziff. 2 zu § 241 BGB. und die dortigen Verweisungen, insbesondere §§ 12 und 1004 BGB.

§ 12. Bearbeitung **a) RG.** 82 18, JW. **13** 609, DJZ. **13** 809. Eine für alle Fälle passende Begriffsstimmung für eine scharfe Scheidung zwischen der Bearbeitung und der freien Benutzung eines Werkes wird kaum zu finden, vielmehr wird in jedem einzelnen Falle zu erwägen sein, ob der Verfasser des neuen Werkes von der Darstellung und den Gedanken des älteren Urhebers sich soweit losgelöst hat, daß es billig erscheint, seine Tätigkeit als eine selbständige literarische Leistung aufzufassen. **b)** Elster, Freie Benutzung oder Bearbeitung zwischen Schriftwerk und Kinodrama, GewRSchutz **12** 363.

§ 13. *Cantor, Elektro-Technik **11** 197. Der textliche Inhalt wie die Abbildungen von Katalogen, Prospekten, Preisverzeichnissen, Gebrauchsanweisungen können in Beziehung auf die individuelle Auswahl, Anordnung, Verarbeitung, methodische Behandlung des vorhandenen bekannten Stoffes als das Ergebnis einer individuellen Geistestätigkeit anzusprechen sein und genießen insoweit den Gesetzesschutz gegen Nachdruck. Das gilt auch bei Nachdruck von Teilen eines Literaturwerkes. Frei sind nur die Teile, welche der Urheber selbst aus fremden Werken entlehnt oder welche er als Allgemeingut der Branche übernommen hat. Frei ist eine Gruppierung und Anordnung, welche sich aus der Beschreibung der Eigenschaften, Charakteristiken und Vorzüge als rein mechanische Tätigkeit von selbst ergibt. Event. kann auch § 16 UnlWG. herangezogen werden zum Schutze der eigenartigen Ausstattung von Geschäftsbriefen, Zirkularen, Preislisten, Mustersammlungen, Katalogen usw. unter dem Gesichtspunkte des Schutzes individueller Geschäftseinrichtungen und Geschäftsabzeichen.

§ 15. Abs. 2. 1. **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 135. Nach § 15 Abs. 2 erscheint zwar das Abschreiben oder die sonstige Vervielfältigung von Kollegienheften seitens eines einzelnen zum Zwecke seines persönlichen Studiums erlaubt; desgleichen ist, da das Gesetz nicht vom eigenen persönlichen Gebrauche, sondern nur vom persönlichen Gebrauche spricht und die Fassung „zum eigenen persönlichen Gebrauche" in der Reichstagskommission ausdrücklich abgelehnt wurde (KommB. 23, Drucks. des RT. 10 LP. II Sess. 1900/1901 Nr. 214) gestattet, ein Werk für seinen persönlichen Gebrauch durch einen Dritten entgeltlich oder unentgeltlich vervielfältigen zu lassen, ohne daß derjenige, der gegen Entgelt die Vervielfältigung für den lediglich persönlichen Gebrauch seines Auftraggebers vornimmt, sich strafbar macht. Hingegen macht sich strafbar, wer gewerbsmäßig einzelne Kollegienhefte mehrfach vervielfältigen läßt, um sie an jeden beliebigen Dritten zu verkaufen.

2. **RG.** (Strafs.) MSchutzuWettbew. **12** 128. Die Annahme einer Nachbildung darf nicht schon deshalb verneint werden, weil es sich um eigentümliche Schöpfungen handelt. Beides kann gleichzeitig vorliegen.

§§ 16, 17. *Fränkel 25 ff. Die Gründe der Freigabe von amtlichen Schriften und bei öffentlichen Verhandlungen gehaltenen Reden sind publizistischer Natur und folgen nicht aus dem Wesen des Urheberrechts. Auch durch die Zuwiderhandlung gegen allgemeine Strafvorschriften — z. B. § 184 b StGB. — wird der Abdruck nicht zum Nachdruck. — Zu den amtlichen Schriften gehören nicht amtliche Veröffentlichungen wie die von statistischen Ämtern, wie Generalstabswerke, Ranglisten, Museumskataloge, wohl aber Gesetzentwürfe nebst den Begründungen. — Predigten und akademische Vorlesungen fallen nicht unter die freigegebenen Reden, ebenso nicht die Reden von Monarchen und Ministern trotz der bei der Beratung des Gesetzes einstimmig angenommenen gegenteiligen Erklärung der Reichstagskommission. Es ist zulässig, solche Kundgebungen aus andern Preßorganen zu entnehmen. Erst wo es sich um neue selbständige Geistesschöpfungen handelt, findet die Abdrucksfreiheit ihre Grenze.

§ 18. 1. *Fränkel 6 ff. versteht unter Zeitungen einmal Unternehmungen, die periodisch Sammelwerke (Nummern) zum Lesen für das Publikum herausgeben und

infolge einer einheitlichen wirtschaftlichen sowie politischen, wissenschaftlichen oder religiösen Leitung diese einzelnen Nummern als zu einer Einheit gehörig erscheinen lassen, und zum zweiten diese einzelnen Sammelwerke oder Nummern. Von den Zeitschriften unterscheiden sich die Zeitungen durch ihr inneres Wesen. Die Zeitungen schreiben vom Tage am Tage für den Tag, während die Zeitschrift statt Material mehr Untersuchung bringt und die Beziehung zum Tage sich bei ihr bis zum gewissen Grade verliert. Witzblätter und Modezeitungen sind Zeitschriften, Sportzeitungen Zeitungen. Die Korrespondenzen sind, wie im Gegensatze zur Literarischen Sachverständigenkammer (D a u d e, Gutachten 198) ausgeführt wird, weder Zeitungen noch Zeitschriften, sondern stehen unter den allgemeinen Regeln des Urheberrechts. (12 ff.): Zu den vermischten Nachrichten tatsächlichen Inhalts gehören a u ch die in Zeitungen veröffentlichten Schriften, die nicht Schriftwerke sind (aM. zahlreiche Schriftsteller und das RG.), ja, zu dieser Gruppe gehört n u r, was nicht Schriftwerk ist. Unter die vermischten Nachrichten tatsächlichen Inhalts fallen die meisten Anzeigen, Theaterprogramme, der Kurszettel, die Zeitungstelegramme, Wetterberichte, Wettervoraussagen, Tips und auch die frei erfundenen Mitteilungen. Ebenso sind die eigentlichen Reporternotizen (über Unfälle, Feste, Paraden usw.) regelmäßig ungeschützt. Die Tagesneuigkeit ist nur ein Abklatsch der Geschehnisse des Lebens, und nur die Verarbeitung verleiht dem Schöpfer wie das körperliche so auch das geistige Eigentum. Auch die meisten in Zeitungen veröffentlichten Briefe sind daher vom Urheberschutz ausgeschlossen, während unter der Rubrik „Vermischtes" gar manche schutzfähige Beiträge (z. B. Aphorismen, Witze) Unterschlupf finden. (40 ff.): Der unzüchtige Inhalt von Artikeln und Ausarbeitungen nimmt ihnen nicht die Schutzfähigkeit. — Der Begriff der Ausarbeitungen wird erläutert. Die „einzelnen Artikel" werden von den Ausarbeitungen abgegrenzt durch die Untersuchung ihrer literarischen Eigenart und durch die Darstellung der Rechtsentwickelung. Der Verf. kommt auf diese Weise zn dem der herrsch. M. widersprechenden Ergebnisse, daß es keine politischen Ausarbeitungen gibt. — Zur deutlichen Angabe der Quelle, die beim Abdrucke nicht vorbehaltener Artikel erfolgen muß, gehört die Angabe des Verfassernamens, es genügt nicht die Nennung der Zeitung, der der Verf. seinen Beitrag unter Namenszeichnung überlassen hat (aM. **RG.** JW. **06** 614).

2. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 193. Ein Gedicht, in dem ein Tagesereignis in humoristischer Weise behandelt wird, darf nicht nachgedruckt werden.

3. **RG.** (Strafs.) JW. **12** 1070, SächRspflA. **13** 105, DJZ. **13** 101. Bearbeitung einer Gerichtsentscheidung nur dann eine Ausarbeitung wissenschaftlichen Inhalts, wenn die Auswahl der mitzuteilenden Gründe nach rechtlichen Gesichtspunkten getroffen ist. Ebenso **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 349, 355.

4. E b n e r, Schaden bei unerlaubtem Nachdruck, JW. **13** 1140. In der journalistischen Praxis ist das Nachdruckfreie ziemlich einfach von dem Geschützten zu scheiden. Das eigentlich J o u r n a l i s t i s ch e ist nachdruckfrei. Demgegenüber steht die eigentliche s ch r i f t st e l l e r i s ch e Arbeit, die vorzugsweise im Feuilleton steht, aber durchaus nicht auf das Feuilleton beschränkt ist.

5. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 129. Wer einen Aufsatz selbst a n d e r w e i t e n t n o m m e n und ihn ohne Aufwendung eigener geistiger Arbeit in etwas veränderter Form wiedergegeben hat, hat keine geschützten Urheberrechte an diesem Aufsatz; er ist nicht strafantragsberechtigt.

6. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 657. Eine w i s s e n s ch a f t l i ch e A u s a r b e i t u n g liegt dann vor, wenn der Gegenstand sich zur wissenschaftlichen Bearbeitung eignet, und der Verfasser eine solche dadurch unternommen hat, daß er den Stoff in systematischer, nach durchgreifenden Hauptgedanken geordneten Darstellung wesentlich zum Zwecke der Belehrung in eigenartiger und selbständiger Weise behandelt hat, so daß mithin selbst bei ausschließlicher Zugrundelegung und sogar

im einzelnen wörtlicher Wiedergabe schon anderweit vorhandenen Stoffes, die wissenschaftliche Ausarbeitung lediglich in der Art der Darstellung und in der Formgebung, auch wenn sie von einem Nichtfachmanne herrührt, gefunden werden kann (vgl. **RG.** (Straff.) 22 55, 59, 60, **36** 195, 197; GoltdA. **53** 281). Daß die Ausarbeitung eigene Gedanken und Untersuchungen des Verfassers enthält, ist nicht notwendig.

§ 19. 1. *Fränkel 72 ff. Die Zeitungen stehen für die Zitierbefugnis unter dem allgemeinen Rechte, und ihre Aufgabe, Besprechungen im Interesse der Leser zu bringen, macht nicht, was sonst verboten, hier erlaubt. Der Verfasser tritt daher der Entscheidung des **RG.** (Straff.) **37** 294 ff. trotz der vielfachen gegen dieses Urteil gerichteten Angriffe bei. — Zu den Schriften, die in eine selbständige wissenschaftliche Arbeit aufgenommen werden dürfen, gehören auch Ausarbeitungen. Vgl. **RG.** (Straff.) GoltdA. **55** 318 f.

2. Zu Ziff. 4. MschutzuWettbew. **11** 207 (KG.). Aufsätze sind nicht nur Ausarbeitungen bestimmten Inhalts, sondern auch Erzeugnisse der schönen Literatur, insbesondere Novellen. Für die Frage, ob es sich um Aufsätze geringen Umfanges handelt, sind die Lage des einzelnen Falles und die absolute Ausdehnung der Novelle entscheidend, nicht aber lediglich das Verhältnis zu dem aufnehmenden Werke. Die Bestimmung des ganzen Werkes für den Schulgebrauch muß die primäre, hauptsächliche sein. Bestätigt vom **RG.** JW. **12** 1064, **RG. 80** 78, GewRschutz **13** 17.

§ 22. RG. LeipzZ. **12** 76. Phonographen fallen zwar unter die hier zugelassene Ausnahme vom Verbote der Vervielfältigung, vgl. **RG. 71** 130, jedoch bezieht sie sich nicht auf das mit der Komposition verbundene Schriftwerk.

§ 23. *Cahn, Urheberr. Schutz der Fabrikkataloge. Es ist unzulässig, fremde Abbildungen einem Werke einzuverleiben, welches der Hauptsache nach nur aus Illustrationen besteht, während der Text lediglich dazu bestimmt ist, diese zu erläutern. Gerade das Bild der Kataloge animiert den Kauflustigen, es spielt die Hauptrolle. Der Fachmann schlägt den Katalog hauptsächlich der figürlichen Wiedergabe halber auf (vgl. Eingabe der Verlegerkammer an den Bundesrat vom 7. November 1900).

§ 24. RG. 81 121. Bei Aufnahme in eine Sammlung sind solche Änderungen, die die stattgehabte Entlehnung verdecken sollen, unzulässig.

§ 25. RG. 81 125. § 25 ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. und führt deshalb zu einem Schadensersatzanspruche.

§ 28. Hoffmann, Zur Konkurrenz von literarischem und musikalischem Urheberrechte. GewRschutz **11** 274, 275. Soweit die primäre Erscheinungsform des Werkes in Betracht kommt, also bei einer Oper insbesondere die Aufführung, kann auch der literarische Autor nach Verjährung des musikalischen Urheberrechts keine Ansprüche mehr erheben. Der literarische Autor muß sich begnügen, wenn er an der wirtschaftlichen und künstlerischen Verwertung des Ganzen materiell und ideell partizipieren kann; ihm aber nach Untergang des musikalischen Urheberrechts selbständige urheberrechtliche Befugnisse zuzubilligen, ist eine Bevorzugung, die in keinem Verhältnisse zu seinem Anteil an der schöpferischen Tätigkeit am Werke steht. Anders **RG. 67** 847, JDR. **7** 1160.

§§ 36, 37. a) Ebner, Der Schaden bei unerlaubtem Nachdrucke. JW. **13** 528. Die gegenwärtig von der Praxis geübte Schadensberechnung steht in der Rechtswissenschaft einzig da. Von einem entgangenen Gewinne kann man nur sprechen, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß der Verleger den Artikel erworben hätte. Der gegenwärtigen Unsicherheit über die Höhe der Ansprüche wäre am besten durch Einführung fester Sätze abgeholfen. **b)** *Teichmann, JW. **13** 1137 ff. Der im Zivilprozesse schwer nachweisbare Schaden beim unerlaubten Nachdruck ist der Höhe nach dem Honorar gleich zu setzen, das der geschädigte Autor auf Grund eines ordnungsgemäßen Verlagsvertrags erhalten haben würde; er läßt sich

sowohl als entgangener Gewinn des Autors wie als ungerechtfertigte Bereicherung des Nachdruckers konstruieren. Als entgangener Gewinn ist der Schaden aufzufassen, weil ein einmal nachgedrucktes Werk der Literatur vom Autor gar nicht oder nur schwer bei einem Verleger unterzubringen ist. Ungerechtfertigt bereichert ist der Nachdrucker, da er ein urheberrechtlich geschütztes Werk, für das er also hätte Honorar zahlen müssen, kostenlos zum Nachteile des Autors, dem das Honorar zu zahlen gewesen wäre, vervielfältigt hat. **c)** Hiergegen Elster, JW. **13** 1139. Das Wort „Schaden" sei allerdings unglücklich gewählt. Aber die Tatsache, daß der Verleger oder Redakteur den Nachdruck begangen hat, beweist, daß ihm die Arbeit, die er abdruckte, für seine Zwecke wertvoll erschien, deshalb ist der Anspruch auf Nachdruckshonorar gerechtfertigt.

§ 36. *Fränkel 76 ff. Die Rechtswidrigkeit des Abdrucks wird beseitigt, wenn sich bei dem abgedruckten Beitrage der Vermerk „Nachdruck mit Quellenangabe gestattet" findet. Die Quellenangabe bildet hier die Bedingung der Rechtmäßigkeit der Vervielfältigung. Eine Verkehrssitte dagegen, nach der die Übernahme geschützter Zeitungsbeiträge freistünde, vermöchte die Rechtswidrigkeit des Nachdrucks nicht zu beseitigen. — Bei der Bemessung des Schadens sind insbesondere die von dem nachdruckenden Zeitungsverleger sonst gezahlten Honorarsätze, der Umfang des Beitrags, Auflage und Ansehen der nachdruckenden Zeitung zu berücksichtigen.

§ 37. **RG.** 78 86, MSchutzuWettbew. **11** 382, JW. **12** 256. Der Wirt, der in seinem Etablissement zum Zwecke der Förderung des Besuchs, also in gewerblichem Interesse, die öffentliche Aufführung von Musikwerken durch eine Kapelle veranstaltet, ist ebenso wie der Kapellmeister selbst, als aufführender Mittäter hinsichtlich der unbefugten Aufführung im Sinne des § 37 LitUrhG. aufzufassen. . . . . Der Wirt hat Sorge zu tragen und ist verantwortlich dafür, daß durch die in seinem gewerblichen Interesse veranstalteten öffentlichen Aufführungen in seinem Etablissement nicht die Rechte Dritter verletzt werden.

§ 38. 1. Vorsatz. **a)** **RG.** (Strafs.) MSchutzuWettbew. **11** 55. Vorsatz ist in demselben Sinne zu verstehen, wie sonst im Strafrechte. Ein auf falschen tatsächlichen Annahmen beruhender Irrtum, ob ein nachgedruckter Aufsatz eine „Ausarbeitung" darstelle, und ob die Schutzfristen abgelaufen seien, entschuldigt den Angeklagten. **b)** **RG.** (Strafs.) MSchutzuWettbew. **11** 481. Eventualvorsatz genügt. **c)** **RG.** (Strafs.) MSchutzuWettbew. **12** 355. Wer den Inhalt eines Artikels kennt, ihn aber fälschlich nicht für eine wissenschaftliche Ausarbeitung hält, irrt nicht über eine Tatsache, sondern über den Sinn eines Strafgesetzes. **d)** *Fränkel 79 ff. Ein Irrtum über die Klassifikation eines Zeitungsbeitrags und über die Grenzen der Zitierbefugnis beseitigt den Vorsatz und daher die Strafbarkeit. — Als Täter kommen der Leiter der Druckerei, Redakteur, Zeitungsverleger und Einsender in Frage. Handelt in dieser Kette einer mit Vorsatz, so kann das nachstehende Glied unter Umständen wegen Anstiftung belangt werden. Die untergeordneten Bediensteten der Zeitung (wie Setzer) haften nicht als Täter, in aller Regel auch nicht als Gehilfen.

2. **RG.** (Strafs.) MSchutzuWettbew. **11** 543, GewRSchutz **12** 288. In den Fällen des § 38 Abs. 2 wirkt die irrige Annahme des Täters, daß er eine rein tatsächliche Nachricht abdrucke, strafbefreiend. Der Täter irrt nicht über den der Strafvorschrift angehörigen Rechtsbegriff, sondern sein Irrtum, daß geistige Arbeit zur weiteren Ausgestaltung einer Nachricht rein tatsächlichen Inhalts nicht aufgewendet sei, steht auf tatsächlichem Gebiete.

§ 44. *Fränkel 84 ff. Die Unterlassung der Quellenangabe ist nur strafbar, wenn sie vorsätzlich erfolgt. So auch Riezler, Deutsches Urheber- und Erfinderrecht 158, 188 f. gegen die herrsch. M.

§ 47. **RG.** (Strafs.) MSchutzuWettbew. **12** 481. Der allgemeine Strafantrag umfaßt nicht den Antrag auf Vernichtung.

§ 50. RG. (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 383. Im Falle eines Nachdrucks wird durch die Veranstaltung einer neuen Auflage, insbesondere wenn ihre Selbständigkeit gegenüber der ersten Auflage durch einen neuen Verlagsvertrag zutage tritt, der Nachdruck von neuem wiederholt. Es liegt dann eine Wiederholung der strafbaren Handlung vor und eine neue Verjährungsfrist beginnt zu laufen.

§ 61. Diese Vorschrift läßt die Rechte der Urheber musikalisch-dramatischer Werke unberührt. Sie will die bisherigen Rechte der Komponisten keinesfalls schmälern, sondern eher erweitern.

§ 63. RG. 82 356. Derjenige, welchem der Urheber eines zu einer Komposition gehörigen Textes vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 22. Mai 1910 die Befugnis zu seiner mechanischen Wiedergabe erteilt hat, ist zur Erteilung einer Zwangslizenz nicht verpflichtet.

Internationaler Urheberrechtsschutz.

Literatur: Rauter, Empfiehlt es sich, daß Luxemburg der Pariser Übereinkunft beitritt? MschutzuWettbew. **10** 110. — Neuberg, Die neuerliche internationale Vereinbarung, LeipzZ. **13** 731. — Osterrieth, Die Washingtoner Konferenz, GewRschutz **12** 1, schildert Verlauf und Ergebnis der Verhandlungen. — Wertheimer, Eine Lücke in der deutschen Gesetzgebung zum gewerblichen Rechtsschutz. LeipzZ. **12** 436. — Derselbe, Der Entwurf eines Gesetzes zur Ausführung der revidierten Pariser Übereinkunft. LeipzZ. **12** 826.

1. Pariser Übereinkunft.

Art. 4. Specht, Über den Begriff der Vorschriftsmäßigkeit nach Art. 4 des Unionsvertrags. GewRschutz **12** 331.

Art. 8. 1. LeipzZ. **13** 709 (BayObLG.). Der Schutz des Handelsnamens eines Ausländers ist nicht davon abhängig, daß seine Firma in das deutsche Handelsregister eingetragen ist.

Art. 10 b. 1. **RG.** (Straff.) GewRschutz **12** 187. Angehörige der Unionsstaaten können den Ausstattungsschutz, der als Schutz gegen unlauteren Wettbewerb anzusehen ist, beanspruchen, gleichviel, ob sie im Heimatland einen entsprechenden Schutz genießen oder nicht.

2. Fränkel 110 f. legt die Bedeutung dieses Artikels für das Zeitungsgewerbe dar.

2. Berner Übereinkunft, alte Fassung.

Röthlisberger, Zum 25. Geburtstage der Berner Konvention. GewRschutz **11** 297.

Art. 2. 1. **RG.** (Straff.) GewRschutz **12** 138. Der Satz, daß der Schutz, den ein Urheber in einem Verbandslande genießt, niemals weiter reichen könne, als der, welchen sein Werk im Ursprungslande hat, ist mit Art. 2 nicht vereinbar. Eine solche Beschränkung wäre das Gegenteil von der Gleichstellung von Angehörigen der Verbandsstaaten mit Inländern, die doch der Zweck der Übereinkunft ist. Sobald im Ursprungsland überhaupt Schutz besteht, wird im Einfuhrlande der volle Schutz des inländischen Rechtes gewährt.

2. **RG.** JW. **11** 412. Das Recht, welches der Ausländer genießt, bestimmt sich nach dem des Einfuhrlandes (vgl. **RG. 71** 148).

3. Revidierte Berner Übereinkunft vom 13. November 1908.

Artt. 1 ff. *Nitze, Die Parsivalschutzfrage, eine Frage des internationalen Urheberrechts. GruchotsBeitr. **57** 826 f. Der Verfasser behandelt in dem Artikel den Zusatzantrag zu § 29 LitUrhG. der Vereinigten Ausschüsse für den Parsivalschutz zu Berlin, Dresden und Leipzig und zwar vom Standpunkte des internationalen Urheberrechtes aus.

Da in der revidierten Berner Übereinkunft und in den Sonderliteraturverträgen Deutschlands mit Amerika, Österreich-Ungarn und Rußland der Grundgedanke der Unabhängigkeit des Rechtsschutzes vom Rechte des Ursprungslandes gerade hinsichtlich der Dauer des Schutzes verworfen worden ist, so sind die Vertragsstaaten nur in dem Maße verpflichtet, die Vorschriften über die Schutzdauer zur Anwendung zu bringen, wie sich dies mit ihrer inneren Gesetzgebung in Einklang bringen läßt. Demgemäß kann ein Deutscher, da wir die 30 jährige Schutzfrist auch nach der revidierten Berner Übereinkunft beibehalten haben, in allen Vertragsstaaten nur 30 Jahre lang Schutz genießen. Die Petition, die nichts anderes bezweckte, als das Aufführungsrecht als ein ewiges Recht des Berechtigten zu statuieren, konnte demgemäß in der beantragten Form nicht Gesetz werden. Denn die Vertragsstaaten hätten dem deutschen Staatsangehörigen mehr Rechte gewähren müssen, als ihre eigenen einschlägigen Gesetze kennen.

Art. 9. *Fränkel 112—120 behandelt unter Berücksichtigung der früheren Fassungen der Berner Übereinkunft und der Entstehungsgeschichte die Stellung der einzelnen Zeitungsbeiträge, wie sie sich nach diesem Artikel ergibt. Vorbehaltslos geschützt sind insbesondere außer Romanen und Novellen Beiträge von der literarischen Eigenart der Zeitschriftenarbeiten und Aufsatzserien über geschichtliche und sonstige wissenschaftliche Themata.

Art. 19. *Fränkel 122 ff. Der Artikel wird als Argument gegen die vielfach vertretene Auffassung verwendet, die Gleichstellung der verbandangehörigen Ausländer mit den Inländern in jedem Mitgliedsstaat, das sog. Prinzip der formellen Reziprozität, bilde einen Grundpfeiler der Berner Übereinkunft.

4. Verschiedenes.

a) Übereinkunft mit den Vereinigten Staaten von Amerika vom 15. Januar 1892. Hierzu Fränkel 127 f.

b) Übereinkommen mit Österreich-Ungarn vom 30. Dezember 1899. Hierzu Fränkel 128 ff.

c) Übereinkunft mit Frankreich vom 8. April 1907. Hierzu Fränkel 125 ff. Die Meistbegünstigungsklausel dieses Vertrags hat bereits infolge eines zwischen Frankreich und Ecuador in Kraft getretenen Literarabkommens zugunsten der Deutschen in Frankreich Bedeutung gewonnen. Insbesondere sind alle nicht politische Erörterungen enthaltenden Artikel unbedingt geschützt.

d) Übereinkunft mit Belgien vom 16. Oktober 1907. Hierzu Fränkel 125 f.

e) Übereinkunft mit Italien vom 9. November 1907. Hierzu Fränkel 125 f.

f) Wiegand, Deutschland und das Madrider Abkommen, GewRSchutz **11** 46. Mintz, Empfiehlt sich der Anschluß Deutschlands an das Madrider Abkommen? GewRSchutz **11** 41.

Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie.

Vom 9. Januar 1907.

Literatur: Christ, Hans, Das Subjekt des künstlerischen Urheberrechts. München 1911. — Diefenthäler, Der Schutz der Architektentätigkeit in Deutschland, Ztschr. des Verbandes deutscher Diplom-Ingenieure **13** Heft 3. — Dumont, K., Recht am eigenen Bilde. Breslau 1910. — Ebner, Der Schutz von Abbildungen, MSchutzuWettbew. **2** 77. — May, Bruno, Das Recht des Kinematographen. Berlin 1912. — Schlechtriem, Urheberrecht und Eigentum am Bildwerke, GruchotsBeitr. **57** 822—826. — Treitel, Das Urheberrecht der Photographen und das Recht am eigenen Bilde des Künstlers, DJZ. **13** 1360. Klein, Die Beteiligung des Künstlers an der Wertsteigerung seiner Werke, RuW. **2** 308.

§§ 1 ff. *Klein, RuW. **2** 308 macht gegen die Vorschläge Opett's, in HirthsAnn. **46** 368—385 und Riezlers, RuW. **2** 217 ff. geltend, die vorgeschlagenen Bestimmungen betreffend den Wertzuwachsanspruch des bildenden Künstlers würden wenig helfen, weil sie dispositiver Natur sind und folglich außer Kraft gesetzt werden können.

§ 1. 1. **RG. 82** 334, JW. **13** 1045. Ein besonderes Urheberschaftsrecht neben dem im Gesetze geregelten Urheberrecht existiert nicht. Insofern ist der Schutz des Gesetzes ein ausschließlicher. Ein Architekt, der als Gehilfe eines anderen künstlerische Entwürfe zu Bauwerken liefert, die dieser übernommen hat, ist, wenn er sich dabei nach den Weisungen des anderen richten muß und richtet, weder Urheber noch Mitinhaber des fertigen Werkes.

2. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 566, DJZ. **12** 1077. Nachbildungen sind nur dann geschützt, wenn sie das Ergebnis eigener künstlerischer Schöpfung des Nachbildners sind, die sie als neue selbständige Werke der bildenden Kunst erscheinen läßt.

3. **RG.** R. **13** 451. Auch häßliche Karrikaturen genießen Urheberschutz.

§ 2. 1. **RG.** (Straff.) GewRschutz **11** 123. Als Werk der bildenden Künste ist anzusehen jede individuelle geistige Schöpfung, die mit den Darstellungsmitteln der Kunst durch formgebende Tätigkeit hervor gebracht und vorzugsweise für die Anregung des ästhetischen Gefühls durch Anschauen bestimmt ist, ohne Rücksicht auf den höheren oder geringeren künstlerischen Wert und ohne Rücksicht darauf, ob das Werk neben dem ästhetischen Zwecke noch einem praktischen Gebrauchszwecke dient (Entsch. des **RG. 18** 107, **23** 116, **RG.** (Straff.) **6** 343. . . . Entscheidet einerseits und genügt andererseits für den Begriff des Werkes der bildenden Künste das Merkmal der individuellen künstlerischen Schöpfung, so ist im Sinne des Kunstschutzgesetzes jedes Erzeugnis des Kunstgewerbes gleichzeitig ein Werk der bildenden Künste. Ebenso **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 566.

2. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 480 für Spitzenmuster, **RG.** JW. **11** 777, PBl. **11** 321 für Drucktypen. Eine feste, durch begriffliche Merkmale ein für allemal gesicherte Grenze zwischen Kunst und Musterschutz läßt sich nicht ziehen. Der Unterschied ist ein gradueller, es entscheidet der größere oder geringere ästhetische Gehalt. b) MschutzuWettbew. **12** 356 (LG. Aachen). Schutzfähigkeit von Möbeln soweit sie individuelle künstlerische Schöpfungen sind. Vgl. MschutzuWettbew. **12** 529.

3. Gutachten der Kgl. Preuß. Künstlerischen Sachverständigenkommission. GewRschutz **11** 74. Zum „Kunstgewerbe" zählen nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und nach dem Sinne des Gesetzes alle diejenigen gewerblichen Erzeugnisse, die einem Gebrauchszwecke dienen und zugleich durch ihre Form das ästhetische Gefühl zu befriedigen suchen. Darunter fallen die Werke der verschiedensten Zwecke, Stoffe und Techniken, z. B. malerischer und plastischer Bauschmuck, Möbel und Geräte, Gefäße und Schmucksachen, Schriften und Drucksachen, und so gut wie alle diese, auch die vielerlei Erzeugnisse der Textilkunst, verzierte Gewebe und Stickereien, Teppiche, Spitzen u. a., und zwar nicht nur als Einzelstücke, wie sie durch Handarbeit hergestellt werden, sondern genau ebenso als Erzeugnisse, die in größeren Mengen maschinenmäßig erzeugt und als Massenerzeugnisse der Kunstindustrie auf den Markt gebracht werden. Auch ist es gleichgültig, woher die Motive für ihre Verzierung genommen sind, ob sie figürlich sind, ob Ornamente aus der pflanzlichen Natur, ob frei erfunden, etwa geometrische Zierformen.

4. Schanze, Kunstschutz und Musterschutz in Deutschland und in der Schweiz, GewRschutz **11** 11. Ein Werk der bildenden Künste ist nur dasjenige, welches ein Bildwerk ist. Bild ist die Darstellung eines Gegenstandes, der außer uns in der Wirklichkeit oder unserer Vorstellung existiert. Im Gegensatze dazu steht das Ornament. An diesem ist nur ein Geschmacksmuster möglich. Vgl. GoldschmidtsZ. **71** 227.

5. Schanze, Werke der bildenden Künste, Erzeugnisse des Kunstgewerbes, Gegenstände des Geschmacksmusterschutzes, MschutzuWettbew. **10** 230.

6. *Melsbach, GewRschutz **13** 110. Ein Entwurf für Erzeugnisse des Kunstgewerbes liegt nicht vor, wenn der Entwerfende sich bewußt gewesen ist, daß der Gegenstand, für den er den Entwurf geliefert, als kunstgewerbliches Erzeugnis nicht in Frage kommen werde. Gleichgültig ist, ob die Möglichkeit besteht, nach dem Entwurf ein derartiges Erzeugnis herzustellen.

§ 9. RG. 82 336. Die Vermutung des § 9 Abs. 1 ist widerlegbar.

§§ 12 ff. Die Unverletzbarkeit des Kunstwerkes. 1. **RG. 79** 397, GewRschutz **12** 111, MschutzuWettbew. **12** 87, JW. **12** 867, DJZ. **12** 921. Der Eigentümer eines Kunstwerkes hat nicht das Recht ohne Einwilligung des Urhebers Änderungen daran vorzunehmen. . . . Die ausdrücklichen Bestimmungen der §§ 12, 13, 15 ff., 18 Abs. 3, 19 Abs. 2, 21 erschöpfen die urheberrechtlichen Befugnisse nicht. Sie lassen aber erkennen, daß der Künstler, dem modernen Rechtsempfinden entsprechend, ein gesetzlich geschütztes Recht darauf hat, daß das von ihm geschaffene Werk, als ein Ausfluß seiner individuellen künstlerischen Schöpferkraft, der Mit- und Nachwelt nur in seiner unveränderten individuellen Gestaltung zugänglich gemacht bzw. hinterlassen werde. . . . . Auch der Erwerber des Urheberrechts hat nicht das Recht, an dem Kunstwerke selbst, an dessen Bezeichnung oder an der Bezeichnung des Urhebers bei der Ausübung seiner Befugnisse Änderungen vorzunehmen. Zulässig sind nur solche Änderungen, für die der Berechtigte seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen durfte (vgl. auch § 13 VerlagsG.). . . . . Grundsätzlich kann das Eigentumsrecht nur unbeschadet des Urheberrechts ausgeübt werden. . . . Ändert sich der Geschmack des Eigentümers, ist er des Kunstwerkes aus irgend welchen Gründen überdrüssig geworden, so wird er es veräußern, verkaufen, vertauschen, verschenken, oder er wird es seinem und anderer Anblicke durch Beseitigung aus den bewohnten Räumen entziehen. Ja, man wird ihm für den Regelfall auch das Recht nicht versagen können, es völlig zu vernichten. Ändern darf er aber nichts daran. Daß das Bild in dem Treppenhaus des verschlossenen nur noch von einer Mietpartei bewohnten Hauses des Eigentümers angebracht ist, schließt nicht aus, daß sein Anblick einem unkontrollierbaren Personenkreise zugänglich ist. Vgl. das Urteil des KG. GewRschutz **12** 111, MschutzuWettbew. **11** 122. Hierzu Mittelstädt, droit moral im deutschen Urheberrecht, GewRschutz **13** 85. Adler, RuW. **12** 452.

2. Hierzu Altenberg, Zum Kunstschutzrechte des Architekten, JW. **13** 76. Der Bauherr, welcher das Werk des Architekten, soweit dies eine Neuschöpfung darstellt und rein künstlerische Zwecke verfolgt, willkürlich ändert, handelt widerrechtlich im Sinne des § 823 BGB. Er darf aber den Bau niederreißen.

§ 15. 1. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 128, JW. **12** 952. Den Gegenstand des gesetzlichen Schutzes bilden nicht nur die Einzelheiten eines Werkes, sondern auch und zwar in erster Linie das Werk in seiner Gesamterscheinung. Auch wenn die Bilder der einzelnen, als künstlerische Motive verwerteten Gegenstände in den Karten jeweils verschieden sind und danach für sich allein betrachtet, als eigentümliche Schöpfung angesehen werden können, so wird dadurch doch nicht ausgeschlossen, daß die Karten, deren Bestandteil sie bilden, in ihrer Gesamterscheinung als Nachbildungen sich darstellen.

2. Melsbach, GewRschutz **13** 110. Die Herstellung eines Gegenstandes nach einem Entwurf ist eine Nachbildung im Sinne von § 15.

§§ 15, 31. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 166, vgl. JDR. **11** § 241 Ziff. 2 BGB. und die dortigen Verweisungen, insbesondere §§ 12, 1004 BGB.

§ 15 a. *Treitel, JW. **12** 569, GewRschutz **12** 123. Am nicht dramatischen Film besteht nur das photographische Urheberrecht des § 15 KunstschutzG. Am dramatischen Film bestehen mehrere Urheberrechte, und zwar das photographische

und literarische Urheberrecht. Das literarische Urheberrecht besteht an einem Szenarium, nach dem der Film aufgenommen wird. Ist ein Szenarium nicht vorhanden, so besteht das literarische Urheberrecht des Filmfabrikanten darin, daß eine dramatische Handlung in der Reihenfolge der auf dem Filmstreifen angeordneten Bilder einen bestimmten Ausdruck gefunden hat. (§ 1 letzter Abschnitt des literarischen Urheberrechts). Hiergegen Goldbaum, JW. 12 667. Das kinematographische Urheberrecht ist das im § 15 a geprägte Recht an der unmateriellen Kombinationsidee.

§ 17. **RG.** (Strafs.) **44** 181. Der Ausdruck „Verhandlung" weist darauf hin, daß es sich um einen Vortrag handeln muß, der bestimmt ist, Gegenstand einer Förderung zu sein. Hierunter fallen nie Predigten, die bei einer Trauung in der Kirche gehalten sind, auch wenn die Feierlichkeit öffentlich ist.

§ 22. 1. **RG.** (Strafs.) **45** 240. Der Begriff „Vertretung" erfordert ein Überlassen, ein „aus der Hand Geben" des Bildexemplars an andere, eine Übertragung der Verfügungsgewalt. Eine Einreichung des Bildes an die Disziplinarbehörde des Abgebildeten fällt nicht darunter, wenn die Mitteilung auf den Kreis der Behörde beschränkt sein soll. Öffentliche Schaustellung liegt schon vor, wenn ein Bild einer unbegrenzten Personenzahl nacheinander gezeigt wird.

2. May, Der Kinematograph und das Recht am eigenen Bilde, GewRschutz **12** 322.

§§ 22—24. Recht am eigenen Bilde (vgl. JDR. **11** 5). *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 148 ff. Ein subjektives Recht am Eigenbilde besteht nicht. Vgl. § 23 Nr. 1 und 4. Einen Schutz gewähren hingegen das Recht an der Ehre und Geheimhaltung der Persönlichkeit.

§ 23. Abs. 2. **RG. 74** 312, GewRschutz **11** 81, MschutzuWettbew. **10** 126. Ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten wird verletzt, wenn sein Bildnis ohne seine Zustimmung als Zeichen auf die Waren eines beliebigen Händlers gesetzt wird. Mit der Eintragung als Warenzeichen erhält der Zeicheninhaber innerhalb bestimmter Grenzen die Befugnis zum ausschließlichen Gebrauch und dies widerspricht dem Zwecke des § 23 Abs. 1 Ziff. 1. (Graf Zeppelin.)

§ 32. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 189. Wenn der Angeklagte geglaubt hat, der Maler habe durch Gestattung der Nachbildung auf Porzellan dessen Nachbildung an einem Werke der Industrie gestattet und sei daher gemäß § 14 gegen weitere derartige Nachbildungen nicht mehr geschützt, so befand er sich in einem Irrtum über die Bedeutung des § 32, der ihn nicht vor Strafe schützt.

§ 37. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 567. Auf Vernichtung der Nachbildung kann nur erkannt werden, wenn sie noch im Eigentume des Nachbildners ist.

§ 46. **RG.** (Strafs.) **44** 400. Das Gericht darf nicht ein Mitglied der Sachverständigenkammer seinerseits ohne deren Anhörung zur Vertretung des von ihr erstatteten schriftlichen Gutachtens in der Gerichtsverhandlung als Sachverständiger laden, sondern muß die Kammer zunächst bitten, ihrerseits ein Mitglied zu diesem Zwecke zu entsenden.

§ 53. 1. Abs. 1. GewRschutz **12** 312 (Jena). Ältere Werke, die beim Inkrafttreten des Gesetzes nicht geschützt waren, werden auch durch dieses Gesetz nicht geschützt.

2. Abs. 2. **RG.** MschutzuWettbew. **12** 472. Unter den hier formulierten Voraussetzungen hat der Benutzer dem Urheber gegenüber ein Recht zur ferneren gleichen Benutzung.

§ 54. **RG.** (Strafs.) **45** 429. Keine Beschränkung auf Verrichtungen, durch die das Kunstwerk zur Erscheinung gebracht wird.

Gesetz über das Verlagsrecht.

Vom 19. Juni 1901.

Literatur: Beck, Der gemischte Betrieb im Verlagsbuchhandel. Stuttgart 1912. — Elster, Dr. Alexander, Zur Praxis des Verlagsrechts, RuW. 12 März/Mai. — Heinitz und Marwitz, Textausgabe des Gesetzes. — Isenschmidt, Das Verlagsrecht an Werken der bildenden Kunst und der Verlagsvertrag, systematisch dargestellt mit besonderer Berücksichtigung der deutschen und schweizerischen Urheber- und Verlagsgesetzgebung. Bern 1912. — Oppenheimer, Die Pflichten des Verlegers nach dem Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901. München 1912. — Pfeiffer, Das materielle Recht der Pflichtexemplare in Deutschland. München 1913.

§ 1. 1. **RG.** 78 300. Auf einen Aufführungsverlag kommen die Bestimmungen des Gesetzes über das Verlagsrecht, soweit nicht eine zulässigerweise getroffene Parteivereinbarung entgegensteht, analog zur Anwendung. . . . Das unterscheidende Merkmal zwischen dem Verlagsvertrage und dem Kommissionsverlage liegt darin, daß bei jenem die Vervielfältigung, Vertreibung und Verwertung des Werkes für Rechnung des Verlegers erfolgt, beim Kommissionsverlage dagegen für Rechnung des Autors. . . . Für diesen Kommissionsverlag sind die Vorschriften des HGB. und subsidär die des BGB. maßgebend. . . . Werden solche Verträge, die einerseits nur auf der Grundlage eines gewissen persönlichen Vertrauens gedeihen können, bei denen andrerseits eine Beteiligung beider Vertragsteile an dem beiderseits erstrebten materiellen Erfolge vorgesehen ist, auf längere Dauer geschlossen, so widerstreitet es dem Wesen und Zwecke der Verträge, daß von vornherein gegenüber jeder Vertragsverletzung die Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen und der vertragstreue Teil in allen Fällen nur auf eine im voraus bestimmte geringe Entschädigung (von 1000 M., bis zu 1000 M.) angewiesen wird. . . . Eine solche Vertragsbestimmung verstößt gegen die guten Sitten.

2. **RG.** **81** 233, JW. **13** 445. Ein Vertrag, bei dem das Honorar des Verfassers durch Beteiligung am Reingewinne des Verlegers bestimmt wird, hat einen gesellschaftsähnlichen Charakter. Es setzt in erhöhtem Maße persönliches Vertrauen und die Betätigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) voraus. Diesem Verhältnis entsprechend ist bei der Feststellung des Honorars diejenige Berechnung zugrunde zu legen, welche nach den Büchern des Verlegers für diesen selbst bei Ermittelung des Reingewinns maßgebend ist; denn an diesem Reingewinne hat er den Verfasser beteiligt, nicht an einem nachträglich willkürlich konstruierten Gewinne.

3. **RG.** GewRschutz **12** 316. Es kann nichts Unsittliches darin gefunden werden, wenn ein Komponist, der sein Werk einem Verleger in Verlag gibt, dabei die Verpflichtung übernimmt, seine etwaigen künftigen Kompositionen diesem zuerst anzubieten, vorausgesetzt, daß dadurch weder seine Schaffenskraft beeinträchtigt, noch die Konkurrenz anderer Bewerber ausgeschlossen wird.

4. **RG.** LeipzZ. **11** 148. Auf den Verlagsvertrag ist die Bestimmung des § 638 BGB. über die kurzen Verjährungsfristen beim Werkvertrage nicht anwendbar.

§ 3. Neukamp, Die Rechtsstellung der Verfasser von Beiträgen zu Sammelwerken. (Leipzig 1912).

§ 4. Mothes, Die Gesamtausgabe, GewRschutz. **12** 275. Während das Sammelwerk getrennte Beiträge mehrerer Verfasser zu einem Bande vereinigt, enthält die Gesamtausgabe mehrere Werke desselben Verfassers. Auch die ausgewählten Werke gehören dazu. Erscheint sie in mehreren Serien, so ist jede Serie als Gesamtausgabe für sich zu betrachten. Der Verleger der Einzelausgabe

müßte es sich gefallen lassen, daß sie getrennt bei verschiedenen Verlegern erscheinen.

§§ 8, 14. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 147/8, 166. § 14 gewährt gemäß der Lehre zu § 241 BGB. (vgl. JDR. **11** Ziff. 2 zu § 241) keine Unterlassungsklage, im übrigen gilt das für alle absoluten Rechte Dargelegte.

§ 14. MSchutzuWettbew. **13** 38 (KG.). Der Verleger eines ernsten wissenschaftlichen Werkes darf sich seiner Verbreitung nicht mit dem Einwand entziehen, es enthalte Behauptungen, die zu Schadensersatzansprüchen des betroffenen Fabrikanten führen könnten. Das Wettbewerbsgesetz ist auf solche Werke nicht anwendbar. Verfasser und Verleger stehen § 824 Abs. 2 BGB. und § 193 StGB. zur Seite.

§ 18. Pinzger, Auflösung des patentrechtlichen Verlagsvertrags wegen Unwirtschaftlichkeit, MSchutzuWettbew. **10** 239, will § 18 VG. auf den patentrechtlichen Verlagsvertrag anwenden.

§ 21. LeipzZ. **12** 714 (KG.). Der Verleger darf ohne Einwilligung des Autors ein Werk nicht „verramschen", falls dieser lediglich durch seine Gewinnbeteiligung entschädigt wird.

§§ 30, 31. **RG.** R. **13** 1532. Ungünstige Urteile über frühere Werke des Autors oder seine literarische Tätigkeit geben dem Verleger kein Recht vom Verlagsvertrage zurückzutreten.

§ 47. **a)** Elster, Der Bestellungsvertrag im Verlagsrecht, GewRSchutz **11** 129, schließt sich der Ansicht von Streißler an (vgl. JDR. **9** 1089), wonach der Mitarbeiter einer Enzyklopädie nur dann kein Recht auf Vervielfältigung hat, wenn der Verleger den Inhalt des Werkes, sowie die Art und Weise der Behandlung vorschreibt. Nur in diesem Falle ist der Verfasser auf eine Hilfsarbeit niederen Ranges beschränkt. Eine Ausdehnung der Vorschrift auf alle Fälle der Mitarbeit an Enzyklopädien wird weder durch den Wortlaut des Gesetzes, noch durch die Verkehrssitte oder die wirtschaftlichen Grundsätze des Verlagsrechts begründet. Hierzu Hillig, GewRSchutz **12** 129, Elster, **13** 33, Ebner im Börsenbl. f. d. deutsche Bchdl. **12** Mai. **b)** **RG.** LeipzZ. **11** 550. Ist in einem Vertrag ausdrücklich auf § 47 Bezug genommen, so ist der Verleger zur Vervielfältigung und Verbreitung nicht verpflichtet und es liegt kein Verlagsvertrag vor. **c)** Elster, Das Urheberrecht des mittätigen Anregers, insbesondere des Verlegers, GewRSchutz **12** 99.

Scheckgesetz.

Literatur: Obst, Wechsel- und Scheckkunde. 4. Aufl. Leipzig 1911. — F. Meyer, I. Die geltenden Scheckrechte in vergleichender Darstellung; II. Entwurf eines einheitlichen Scheckgesetzes nebst Begründung. Berlin 1913.

A. Allgemeines.

I. Literatur. 1. Herbatschek, Eine Reform des Scheckwesens, JBl. **12** 280 f. Der Verf. regt Vereinfachungen im österr. Scheck- und Clearingverkehr an, um es zu verhüten, daß pünktlich durch Postschecks erfolgte Zahlungen durch den über das Postsparkassenamt in Wien zu machenden Umweg verspätet in den Besitz des Empfängers kommen.

2. Sommer, Die Annahmeverweigerung einer Zahlung im Postscheckverkehr, DJZ. **12** 339 f. Der Verf. wendet sich gegen die in einem Bescheide der Oberpostdirektion Cöln unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Reichspostamts ausgesprochene Auffassung, daß der Inhaber eines Postscheckkontos einen ihm auf Zahlkarte oder Überweisung gutgeschriebenen Betrag nachträglich nicht zurückweisen könne, so daß diesem die Annahmeverweigerung

nicht möglich sei, und verlangt eine das für zulässig erklärende ausdrückliche Bestimmung in dem künftigen Postscheckgesetz.

3. Burmeister, Erfüllung mittels Einzahlung oder Überweisung auf Postscheckkonto, HoldheimsMSchr. 12 11—14. Die Einzahlung oder Überweisung auf Postscheckkonto stellt nicht bloß dann eine vertragsmäßige Erfüllung dar, wenn eine diesbezügliche Vermittlung getroffen worden ist, sondern auch dann, wenn der Gläubiger durch Aufdruck auf Briefbogen, Zeitungsinseraten usw. auf sein Postscheckkonto hinweist, — ja sogar auch dann, wenn der Gläubiger überhaupt nur ein Postscheckkonto hat.

4. Vogt, Einlösung eines Schecks bei fehlendem Guthaben, LeipzZ. 12 449—451. Der Verf. wendet sich gegen die Auffassung Strucksbergs (LeipzZ. 11 441—443, JDR. 10 1135 IV), daß der Zahlungsempfänger den erhobenen Betrag an die Bank, die einen Scheck in der irrtümlichen Meinung eingelöst hat, der Aussteller habe bei ihr ein Guthaben, wieder zurückzahlen müsse, — indem er die von jenem als vorliegend erachteten Voraussetzungen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung verneint.

5. *Reichel, LeipzZ. 13 97 ff., DJZ. 13 578. Der Scheckbezogene ist nicht Schuldner, auch nicht haftungslos Schuldender (gegen Schreiber, DJZ. 13 339), daher keine Aufrechnungsbefugnis des Bezogenen gegen den Präsentanten oder umgekehrt.

6. *Langen, Zum Scheckrecht. Erörterungen über die Rechtslage des Schecks außerhalb des Scheckgesetzes. Berlin 1910. Schecks sind solche Anweisungen, welche Barzahlungen ersetzen sollen, d. h. also Anweisungen über einmalige festbestimmte Zahlungen mit kurzer Verfallzeit auf angeblich parate Gelder. Irrig ist es dagegen, den Unterschied zwischen Scheck und Anweisung zu finden in der vertragsmäßigen Ermächtigung des Ausstellers seitens des Bezogenen zur Ausstellung des Schecks (Cohn), oder in den Wirkungen der Hingabe, welche bei der Anweisung zahlungshalber, bei dem Scheck an Zahlungsstatt geschehe (Canstein, Mollmann). Diejenigen dieser Schecks im wahren Sinne, welche, im Inlande ausgestellt, die Anforderungen der §§ 1 und 7 Ges. formell erfüllen, oder, im Auslande ausgestellt, den Formerfordernissen der Ausstellungsorte entsprechen (§ 26 Ges.), sind echte Schecks im Sinne des Gesetzes; ihnen stehen die übrigen Schecks als unechte gegenüber (13 ff.). Auch Quittungsschecks stellen sich bei zutreffender Auslegung sachlich als Anweisungen dar. Außerdem enthalten sie zugleich Quittungen des Ausstellers (nicht des aus der Anweisung Berechtigten als solchen) über den Empfang der Leistung. Hieraus ergeben sich ihre besonderen Rechtswirkungen (20 ff.). Die Postscheckordnung hat Gesetzeskraft und kann daher, entgegen Lessings Annahme (ScheckG. 240), auch Dritte bindende Bestimmungen treffen; im Zweifel werden allerdings ihre Vorschriften sich lediglich auf das Verhältnis zwischen Post und Kontoinhaber erstrecken (7 ff.). Die Entstehung der Verbindlichkeiten aus echten Schecks beruht auf einseitiger, nicht empfangsbedürftiger Willenserklärung. Abweichend von Art. 1 und 95 WO., die vom Standpunkte der Kreationstheorie, welche auch beim Wechsel gilt, eine singuläre Bestimmung enthalten, entscheiden daher über aktive Scheckfähigkeit die Fähigkeit zur Vornahme einseitiger Rechtsakte (§ 111 BGB.), über die Folgen einer Vertretung ohne Vertretungsmacht § 180 Satz 1 BGB. (66 ff., 134 ff.).

7. Breit, Zum Scheckrecht, Erörterungen über die Rechtslage des Schecks außerhalb des Scheckgesetzes, LeipzZ. 12 371—373. Der Verf. billigt die Ausführungen Langens und tritt ihnen nur in zwei Punkten entgegen, 1. insoweit dieser der Kreationstheorie besondere Bedeutung für die Behandlung praktischer Einzelfragen zuweist, 2. insoweit dieser behauptet, der sogenannte Quittungsscheck könne, sofern er nur im übrigen die Erfordernisse des § 1 ScheckG. erfülle, ein echter, d. h. ein regreßauslösender Scheck sein.

8. Breit, Anweisung, Wechsel und Scheck, SeuffBl. **12** 379 ff.

II. Rechtsprechung. 1. OLG. **24** 215—217 (Hamburg). Über die Provision des Bankiers für die Übermittlung des Betrags eines auf ihn gezogenen Schecks (schon zit. JDR. **10** 1136 §§ 10, 11).

2. **RG.** **78** 137—143, insbes. 142, 143, Koresp. d. Ält. **12** 235, BankA. **11** 277. Hat der Gläubiger den ihm zahlungshalber gegebenen Scheck angenommen, so gilt — den Grundsätzen des § 242 BGB. entsprechend — die Schecksendung als rechtzeitige Erfüllungsleistung, wenn er mittels des Schecks die Zahlung im wesentlichen so zeitig erhalten, daß er die Sendung des Geldes, wenn sie unmittelbar erfolgt wäre, als rechtzeitig gelten lassen müßte.

3. RheinARB. **30** 29—32 (LG. Cöln). Für Verzögerungen, die dadurch entstehen, daß die mittels Postanweisung übermittelten Geldsendungen dem Postscheckkonto des Empfängers überwiesen werden, haftet der Absender nicht.

4. Ebenso NaumburgAK. **12** 64 (LG. Mannheim).

5. HessRspr. **13** 292 (LG. Gießen). Durch die Beifügung des Vermerkes „Postscheckkonto X. Nr. . . . ." auf geschäftlichen Mitteilungen bringt der Absender zum Ausdruck, daß Zahlungen nicht nur an ihn selbst, sondern auch an sein angegebenes Postscheckkonto geleistet werden dürfen, daß die Post somit vertragsmäßig zulässige Zahlungsstelle für ihn sei. Infolgedessen wird der Schuldner durch die Zahlung an die Post befreit, und es ist hierzu nicht nötig, daß diese erst den Gläubiger von der Einzahlung benachrichtigt.

6. **RG.** **81** 254—256, BankA. **12** 323 über die mißbräuchliche Benutzung von Scheckformularen. Welche Sorgfalt haben die Beteiligten bei Aufbewahrung von Scheckformularen und bei Auszahlung von Scheckguthaben zu beobachten?

B. Die einzelnen Bestimmungen.

§ 1. 1. Breit, Anweisung, Wechsel und Scheck, SeuffBl. **12** 379 ff. (391) — gegen die übereinstimmende Meinung der Kommentatoren. — Der sogenannte trassiert — eigene Scheck — d. h. der Scheck, in dem der Aussteller ausdrücklich „an mich selbst" trassiert hat, — ist gültig, weil im Scheckgesetz eine dem Art. 6 WO. entsprechende Bestimmung fehlt.

2. *Kemritz, LeipzZ. **12** 451. Vordatierte Schecks sind ungültig. Sie verstoßen gegen § 1 Ziff. 4 ScheckG., der „die Angabe des Tages der Ausstellung" — also des wirklichen Ausstellungstages — vorschreibt, ferner gegen die §§ 7 und 10 Ges., die den Scheck zu einem Sichtpapier machen und eine zehntägige Vorlegungsfrist anordnen. Durch die Vordatierung aber wird der Scheck unter Umgehung des Gesetzes ein befristeter, und zugleich wird die Vorlegungsfrist entgegen der Tendenz des Gesetzes verlängert (aM. Mittelstein, DJZ. **12** 89).

3. *Langen, Zum Scheckgesetz (73 ff.). Aus dem Worte „muß" im § 1 Ges. ergibt sich für Schecks bei Formverstößen der gleiche Rechtssatz, wie ihn Art. 7 Satz 1 und 2 WO. enthält. Ob ein formell ungültiger Scheck überhaupt Rechtswirkungen erzeugt, ist nach § 140 BGB. zu beurteilen. Das Zinsversprechen macht den Scheck als solchen nichtig, da Art. 7 Satz 3 WO. nicht entsprechend angewandt werden darf, und § 1 Nr. 2 Ges. die Angabe einer „bestimmten", d. h. sich gleichbleibenden und aus dem Scheck unmittelbar ersichtlichen Geldsumme verlangt.

§ 2. 1. Breit, Anweisung, Wechsel und Scheck, SeuffBl. **12** 379 ff. (523). § 2 ScheckG. ist eine rein stempelrechtliche Norm. Er ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. (gegen Otto Bernstein mit der herrschenden Meinung).

2. *Langen, Zum Scheckrecht (3). § 2 ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB., wie Bernstein, BankA. **7** 197 und 217, annimmt.

§ 3. I. Literatur. *Langen, Zum Scheckrecht (15 ff., 24 ff.). Es genügt, wenn der Scheck formell das Vorhandensein eines Guthabens durch die Aufnahme der Guthabenklausel behauptet. Daß der Scheck tatsächlich durch ein Guthaben gedeckt wird, ist weder Voraussetzung seiner Gültigkeit als echter Scheck noch seiner Wechselstempelfreiheit.

II. Rechtsprechung. **RG.** SchlHolstAnz. **13** 205—207. Zur rechtlichen Wirksamkeit eines Schecks ist der Bestand eines Guthabens im Sinne des § 3 ScheckG. nicht erforderlich. Es genügt die an den Bezogenen gerichtete formale Anweisung des Scheckausstellers, aus seinem Guthaben eine bestimmte Geldsumme zu zahlen.

§ 4. *Langen, Zum Scheckrecht (78 ff.). Eine Identität zwischen Aussteller und Bezogenem ist beim Scheck, abweichend von Art. 6 Abs. 2 WO., ausgeschlossen. Dabei kommt aber nur eine solche Identität in Betracht, welche aus dem Scheck selbst von jedermann ohne weiteres und unzweifelhaft entnommen werden kann.

§ 5. *Langen, Zum Scheckrecht (106, 110). Die Benennung von Zahlstellen gilt nicht als Angabe eines „Zahlungsorts" und verstößt daher nicht gegen Satz 2. Ebenso kann der Aussteller, falls der Bezogene am Zahlungsorte mehrere Geschäftsstellen hat, eine derselben als diejenige bezeichnen, wo das Papier zwecks Einlösung vorzulegen ist.

§ 8. I. Literatur. *Langen, Zum Scheckrecht (83, 84 ff.). Die Klausel „nicht an Order" hindert nur die Indossierung des Schecks, nicht aber auch im Zweifel die Übertragung der in ihm liegenden Berechtigungen und Ermächtigungen (§§ 792 Abs. 2, 399 BGB.) überhaupt. Anwendbarkeit nicht im § 8 Ges. zitierter indossamentrechtlicher Vorschriften der WO. a) Art. 10 WO. greift beim Scheck entsprechend Platz mit einer Ausnahme: das Indossament des Bezogenen ist unwirksam, das Indossament an den Bezogenen gilt als Quittung. b) Ebenso finden Art. 15 und 17 WO. Anwendung, abgesehen von Art. 17 Satz 2; die hier dem Prokuraindossatar verliehene Berechtigung kann ihm beim Scheck nicht schlechthin zugestanden werden. c) Art. 16. Über die Wirkungen des Nachindossaments beim Scheck herrscht großer Streit. Es ergeben sich folgende Leitsätze: 1. Das Nachindossament des rechtzeitig protestierten Schecks überträgt stets nur die dem ersten Protestanten erwachsenen Rechte gegen die bis dahin Regreßpflichtigen, so wie sie in seiner Person entstanden sind. Der Nachindossant selbst und dessen Nachmänner haften aus dem Indossament scheckrechtlich nicht. Art. 16 Abs. 2 ist mithin entsprechend anwendbar. 2. Diese Wirkungen des Nachindossaments muß auch derjenige, welcher den Scheck innerhalb der Vorlegungsfrist gutgläubig als nicht protestiert erworben hat, gegen sich gelten lassen. 3. Wird der Scheck nach Ablauf der Vorlegungsfrist indossiert, ohne rechtzeitig zwecks Zahlung vorgelegt zu sein, so erlangt der Erwerber keinerlei Rechte aus ihm, die Regreßpflichtigen sind frei geworden; Ansprüche aus dem Scheck ohne Protest — wie beim Wechsel aus dem Akzept — fehlen; eine Garantiefunktion des Nachindossaments ist nicht vorgesehen. Art. 16 Abs. 1 WO. findet also keine entsprechende Anwendung. 4. Da jedenfalls für die Beschaffung der privaten Bescheinigung über die vergebliche Scheckpräsentation eine Frist richtiger Ansicht nach nicht besteht, so bedürfen die Fälle besonderer Betrachtung, wo ein Scheck indossiert wird, der zwar rechtzeitig vorgelegt, dessen verweigerte Zahlung aber nicht urkundlich festgestellt war, wenn jetzt nach der Indossierung jene Feststellung erfolgt. Kann diese Tatsache demjenigen, welcher innerhalb der Präsentationsfrist einen nicht protestierten Scheck erworben, seine originären Rechte nachträglich nehmen, ihn so stellen, als hätte er einen protestierten Scheck erworben? Oder umgekehrt denjenigen, welcher einen nicht protestierten Scheck nach Ablauf der Vorlegungsfrist indossiert erhielt, nachträglich in seiner Rechtsstellung verbessern, indem die jetzt erfolgte urkundliche Feststellung ihm wenigstens derivative Rechte aus dem Scheck verschafft? Erstere Frage ist zu verneinen, letztere zu bejahen.

II. Rechtsprechung. LeipzZ. 12 413 (RG.). Beweislast im Scheckprozesse. Die Klägerin ist als Eigentümerin legitimiert, da sie im Besitze des Schecks ist und die äußerlich ordnungsmäßigen Indossamente bis auf sie heruntergehen. Dem Beklagten liegt der Nachweis dafür ob, daß sie materiell nicht legitimiert sei. Dazu gehört auch der Nachweis, daß ihr Vormann nicht die Befugnis gehabt habe, den Scheck, den er in eigenem Namen auf die Klägerin übertrug, gleichzeitg in deren Namen anzunehmen.

§ 9. *Langen, Zum Scheckrecht (115 ff.). 1. Kopien sind scheckrechtlich ohne jede Bedeutung. 2. Dagegen lassen sich die wichtigsten Wirkungen der Duplikate wenigstens insoweit, daß mehrere Exemplare desselben Schecks ausgestellt werden können, von denen jedes einzelne zur Geltendmachung der Rechte genügt und mit der Einlösung eines die übrigen erledigt werden, durch Aufnahme der kassatorischen Klausel in die einzelnen Ausfertigungen auch bei Inhaber- und im Inlande zahlbaren Orderschecks erreichen. 3. Eine Verpflichtung zur Ausstellung von Duplikaten bei im Auslande zahlbaren Namenschecks besteht, abweichend von Art. 66 WO., nicht.

§ 10. *Langen, Zum Scheckrecht. Ausgeschlossen ist beim Scheck Ehrenakzept und Ehrenzahlung, damit notwendig auch das Mittel zur Herbeiführung beider, die Notadresse. Wohl aber darf der Aussteller in dem Scheck eine zweite Person benennen, welcher der Scheck, falls der Erstbezogene nicht zahlt, zur Einlösung vorzulegen ist. Ein solcher Zusatz stellt sich nämlich einfach als weitere Bedingung des Regresses dar, indem dieser nach dem Inhalte des Schecks davon abhängig gemacht wird, daß auch der in zweiter Linie Benannte den Scheck nicht einlöst. Eine Notadresse im technischen Sinne liegt darin nicht (111 ff.). Ebensowenig ist dem Scheckrecht ein Aval im technischen Sinne bekannt. Die Unterzeichnung fremder Scheckerklärungen als Bürge oder ähnlich hat vielmehr nur die Bedeutung einer gewöhnlichen Bürgschaft. Erfolgt die Unterzeichnung fremder Scheckerklärungen ohne weiteren Zusatz, so kann entweder kumulative Schuldübernahme oder die Begründung einer ganz selbständig neben der anderen stehenden, ihr gleichartigen Scheckverbindlichkeit vorliegen (123 ff.).

§ 13. I. Literatur. *Langen, Zum Scheckrecht. Für den vorzeitigen Widerruf des Schecks gelten folgende Grundsätze: a) Die Bestimmung des § 13 Abs. 3 ist zwingenden Rechtes, kann daher durch Privatvereinbarung nicht außer Kraft gesetzt werden. b) Die Beachtung eines vorzeitigen Widerrufs als solche macht jedoch weder den Bezogenen noch, wie vielfach angenommen wird, den Aussteller ersatzpflichtig. Ersteres nicht, weil der Bezogene die Einlösung des Schecks ohne weiteres verweigern darf, und es daher — abgesehen von § 826 BGB. — auf die Gründe seines Verhaltens nicht ankommt; letzteres nicht, weil § 13 Abs. 3 kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. ist. Wohl kann sich für den Widerrufenden, wie gleich unten darzulegen, eine Schadensersatzpflicht aus anderen Gesichtspunkten als der bloßen Tatsache des Widerrufs ergeben (53 f.). Einzelfragen der Einlösung: a) Teilzahlungen braucht der Scheckinhaber nicht anzunehmen. b) Übersteigen gleichzeitig vorgelegte Schecks des Ausstellers Guthaben, so hat der Bezogene die freie Wahl, ob und in welcher Höhe er alle oder einzelne der Schecks bis zum Betrage des Guthabens einlösen, oder ob er die Einlösung sämtlicher Schecks gänzlich verweigern will. Auch letzterenfalls ist er nicht etwa genötigt, den Betrag des Guthabens zu hinterlegen. c) Die Befugnis des Bezogenen zur Aufrechnung und sein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Aussteller wird durch den Scheckvertrag prinzipiell nicht geschmälert. d) Art. 40 WO. findet auf den Scheckbezogenen keine Anwendung (108 f.). Schadensersatzansprüche des Inhabers gegen den Aussteller bei Nichteinlösung des Schecks: a) Bei Nichteinlösung wegen mangelnden Guthabens — kann sich eine vertragliche Schadensersatzpflicht gegenüber dem Nehmer des Schecks (nicht auch Dritten) aus der Begebungs-causa nach § 276 BGB. ergeben, eine außerkon-

traktliche gegenüber jedem Inhaber nach § 826 BGB. b) Dem unmittelbaren Nehmer und Gläubiger wird der Aussteller ersatzpflichtig, wenn der Bezogene trotz genügenden Guthabens die Einlösung des Schecks schuldhaft unterläßt, da der Bezogene im Sinne des § 278 BGB. Erfüllungsgehilfe des Ausstellers ist, und letzterer mithin sein Verschulden bei Erfüllung der Zahlungsverbindlichkeit zu vertreten hat. c) Bei Nichteinlösung wegen ungerechtfertigten Widerrufs durch den Aussteller haftet dieser, falls § 826 BGB. zutrifft; im Verhältnisse zum unmittelbaren Nehmer auch nach Maßgabe der Begebungs-causa (51 ff.).

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** BankA. **12** 114, DJZ. **12** 754 f. Die Anweisung des Scheckbezogenen an eine andere Bank, die Valuta dem Inhaber zur Verfügung zu stellen, ist keine Einlösung des Schecks und kann vom Bezogenen auch nach Aushändigung an den Inhaber widerrufen werden.

2. OLG. **24** 214 f., BankA. **11** 361 (Hamburg). Der Widerruf eines undatierten Schecks ist nicht allein innerhalb der zehntägigen Frist nach der Ausstellung, sondern auch innerhalb der Zeit von der wirklichen Ausstellung bis zum nominellen Ausstellungstage unwirksam.

§ 14. I. Literatur. 1. Friedrich, Über den Verrechnungsscheck, BankA. **11** 125 f. Der Verf. erachtet den von Richter (JDR. **10** 1134 f. II 3, 4) vorgeschlagenen Weg, daß der Bezogene eines Verrechnungsschecks den Betrag dem Präsentanten gutschreibe und alsdann das so entstandene Guthaben auszahle, als eine Umgehung der Gesetzesbestimmung für ungangbar. Gutschrift ist nicht Verrechnung. Die Präsentation darf, um das Regreßrecht zu wahren, nur die Aufforderung enthalten, den Scheck durch Verrechnung einzulösen. Art. 89 a WO. gilt auch für den Verrechnungsscheck. Der Protestbeamte hat im Protest anzugeben, welche Art der Verrechnung der Bezogene anbot und welche der Präsentant verlangte. Auch für den Verrechnungsscheck bedarf es einer materiellen Prüfung der Rechte des Präsentanten nicht, es genügt die rein formelle Ordnungsmäßigkeit nach §§ 4, 8 ScheckG., Art. 36 WO.

2. Iwand, DJZ. **13** 349, wendet sich gegen die Auffassung der von ihm zit. Entscheidung des KG. vom 20. Januar 1910, das den außerhalb des Textes befindlichen Vermerk „Zur Verrechnung" für unbeachtlich erklärte. Er gibt zwar zu, daß der Vermerk die drei Worte „Nur zur Verrechnung" enthalten müsse, daß es aber genüge, wenn sie außerhalb des Textes an beliebiger Stelle der Vorderseite senkrecht oder schräg geschrieben oder mittels Stempeldrucks angebracht seien; die Vorschriften des BGB. über den Auftrag seien insoweit anzuwenden, als sie mit dem Wesen des Giroverkehrs vereinbar seien; die Bank hafte für ihre Angestellten aus § 278 BGB.

3. Cohn, Die französische Scheckgesetznovelle vom 30. Dezember 1911 (über den chèque barré), BankA. **11** 268—272. Der Verf. erörtert die Bestimmungen der Novelle, durch welche die Gültigkeit des gequerten (oder gekreuzten) Schecks anerkannt und seine formellen und materiellen Verhältnisse und Wirkungen näher festgestellt werden.

II. Rechtsprechung. OLG. **24** 214, BankA. **11** 361 (Hamburg). Nimmt der Inhaber eines Verrechnungsschecks gegen den Aussteller Rückgriff, so kann er Barzahlung verlangen.

§ 15 s. §§ 13, 14.

§ 17. *Langen, Zum Scheckrecht (110 f.). Nicht zulässig ist Regreßnahme durch Rückwechsel oder Rückscheck, wiewohl der Berechtigte seinen Regreßanspruch nach Wechsel (nicht Scheck-)kurs berechnen darf.

§ 21. *Langen, Zum Scheckrecht. Der Bereicherungsanspruch mußte dem Scheckinhaber besonders verliehen werden, weil die durch Verjährung oder Präjudizierung herbeigeführte Bereicherung des Ausstellers eine direkte Folge des Gesetzes, von diesem also gewollt ist, und deshalb nicht ohne rechtlichen Grund eintritt. Ferner

fehlt vielfach zwischen der Bereicherung des Ausstellers und der Schädigung des Inhabers ein direkter Zusammenhang. Auf der anderen Seite ist der Bereicherungsanspruch aus § 21, abweichend von dem gewöhnlichen, streng subsidiär. Gegen Indossanten läßt sich ein Bereicherungsanspruch nicht rechtfertigen (36 ff.). Wird der Scheck auf eine Schuld, wie regelmäßig, zahlungshalber gegeben, so gelten folgende Grundsätze: a) Der Gläubiger kann auf die Zivilforderung erst dann zurückgreifen, wenn er aus dem Scheck vergeblich Befriedigung gesucht hat, es wäre dann dieser Versuch als völlig zweck- und aussichtslos für den Schuldner ohne jedes Interesse. b) Aber auch, nachdem der Versuch scheckmäßiger Befriedigung erfolglos geblieben, steht dem Gläubiger der Rückgriff auf die Zivilforderung nur dann ungeschmälert zu, wenn er sich bei der Einziehung des Schecks ordnungsmäßig verhalten hat, d. h. hierbei die von ihm nach Treu und Glauben billigerweise zu berücksichtigenden Interesse seines Schuldners wahrte. Was dazu gehört, ist namentlich verschieden, je nachdem der hingegebene Scheck regreßpflichtige Vormänner des Schuldners aufweist oder nicht. c) Letzterenfalls gefährdet der Gläubiger seinen Zivilanspruch durch Protestunterlassung nie, durch verschuldete Verspätung der Vorlage lediglich dann, wenn sie zum Nachteile des Schuldners seine Nichtbefriedigung aus dem Scheck verursachte. Im weiteren Falle schließt schuldhaftes Präjudizierenlassen des Schecks durch den Gläubiger prinzipiell seinen Rückgriff auf die Zivilforderung gänzlich aus; nicht etwa entsteht dann nur, wie die herrschende Lehre annimmt, für den Schuldner ein auf die Zivilforderung anrechenbarer Ersatzanspruch in Höhe des durch die verspätete oder unterlassene Präsentation herbeigeführten Geldverlustes. Diese Ansicht führt zu unerwünschten Ergebnissen und reicht zum Schutze der Beteiligten keineswegs aus (28 ff.).

§ 23. *L a n g e n, Zum Scheckrecht (73). Art. 3 WO. findet auf den Scheck entsprechende Anwendung.

§ 26. *L a n g e n, Zum Scheckrecht (128 ff.). Art. 86 WO. ist im Scheckgesetz weder für entsprechend anwendbar erklärt noch durch eine besondere Vorschrift ersetzt, enthält auch keinen selbstverständlichen Grundsatz. Unter Berücksichtigung des Umstandes, daß sich die Formen der privaten Bescheinigung fruchtloser Präsentation im Auslande gleichfalls verwirklichen lassen, die Beweiskraft der Proteste aber als öffentlicher Urkunden von der Beachtung des am Errichtungsorte geltenden Rechts abhängig ist, gelangt man zu dem Ergebnisse: bei Schecks deutschen Rechtes mit ausländischem Zahlungsorte genügen zur Erhaltung des Regresses sowohl dem § 16 Nr. 1 Ges. entsprechende private Erklärungen des Bezogenen wie Proteste, aufgenommen nach dem Rechte am Errichtungsorte. Sonstige Urkunden sind weder erforderlich noch ausreichend.

§ 27. *L a n g e n, Zum Scheckrecht (122). Ein Recht, ohne Sicherheitsleistung wenigstens Hinterlegung der geschuldeten Summe zu verlangen (Art. 73 Satz 3 WO.), steht dem Scheckberechtigten nicht zu.

§ 28. *L a n g e n, Zum Scheckrecht (136 ff.). a) Im Scheckprozesse sind gleichfalls anzuwenden die §§ 110 Nr. 2, 538 Nr. 4 und 708 Nr. 4 ZPO. Ohne Rücksicht, ob der Regreßanspruch im Scheckprozeß oder gewöhnlichen Verfahren durchgeführt wird, anwendbar ist § 4 Abs. 2 ZPO. Order- (nicht auch Inhaber- und Rektaschecks) unterstehen endlich dem § 831 ZPO. b) Die vom Wechsel handelnden §§ 1187, 1270, 1292, 1294, 1822 Nr. 9 BGB. finden auf Orderschecks schon um deswillen Anwendung, weil sie andere indossabele Papiere dem Wechsel gleich behandeln. Inhaberschecks werden ebenfalls, soweit in jenen Paragraphen von Inhaberpapieren die Rede ist — § 1294 —, direkt durch das Gesetz mit umfaßt; im übrigen sind die Bestimmungen, soweit sie von Inhaberschuldverschreibungen reden, auf die gleichfalls Schuldforderungen verbriefenden Inhaberschecks entsprechend anzuwenden. Rektaschecks lassen sich dagegen nicht unter die genannten Vorschriften bringen. c) Die

§§ 54, 493, 529, 395 HGB. gelten in demselben Umfange wie für Wechsel auch für Schecks; hierbei stehen Inhaberschecks den Orderschecks gleich.

§ 29. I. Literatur. *Langen, Zum Scheckrecht. Gegen Lessing (Scheckgesetz 24, 193) und die herrschende Meinung ist anzunehmen, daß echte Schecks selbst dann wechselstempelfrei bleiben, wenn sie tatsächlich durch ein Guthaben nicht gedeckt sind; es genügt also für die Wechselstempelfreiheit die formelle Bezugnahme auf ein (angeblich vorhandenes) Guthaben (24 ff.). Auch auf nicht scheckfähige Personen gezogene, sogenannte wilde Schecks bleiben nach § 27 Abs. 3 WStG. wechselstempelfrei, wenn es sich um statt der Barzahlung dienende, auf Sicht zahlbare Platzanweisungen handelt; aM. Bernstein, BankA. **8** 14 Anm. 14. (2).

II. Rechtsprechung. **RG. 79** 342—345, HansGZ. **12** Hauptbl. 263 f. (Urteil Hamburg bestätigend) Hauptbl. 85—89, LeipzZ. **12** 854—857, BankA. **12** 249 f. und 304. Die sogenannten traveler Cheques sind nicht steuerfreie Schecks, sondern unterliegen der Wechselsteuer. Die Reiseschecks mögen zwar — gleich den wirklichen Schecks und den Banknoten als Ersatz der Barzahlung dienen, — aber diese wirtschaftliche Verwandtschaft vermag die Freilassung des Reiseschecks vom Wechselstempel nicht zu rechtfertigen. Maßgebend ist die rechtliche Form, mittels deren der erstrebte Zweck verwirklicht wird, und diese ist die Form des Verpflichtungsscheines an Ordre, s. ferner §§ 1, 13, 14.

§ 30. *Langen, Zum Scheckrecht. In der Ausgabe von Zahlstellen benennenden Scheckformularen liegt keine Erklärung des Bezogenen, daß er mit einer Protestaufnahme an dem genannten — benachbarten — Orte (Art. 91 a WO.) einverstanden sei (106 ff.). Von den hier nicht erwähnten Protestvorschriften der Art. 88 b, 89 und 92 Abs. 1 WO. ist für die Anwendung des Art. 88 b beim Scheck tatsächlich kein Raum. Art. 89 spricht einen selbstverständlichen Satz aus, so daß auch Scheckprotest wie Bescheinigung der Abrechnungsstelle sich über Zahlungsbegehren an Mehrere erhalten können. Art. 92 Abs. 1 ist durch § 11 Abs. 3 Ges. nur insoweit übernommen, als hiernach die Vorlegungsfrist, welche mit einem Sonn- oder Feiertag endet, um den nächstfolgenden Werktag verlängert wird. Im übrigen greifen daher die allgemeinen Vorschriften ein, nach welchen weder Zahlungsbegehren noch Protesterhebung an einem Sonntage schlechthin unwirksam wird (130 ff.).

Wechselordnung.

Literatur: Krawany, Wechsel, Schecks und Anweisungen. Wien und Leipzig 1911. Das Werk umfaßt eine Zusammenstellung der Wechsel-, Wechselstempel-, Scheck- und Scheckstempelrechte der Erde. — Weyl, Wechselordnung in der Fassung des Reichsgesetzes betr. die Erleichterung des Wechselprotestes vom 30. Mai 1908 und der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 3. Juni 1908, mit Erläuterungen und Musterbeispielen. Leipzig 1912. — s. f. IDR. **10** 1137.

A. Allgemeines. I. Materielles. 1. Literatur. **a)** Schmidt, Ungarischer Juristentag. ÖstAGZ. **12** 207. Der Verf. teilt die Grundsätze mit, die der Ungarische Juristentag von 1911 bezüglich der Frage „der nachträglichen Domizilierung des Wechsels" aufgestellt hat. **b)** Herrmann-Otrosky, Die höhere Gewalt im Wechselrechte nach dem (österreichischen) Gesetze vom 30. November 1912. Prag. 1913. Die Monographie befaßt sich nicht nur mit der Feststellung des umstrittenen Begriffs der höheren Gewalt im Wechselrecht im Sinne der Novelle vom 30. November 1912 und der Haager Konferenz, sondern liefert auch einen wertvollen Beitrag zur Auslegung des Art. 53 des von der 1. und 2. Konferenz (1910 und 1912) im Haag beschlossenen Entwurfes eines Weltwechselrechts. **c)** Hamburger, Das Recht auf die Deckung bei der nicht akzeptablen Tratte, ÖstAGZ. **13** 401—411, 430—436, 450—455 und ff.

2. Rechtsprechung. a) LeipzZ. 12 489—491 (Colmar). Es ist allerdings bei der Wechselbegebung eine Nebenabrede dahin möglich, daß zugleich mit der Übertragung des Wechsels auch die ihm zugrunde liegende Warenforderung auf den Wechselnehmer übergehen solle; aber hierzu bedarf es nach deutschem Wechselrecht einer besonderen Vereinbarung, die allerdings auch stillschweigend erfolgen, insbesondere aus den Vertragsumständen und durch Auslegung des Wechselbegebungsvertrags sich ergeben kann. b) ElsLothJZ. 13 72—74 (Colmar). Durch die Hingabe eines Kundenwechsels an eine Bank zur Diskontierung geht die dem Wechsel zugrunde liegende Forderung nicht ohne weiteres auf die Bank über. Es besteht auch in Elsaß-Lothringen kein entsprechender Handelsgebrauch. c) RG. JW. 13 1036 f. Nr. 6. In der die Echtheit der Akzeptschrift bestätigenden Erklärung des Bezogenen liegt ein Garantievertrag.

II. Prozessuales. 1. Literatur. a) Marcus, Mahnverfahren und Wechselprozeß, HoldheimsMSchr. 12 289 f. Der Verf. hält RG. 79 73 ff. — de lege lata — für zutreffend, — de lege ferenda — dagegen eine Bestimmung dahin für angebracht, daß bei Widerspruch des Schuldners gegen den Zahlungsbefehl die Nachholung der für den Wechselprozeß vorgesehenen Erfordernisse für zulässig erklärt werde. b) S. JDR. 10 1145, Art. 96 b.

2. Rechtsprechung. a) RG. 78 316—322, BankA. 12 322. Die Eigenschaft der Wechselsachen als Feriensachen hängt nicht davon ab, ob sie im Wechselprozeß oder im ordentlichen Verfahren verhandelt werden. In eingehender Polemik gegen RG. III vom 14. Februar 1910 (SächsRpflA. 10 171 und JW. 10 294). b) RG. 77 95—96. Wenn im Nachverfahren die Klage rechtskräftig abgewiesen ist, so ist damit der ganze Rechtsstreit beendigt und das Rechtsmittelverfahren über das Vorbehaltsurteil gegenstandslos geworden. Vorverfahren und Nachverfahren sind Bestandteile eines einheitlichen Prozesses, dessen Gegenstand der Wechselanspruch ist und bleibt, s. auch JDR. 10, Art. 96 II 1. c) SchlHolstAnz. 12 11 f. (Kiel). Die durch Vorbehaltsurteil im Wechselprozesse bereits als materiell unbegründet zurückgewiesenen Einwendungen können im Nachverfahren nicht wiederholt werden. d) RG. 79 69—74, JW. 12 756 f. Nr. 25. Es ist nicht zulässig, auf erhobenen Widerspruch im Mahnverfahren durch die nachträgliche Erklärung, es werde im Wechselprozesse geklagt, das Verfahren in dieser Prozeßform fortzusetzen. e) HansGZ. 12 Hptbl. 75—77 (Hamburg). Dem auswärts wohnenden Wechselverpflichteten steht die Einrede der Unzuständigkeit nicht zu, wenn der Kläger die Klage gegen den am Gerichtsorte wohnenden und mitverklagten Wechselverpflichteten ruhen läßt, — auch dann nicht, wenn die Klage gegen den letzten nur zum Scheine zugestellt wurde — gegen RG. 51 175. f) RG. HansGZ. 12 307 f., LeipzZ. 12 841. Beklagter muß behaupten und beweisen, daß das unterliegende Rechtsverhältnis beendet ist. g) RG. LeipzZ. 13 223 f. Wer gegenüber dem Anspruch aus dem Akzept mangelnde Handlungsfähigkeit einwendet, hat dafür die Beweislast. Es ist das Normale, daß ein Volljähriger, der eine Wechselerklärung abgibt, sich damit verpflichten will und kann. Die tatsächlichen Voraussetzungen der Ausnahmen, in denen dies nicht zutrifft, hat derjenige zu beweisen, der sich auf sie beruft. h) SeuffA. 68 293 Nr. 161 (Rostock). Einwendungen im Wechselprozesse können nicht durch schriftliche Gutachten bewiesen werden. i) RG. Mitt. f. AGAnw., 4. Jg. 1891. Rügt der Beklagte das an sich unzulässigerweise als Wechselprozeß vom Kläger betriebene Verfahren nicht, so wird dadurch der Mangel geheilt.

B. Die einzelnen Bestimmungen.

Art. 4 Nr. 4. 1. RG. Gruchots Beitr. 57 172 f., JW. 12 1063 Nr. 8, BankA. 12 114, R. 12 Nr. 3008. Der Gültigkeit des Wechsels steht nicht entgegen, daß

bei dem vorgedruckten Eingange des Wechsels: „Am .... 190 . . zahlen Sie“ handschriftlich ein Tag des Jahres 1910 in der Weise eingesetzt ist, daß die Jahreszahl 1910 über dem undurchstrichenen Vordruck 190 steht. Der Fall unterscheidet sich von dem in **ROHG. 11** 254 mitgeteilten, wo der Verdacht vertragswidriger Ausfüllung des Formulars nahe gelegt war.

2. **RG.** BankA. **11** 156 f., HoldheimsMSchr. **12** 81 f. Ein über den Wechselkontext gesetzter Vermerk, daß der Wechsel nur „für den Vertrag hafte“ und bei vierteljährlicher Abzahlung von 500 M. zu prolongieren sei, macht den Wechsel nicht ungültig. Jene Angabe entspricht der Bezeichnung des Wechsels als Kaution- oder Sicherheitswechsels, die an sich den Wechsel nicht ungültig macht (vgl. **ROHG. 13** 413, JW. **94** 431). Auch der Hinweis auf die Prolongationsabrede hat hier bloß die Bedeutung, dem Wechselnehmer oder dem Bezogenen bemerklich zu machen, daß eine solche Abrede besteht. Es wird dadurch nicht die im Wechselkontext enthaltene Angabe der Zahlungszeit in Frage gestellt.

3. LeipzZ. **13** 167 (KG.). Der Gläubiger darf nicht den als Blankett gegebenen Wechsel später, als vereinbart war, fällig machen. Dieses Verhalten des Gläubigers begründet die Einrede aus dem dem Wechsel zugrunde liegenden Vertrag, weil die Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, ein wesentliches Erfordernis des Wechsels bildet.

Art. 4. Nr. 5. I. Literatur. 1. Schellhas, Wechselunterschrift mittels Künstlernamens, DJZ. **12** 337. Der Autor teilt eine Entsch. des LG. II Berlin mit, die einen vom Aussteller mit seinem Künstlernamen unterzeichneten trockenen Wechsel für gültig erklärt. Unter „dem Namen“ könne sehr wohl auch diejenige Bezeichnung einer Person verstanden werden, deren sich diese im gewöhnlichen Verkehr im Leben bedient.

2. Schellhas, DJZ. **12** 742 f. Obiges Urteil durch RG. bestätigt.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 77** 191—193, SeuffA. **67** 243—245 Nr. 140, LeipzZ. **12** 65, WürttZ. **12** 208, JW. **12** 83 f. Nr. 30, BreslauAK. **11** 22—24, BankA. **12** 16 (schon JDR. **10** 1138, Art. 4 Nr. 5). Über die Bedeutung des Erfordernisses, daß der Wechsel die Unterschrift des Ausstellers mit seinem Namen oder seiner Firma tragen muß.

2. KGBl. **12** 99 f., LeipzZ. **12** 780 (KG.). Die Unterzeichnung eines Wechsels mit dem sogenannten Künstlernamen ist rechtswirksam, s. I 2.

3. JBl. **13** 75 f. (OGH. Wien). Zwei widersprechende Entscheidungen des obigen Gerichts bezüglich der Frage, ob die nicht auf den bürgerlichen Namen lautende Wechselunterschrift den Aussteller bindet. Der OGH. verneint die Frage im Falle „Destinn“ und bejaht sie in dem anderen Falle.

4. **RG.** LeipzZ. **12** 750. Wechselerklärungen einer juristischen Person können rechtsgültig in der Weise abgegeben werden, daß der Vertreter unter die Firma einfach seinen eigenen Namen setzt. Einer ausdrücklichen Erwähnung des Vertretungsverhältnisses bedarf es nicht, mag der Unterzeichnende gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter sein. Der von der Beklagten behauptete Handelsgebrauch, wonach Bevollmächtigte stets mit einem die Vollmacht andeutenden Zusatz zeichneten, ist vom KG. mit Recht für belanglos erklärt. Erheblich könnte die Behauptung nur sein, wenn eine Abweichung von dem angeblichen Gebrauche die Nichtigkeit der Unterschrift zur Folge hätte. Daran ist nicht zu denken. Wird von mehreren Formen, die das Gesetz zur Verfügung stellt, handelsüblich die eine bevorzugt, so bleibt es doch dabei, daß das Geschäft auch bei ausnahmsweiser Benutzung einer der anderen Formen gültig ist.

5. ÖstZBl. **12** 677—679 (OGH. Wien). Gültigkeit des vom Aussteller unterhalb des Wechselkontextes, wenngleich auch unterhalb des Wortes „Angenommen“ und der Unterschrift des Akzeptanten unterschriebenen Wechsels. Der Wechsel ist zwar

ein Literalkontrakt, dessen Gültigkeit an bestimmte, vom Gesetz vorgeschriebene Förmlichkeiten gebunden ist, so daß eine Urkunde, welcher irgendein vorgeschriebenes Erfordernis mangelt, als ein Wechsel nicht angesehen werden kann, doch würde es den Bedürfnissen des Verkehrs nach einer gewissen Elastizität in der Herstellung der Skriptur widersprechen, wenn man zu den vom Gesetz aufgestellten Erfordernissen willkürlich noch irgendein weiteres Erfordernis hinzufügen und wegen der Nichtbeachtung desselben einem ganz brauchbaren und unzweideutigen Wechsel die Anerkennung als Wechsel versagen wollte. Wenn daher das Gesetz im Art. 4 Nr. 5 WO. zur Gültigkeit des Wechsels die Unterschrift des Ausstellers erfordert, ohne für dieselbe eine bestimmte Stelle vorzuschreiben, so genügt es vollkommen, wenn diese Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels unter dem Wechselkontexte an irgendeiner beliebigen Stelle angesetzt erscheint.

Art. 4. Nr. 6. 1. OLG. **24** 206 (Naumburg). Unrichtige Deutung des Wechsels. Klagänderung durch Berufung auf einen Schuldschein. Der Art. 4 Nr. 6 ist zwar nur formeller Natur, der angegebene Ausstellungstag braucht nicht der wirkliche zu sein (**RG. 32** 115). Die Angabe eines unmöglichen Datums steht aber dem Fehlen der Datierung gleich und macht den Wechsel nach Art. 7 nichtig.

2. **RG. 74** 184, WürttZ. **12** 209. Daß der Ort der Ausstellung des Wechsels mit amtlicher Genauigkeit zu bezeichnen sei, daß insbesondere der angegebene Ort eine amtlich anerkannte Gemeinde oder Ortschaft mit bestimmt festgelegten Grenzen sein müsse, kann aus dem Gesetze nicht hergeleitet werden. Es muß als ausreichend gelten, daß als Ausstellungsort ein im Verkehre bestimmbarer geographischer Bezirk oder Platz genannt wird (s. JDR. **10** 1139 Anm. 9, Art. 4 Nr. 6).

Art. 4. Nr. 7. 1. SeuffBl. **11** 271, WürttZ. **11** 208 f. (München). Nach Art. 4 Nr. 7 WO. gehört zu den wesentlichen Erfordernissen eines gezogenen Wechsels der Name der Person oder die Firma, welche die Zahlung leisten soll (des Bezogenen oder Trassaten). Um dieses Erfordernis zu erfüllen, ist ausreichend eine Bezeichnung, die der bürgerliche oder Handelsname einer passiv wechselfähigen Person sein kann. Es kommt für die Gültigkeit des Wechsels nicht darauf an, ob das Rechtssubjekt, das als Trassat bezeichnet werden sollte, auch wirklich jenen Namen oder jene Firma führt, oder ob es Namen oder Firma mit Recht führt. Dieser Umstand, der bei der Bezeichnung des Remittenten und des Ausstellers für die Frage von Bedeutung ist, ob für das so bezeichnete Rechtssubjekt auf dem Wechsel Rechte und Verpflichtungen begründet wurden, braucht beim Trassierungsvermerk überhaupt nicht erörtert zu werden, weil aus dem bloßen Trassierungsvermerke der Bezogene weder berechtigt noch verpflichtet wird.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 250, LeipzZ. **13** 674. Besteht nur ein formeller Unterschied zwischen Bezogenen und Akzeptanten, während sie materiell identisch sind, so wird dadurch die Gültigkeit des Akzepts nicht beeinträchtigt.

Art. 6. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 211. Selbst die Namensgleichheit reicht nicht aus, um die Voraussetzung zu erfüllen, daß nach Inhalt des W e ch s e l s eine Personeneinheit bezüglich Wechseladressaten und -ausstellers vorliegt (trassiert — eigner Wechsel), es muß die Identität durch andere aus dem Wechsel selbst hervorgehende Momente unterstützt sein.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 211. Auch für trassiert eigne Wechsel bedarf es zur Inanspruchnahme des Ausstellers der Protesterhebung.

Art. 7. **RG.** LeipzZ. **13** 377. Auch wenn zwischen Geber und Nehmer eines Wechselblanketts ein spätester Verfalltag vereinbart worden ist, folgt daraus nicht notwendig, daß der Nehmer einen noch späteren Tag in das Blankett nicht einrücken dürfe, s. ferner Artt. 4, 82.

Art. 10. I. L i t e r a t u r. J a c o b i, Das Problem der Neuheit und Identität in bezug auf die Frage, ob der Vormann, der den Wechsel zurückerworben hat, sein

altes Wechselrecht oder das Wechselrecht des Abgelösten gegen den Wechselschuldner geltend macht, GoldschmidtsZ. 72 337—387. 1. Die Auffassung, daß der den Wechsel zurückerwerbende Indossator sein ursprüngliches Wechselrecht niemals aufgegeben, vielmehr durch die Indossierung auf Zeit gehemmt habe, ist zwar im allgemeinen harmonisch mit § 97 Ziff. 3 PrKO., § 55 RKO., und führte dort zu einem Ergebnisse, das mit den Zwecken des Gesetzes übereinstimmte, aber diese Auffassung traf nicht den wahren Grund des Gesetzes, konnte gleichgelagerte andere Fälle nicht erklären und bewies zu viel im Falle, daß der Wechsel ohne Obligo indossiert wurde. 2. Diese Auffassung harmoniert ferner unter Zuhilfenahme der exceptio doli mit dem richtigen Grundsatze, daß dem Rückerwerber seine ihn früher betreffenden Einreden entgegenstehen und daß ihm Einreden aus der Person der Nachmänner nicht schaden, aber auch hier ist der Grund rein äußerlich und vermag die gleichen Erscheinungen außerhalb der indossablen Papiere nicht zu erklären. 3. Der Rückerwerber des präjudizierten Wechsels erlangt wie jeder Dritte Rechte gegen den Akzeptanten, auch wenn er den Wechsel nicht bezahlt hat, und auch die Einreden aus der Person der Nachmänner werden beseitigt, dies stimmt mit der Theorie, daß der Rückerwerber sein altes Wechselrecht gar nicht verloren oder daß er es zurückerworben habe, überein, doch deckt diese Konstruktion den wirklichen Grund nicht auf und führt bei Anwendung auf § 55 KO. zu unmöglichen Ergebnissen. 4. Die Annahme, daß der Nachmann und der einlösende Vormann voneinander verschiedene Wechselforderungen gegen den Hauptwechselschuldner haben, stimmt mit dem anderweit zu erschließenden Ergebnis überein, daß es dem Vormanne nicht zugute kommt, wenn der Nachmann die Verjährung unterbrochen hat. Aber der wahre Grund beruht auf der Bedeutung des Verjährungsinstituts. 5. Für die Frage, ob die Rechtskraft des Urteils im Prozesse zwischen Nachmann und Hauptschuldner auch gegenüber dem Vormanne wirkt, kommt es auf die Bedeutung des Begriffs der Rechtsnachfolge an. Die Lösung des Gesetzes ist, wenn man das Problem der Gleichheit und Identität zugrundelegt, verständlich, wenn man annimmt, daß Nachmann und Vormann das gleiche Recht besaßen. 6. Soweit im Konkurse des Akzeptanten der letzte Wechselgläubiger seine Forderung liquidiert und prozentuale Befriedigung aus der Masse erlangt, soweit kann der für den Ausfall in Anspruch genommene Regreßpflichtige nicht auch seine Rückgriffsforderung liquidieren. Dieses Ergebnis paßt zwar mit der Auffassung, daß beide Ansprüche einer wären, die wahre Erklärung liegt aber im Wesen des Kredits und Konkurses begründet. 7. Für die Frage, ob die Sicherheiten, die dem Nachmanne bestellt sind, auf den Rückerwerber des Wechsels übergehen, kann die Annahme, ob Ansprüche beider dieselben sind oder nicht, gar nichts helfen, — oder man müßte annehmen, sie wären dieselben, wenn sie durch vorprotestliches Indossament, und sie wären verschieden, wenn sie durch Einlösung im Regreßwege zurückerworben würden; ein solcher Unterschied wird aber nicht gemacht. 8. Ob der den Wechsel wieder einlösende frühere Indossatar gegen seine Vormänner im Gerichtsstande des Erfüllungsortes klagen kann, hängt nicht davon ab, ob er sein Recht aus dem alten Indossament oder aus der Tatsache des Rückerwerbes geltend macht, sondern allein davon, ob das Wechselakzept als ein Vertrag im Sinne des § 29 ZPO. anzusehen ist.

II. Rechtsprechung. a) **RG. 77** 185—191, LeipzZ. **12** 66, JW. **12** 84 Nr. 31, DNotV. **12** 619 f. (schon JDR. **10** 1139). Die Konkursforderung des Indossanten ist weder eine Schadensersatzforderung noch ein Anspruch auf Aufwendungsersatz. Die rechterzeugende Tatsache, auf die sie sich gründet, liegt nicht sowohl in der Einlösung des Wechsels als in dem alten Wechselskripturakte. Der Indossant, der im Rücklauf einlöst, nimmt keine andere Stellung ein, als er vor der Weiterbegebung inne hatte. Nicht ein neuerworbenes Recht, sondern sein ursprüngliches Recht als Remittent oder Indossator übt er mit der Regreßklage aus (vgl. Pl. Entsch. ROHG. **24** 1). b) OLG. **24** 211 f. (Hamburg). Indossie-

rung von Wechseln als Sicherheit. Nach der eigenen Sachdarstellung der Klägerin hat D. ihr die beiden Klagewechsel zur Sicherheit für das erbetene Darlehn von 30 M. angeboten, sie habe, da X. ihr schon so hohe Summen schuldig geworden, abgelehnt, dann aber doch noch und zwar gegen Empfang der Wechsel das Darlehn gewährt, da X. den Akzeptanten (Beklagten) als eine zahlungsfähige Persönlichkeit geschildert habe, gegen den sie ja nachher die Wechsel einklagen könnte X. habe auch davon nichts gesagt, daß er die Wechsel zurückgeben müsse, falls er die 30 M. demnächst zurückzahle. Danach will die Klägerin dahin verstanden sein, daß X. der durch Indossament legitimierte Pfandgläubiger eines Orderpapiers ist, in bezug auf die Zulässigkeit der Einwendungen so zu behandeln sei, als liege ein Eigentumsindossament vor, den Schuldner geht es nichts an, daß nur ein Pfandindossament vorliegt. (Anders z. B. beim Indossatar zur Einziehung oder auch beim Prokuraindossament).

Art. 16. 1. **RG. 74** 207 f., WürttZ. **12** 210 (s. schon JDR. **10** 1139). Die Legitimation für den Erwerb des Wechsels nach Protest wird auch dann nicht durch ein vorprotestliches Blankogiro erbracht (**RG.** 2 75), wenn der Wechsel nur das eine Giro des Ausstellers trägt.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 250. Nach schwedischem Rechte steht das Nachindossament dem Vorindossament gleich.

Art. 17. I. Literatur. 1. Zander, Die Legitimationsübertragung, JW. **13** 471—474. Die Legitimationsübertragung, im Wechselverkehre das sogenannte Inkassomandatindossament, ist weder eine Vollmachtserteilung, noch ein fiduziarisches Rechtsgeschäft, noch ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 Abs. 1 BGB., sondern vielmehr die Erteilung der Befugnis, auf den Gegenstand des Geschäftsherrn in bestimmter Weise im eignen Namen einzuwirken, sie ist eine Ermächtigung, die aber im Gewande der Rechtsübertragung erteilt wird, und ein als solche gültiges Rechtsgeschäft, dessen Gültigkeit zwar nicht aus §§ 117 d, 409 BGB., wohl aber aus § 185 Abs. 1 BGB. herzuleiten ist.

2. Mansfeld, Über Pfandindossamente, LeipzZ. **13** 417—431. Das Pfandindossament ist kein Pfandrechtsindossament. Es ist ein fiduziarisches Indossament. Dem Gläubiger wird das volle Recht an und aus dem Papier eingeräumt, nur soll er einen dem Sicherungszwecke Rechnung tragenden Gebrauch davon machen.

3. Schmidt, Zum Streite um die Rechtsnatur der Rechtsgeschäfte zu Inkassozwecken, GruchotsBeitr. **57** 241—253. Der Verf. vertritt die sogenannte Legitimationstheorie, wonach der Inkassomandatar nur die Befugnis zur Ausübung des Rechtes erhält, während der Inkassomandant das materielle Recht behält. Er verwirft die sogenannte fiduziarische und die Treuhändertheorie.

II. Rechtsprechung. **RG.** LeipzZ. **13** 933 f. Wenn der Kläger den Wechsel im eignen Interese zur Sicherheit für seine Darlehnsforderung erhalten hat und den gegenwärtigen Rechtsstreit für eigne Rechnung führt, so kann er nicht Inkassomandatar sein (s. ferner zu Art. 10).

Art. 21. I. Literatur. Römer, Das Akzept des Nichtbezogenen. (Stuttgart 1912). Die Schrift, eine Tübinger Dissertation, behandelt zwei Fragen: 1. Wann liegt überhaupt das Akzept eines Nichtbezogenen vor? 2. Welche wechselrechtlichen Wirkungen kommen ihm zu? 1. Der Verf. lehnt das Erfordernis formeller Identität zwischen Adresse und Akzept ab, — verlangt aber, daß derjenige akzeptieren muß, auf den die Adresse paßt, und verweist die Frage, auf wen die Adresse paßt, aus dem Gebiete des formalen Rechtes in die richterliche Tatsachenwürdigung. 2. Das Akzept des Nichtbezogenen ist insofern Akzept, als der Akzeptant daraus gemäß Art. 81 WO. haftet.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 77** 139—141, JW. **12** 48—50, WürttZ. **12** 208. Das Akzept wird schon mit der Unterschrift bindend. Eines Begebungsvertrags zwischen Akzeptanten und Aussteller bedarf es zur Herbeiführung der verpflichtenden Kraft des Akzepts nicht. Deshalb kann ein Wechsel, den ein Vertreter im eignen Namen auf den Vertretenen zieht, von ihm im Namen des Vertretenen akzeptiert werden (vgl. **RG. 24** 87—90, KG. I 156/06 in HoldheimsMSchr. **07** 121). Entsprechendes gilt im umgekehrten Falle, wenn der Vertretene Aussteller, der Vertreter Bezogener ist, schon zitiert IDR. **10** 3, JW. **12** 48—50.

2. SeuffBl. **12** 271 f., WürttZ. **12** 208 f. (München). Der Akzeptationsvermerk war geeignet, eine Wechselverpflichtung zu erzeugen, wenn er nur die Worte „Progressa Reklame-Institut M." enthalten würde. Denn damit die Firma statt des wirklichen Namens genügt, muß der Akzeptant Kaufmann sein. Nur der Kaufmann kann mit seiner Firma zeichnen. Ein Nichtkaufmann hat keine Firma. Daß der Beklagte Kaufmann sei, ist von ihm bestritten und vom Kläger nicht bewiesen. Der Akzeptationsvermerk enthält aber auch, und zwar von ihm selbst geschrieben, den Namen des Beklagten. Aus dieser Unterschrift haftet er wechselmäßig. Er würde nur dann nicht haften, wenn er mit dem Bezogenen nicht identisch wäre. Es muß materielle Identität zwischen dem Akzeptanten und dem Bezogenen vorliegen, diese genügt aber auch.

3. LeipzZ. **13** 197 (KG.). § 181 BGB. ist nicht anwendbar auf die Akzeptierung eines Wechsels.

4. HoldheimsMSchr. **13** 250. Die Singularnachfolger des Bezogenen können nach deutschem Rechte nicht gültig akzeptieren.

5. S. ferner zu Art. 4 Nr. 7.

Art. 23. 1. LeipzZ. **12** 245 f. (KG.). Die Einwendungen des Beklagten gehen dahin, daß die Klage bereits rechtshängig sei, weil die Klägerin in einem Nebenprozesse aus dem gleichen Wechsel auf Sicherheitsleistung klage, und daß die Klägerin für den jetzigen Zahlungsanspruch keines Rechtsschutzes bedürfe, weil sie in dem andern Prozesse den Anspruch auf Sicherheitsleistung nach Eintritt der Fälligkeit des Wechsels in den Anspruch auf Zahlung erweitern könne. — Beide Einwendungen sind hinfällig. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung aus Art. 29 WO. ist nicht derselbe wie der vorliegende Zahlungsanspruch, also ist letzterer noch nicht rechtshängig. Der Klägerin fehlt auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis für den vorliegenden Zahlungsanspruch; denn sie kann aus der in dem Nebenprozesse erlangten Sicherheitsleistung sich nur befriedigen, wenn sie zunächst im vorliegenden Prozesse ein Urteil auf Zahlung des Wechsels erlangt hat. Sie kann allerdings in dem anderen Prozesse den Anspruch auf Sicherheitsleistung in einen Anspruch auf Zahlung erweitern, aber sie ist hierzu nur berechtigt, nicht verpflichtet. Sie kann auch umgekehrt den Anspruch auf Sicherheitsleistung für erledigt erklären und nur den Zahlungsanspruch verfolgen.

2. SächsOLG. **33** 187—192. Derjenige, dessen Wechselzeichnung als Akzeptant gefälscht ist, haftet dem Diskonteur des Wechsels für den durch die Entziehung der Möglichkeit rechtzeitiger Rückforderung erwachsenen Schaden aus § 826 BGB., wenn er es unterlassen, auf die Benachrichtigung von der erfolgten Diskontierung die Tatsache der Fälschung mitzuteilen.

3. **RG.** JW. **11** 762, BankA. **12** 45. Erkennt derjenige, dessen Akzept auf einem Wechsel gefälscht ist, durch die Mitteilung des Wechselerwerbers vom Wechselerwerb die Fälschung seines Akzepts und benachrichtigt er den Wechselinhaber nicht von der Fälschung, so ist er nur dann schadensersatzpflichtig, wenn er mit dem Unterlassen der Benachrichtigung das Bewußtsein des schädigenden Erfolges verbunden hat.

Artt. 25—29. I. Literatur. 1. Marcus, Zur Behandlung des wechselrechtlichen Anspruchs auf Sicherstellung (Artt. 25—29 WO.), KGBl. **12** 36.

I. Der Klagantrag kann allgemein auf „Sicherheitsleistung" bzw. „genügende Sicherheitsleistung" lauten und braucht nicht Art und Höhe der Sicherheit anzugeben (gegen Dernburg und Stranz), KGBl. **99** 20 (KG.). II. § 232 BGB. ist für die wechselrechtliche Sicherheitsleistungspflicht, jedenfalls soweit Klage nach §§ 592, 602 ZPO. vorliegt, nicht maßgebend; der wechselprozessual verfolgbare Anspruch kann nur auf Geld oder Wertpapiere gerichtet sein. III. Für die Zwangsvollstreckung kommt nur § 885 ZPO., nicht § 887 ZPO. in Frage.

2. *Oertzen, Der Wechselregreß, GoldschmidtsZ. **75** 88—135. Die Bestimmungen über den Sicherheitsregreß schützen nicht das gegenwärtige, sondern das künftige Wechselrecht, aber nicht jedes, sondern nur dasjenige, das durch Einlösung des Wechsels im Regreßwege zur Entstehung gebracht wird (97). Natürlich kann erst recht der gegenwärtige Wechselgläubiger Sicherheit fordern, aber das oben umschriebene künftige Wechselgläubigerrecht genügt zur Kautionsforderung (105). Hieraus folgt, daß der ohne obligo indossierende Indossant kein Regreßrecht hat (abw. Staub zu Art. 26 Anm. 1), ebenso derjenige, der eine doppelte Rolle auf dem Wechsel spielt (z. B. als Aussteller und Indossant), gegenüber den Zwischenmännern, denen er selbst regreßpflichtig ist. — Die Sicherheit wird zunächst dem Regreßnehmer persönlich bestellt, die übrigen Nachmänner des Bestellers können nur durch weitere selbständige Begründungsakte Sicherheitsrechte erwerben (106 ff.). Anders Staub, Dernburg, Grünhut u. a. — Für den Inhalt der Sicherungspflicht sind die §§ 232 ff. BGB. maßgebend, in denen aber ausdrücklich nur gesagt wird, durch Leistung welcher Vermögensstücke der Schuldner seiner Pflicht zur Sicherheitsleistung genügt (facultas alternativa). Der Inhalt der Kautionspflicht ist (ähnlich wie bei den Grundpfandrechten) zu bestimmen als Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung (Pfändung) in Höhe des zu sichernden Anspruchs. Bei den Grundpfandrechten ist die endgültige Befriedigung, hier der Sicherungserfolg die Grenze des Gläubigerrechts (108 ff.). Es genügt nicht, daß die die Unsicherheit begründenden Tatsachen der Ziff. 1 und 2 überhaupt zu irgendeiner Zeit vor der Regreßnahme eingetreten sind (so: Grünhut, Rehbein, Canstein), noch auch, daß sie nach Wechselausstellung erfolgt sind (so: Staub, Dernburg, Bernstein), sie müssen vielmehr nach der Akzepterteilung eingetreten sein. Der durch die Akzepterteilung geschaffene Vermögenswert ist es, der gesichert werden soll. Auf Seite 102 vorletzte Zeile muß es statt Ziff. 2 Ziff. 3 heißen. (100 ff.).

II. Rechtsprechung. 1. OLG. **24** 206 (Colmar) s. schon JDR. **10** 1140 Art. 29. Über das Verhältnis zwischen der Sicherung einer Wechselforderung durch Arrest und einer gemäß Art. 29 WO. zu bestellenden Sicherheit.

2. JBl. **12** 345—347, ÖstZBl. **12** 680 (ObGH. Wien). Zum Begehren um Sicherstellung im Sinne des Art. 29 WO. ist der Besitzer des Sekuritätsprotestes nur unter der Bedingung berechtigt, daß er zugleich Wechselinhaber oder doch durch die im Proteste enthaltene Abschrift des Wechsels als Indossatar ausgewiesen ist (Österr. Recht), s. ferner Art. 23.

Art. 31 s. Art. 100.

Art. 36. I. Literatur. Mansfeld, Wechsellegitimation und Wechselberechtigung, LeipzZ. **12** 577—859. 1. Die vorhandene Legitimation ist von Nutzen für den Wechselinhaber wie für den Schuldner. a) Den ersteren überhebt sie der Notwendigkeit, dem Schuldner den Beweis des Rechtes zu erbringen. Sie begründet eine — allerdings widerlegbare — Vermutung der Berechtigung. b) Der Schuldner, der geleistet hat, kann sich einem anderen Forderungsprätendenten gegenüber darauf berufen, daß der Leistungsempfänger legitimiert war. Er wird durch Zahlungen an den Legitimierten, auch wenn dieser nicht der Berechtigte ist, seiner Schuld ledig. 2. Ist der Wechselinhaber laut Wechsel nicht legitimiert, so kann er doch unter Umständen nach-

weisen, daß der Legitimationsverlust nicht von einem Verluste der Berechtigung begleitet war. Auch dann muß er mit der Klage gegen den Schuldner durchdringen. a) Ein Fall dieser Art ist der, wenn ein zur Legitimation des Inhabers nötiges Giro durchstrichen ist, oder umgekehrt b) eine Durchstreichung unterlassen ist.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** SeuffA. **67** 296 f., JW. **12** 254 Nr. 26, LeipzZ. **12** 221 bestätigt die Auffassung des OLG. Breslau, Breslau AK. **11** 22, JDR. **10** 1140 Art. 36 Nr. 1) die aus tatsächlichen Erwägungen das objektive Vorhandensein einer Durchstreichung der Vorindossamente verneint, wendet sich aber gegen dessen Folgerung, der Kläger habe die Entfernung der Striche selbst vornehmen dürfen und müssen. Der Kläger konnte die Entfernung der Striche nicht vornehmen, ohne sich dem Verdachte einer strafbaren oder doch rechtswidrigen Handlung auszusetzen.

2. HansGZ. **12** Hauptbl. 296 (Hamburg). Eine zerrissene Wechselurkunde kann einer Klage im Wechselprozesse nicht zugrunde gelegt werden. In der Zerreißung der Wechselurkunde liegt ebenso eine Zerstörung der Form des Wechsels, wie in der Durchstreichung der Schriftzüge auf dem Wechsel. Zwar kann es vorkommen, daß der Riß durch den Wechsel nicht auf die Zerstörungsabsicht eines berechtigten Inhabers, sondern auf eine rechtswidrige Handlung oder auf unverfängliche Umstände, wie ungeeignete Aufbewahrung oder lange Zirkulation zurückzuführen sind. Wenn aber das nicht klar zutage liegt, so ist die Wechselurkunde zum mindesten nicht unverdächtig und deshalb für den Wechselprozeß ungeeignet.

Art. 39. 1. **RG.** BankA. **11** 170, JW. **12** 49 Nr. 52. Die Zahlung eines Zwischenindossanten als solche tilgt noch nicht den Anspruch des Wechselinhabers gegen den Aussteller. Das gilt zumal dann, wenn die Wechselurkunde unzerstört und ohne Zahlungsvermerk im Besitze des Wechselinhabers verbleibt.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 62, BayRpflZ. **13** 22 f. Hat der Gläubiger einen Anspruch auf Herausgabe des im Besitze des Schuldners befindlichen Wechsels, so braucht er nicht erst die Klage auf Herausgabe durchzuführen, um nach der Zwangsvollstreckung in einem zweiten Prozesse den Anspruch aus dem Wechsel zu erheben, sondern kann unmittelbar, auch ohne im Besitze des Wechsels zu sein, im ordentlichen Verfahren auf Berichtigung der Wechselsumme klagen.

3. **RG.** LeipzZ. **13** 630—632. Wird ein größerer Posten Wechselforderungen im Konkurse mit dem Bemerken angemeldet, daß nur ein Teil davon geltend gemacht werden solle, so genügt es, wenn nur die dem beanspruchten Teile entsprechenden vorgelegt werden.

4. LeipzZ. **13** 199 (KG.). Nach Art. 39 WO. braucht der Wechselschuldner nur gegen Herausgabe des Wechsels zu zahlen. Hat er gezahlt, ohne den Wechsel Zug um Zug zurückerhalten zu haben, so kann er auf die Herausgabe klagen. Sein Anspruch beruht auf der durch Fordern und Nehmen der Wechselsumme begründeten Verpflichtung des Gläubigers und setzt in ihr voraus, daß der Gläubiger den Wechsel zur Zeit der Klagerhebung besessen habe. Ist dem Gläubiger freilich die Erfüllung unmöglich geworden, so treten an die Stelle des Anspruchs auf Herausgabe des Wechsels je nach Lage des Falles die in §§ 323—325 BGB. vorgesehenen Ansprüche.

5. WürttJ. **25** 199—202 (Stuttgart). Art. 39 WO. zwingt nicht zur Annahme, daß die Pfändung aus einem Wechselurteil ohne Vorlegung des Wechsels unzulässig sei.

6. KGBl. **12** 105 (LG. I Berlin). Ansprüche wegen Beschädigung eines Wechsels. Der Kläger behauptet, die Höhe des Schadens komme der Wechselsumme gleich, da er seinen Ersatzanspruch gegen den Akzeptanten eingebüßt habe. Dies ist nicht richtig. Dieser Anspruch wird nicht durch das Vorhandensein des Wechsels bedingt,

nur kann der Kläger den Anspruch nicht mehr im Wechselprozesse geltend machen, sondern er ist auf das ordentliche Verfahren angewiesen. Auch die Beweisführung gegen den Akzeptanten ist ihm nicht erschwert. Denn das Akzept ist noch unversehrt auf dem Papier enthalten, und dieses ist, wenn schon es als Wechsel bedeutungslos ist, doch noch als selbständiges Schuldversprechen des Akzeptanten wirksam (§ 140 BGB. in Verbindung mit § 780 aaO.) und begründet als solches ebenso wie der Wechsel eine selbständige Zahlungspflicht des Akzeptanten, welche den Kläger der Verpflichtung überhebt, auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis zurückzugreifen. Ein Schaden des Klägers könnte somit nur dann entstanden sein, wenn er den Akzeptanten im ordentlichen Verfahren belangt haben und dies für ihn mit größeren Kosten verknüpft sein sollte als der Wechselprozeß.

7. ÖstZBl. 12 253 f. (OGH. Wien.) Zahlt im Falle der Unterlassung der Präsentation des Wechsels der Akzeptant sofort nach Klagbehändigung die Klagsumme, so hat er weder Verzugszinsen noch Klagkosten zu zahlen.

Art. 40. 1. JBl. **13** 489 f. (OGH. Wien). Der Verzug des Akzeptanten beginnt nicht schon mit dem Verfalltage, sondern erst mit dem Tage der Präsentation des Wechsels.

2. LeipzZ. **13** 492 f. (RG.). Die Präsentation des Wechsels kann durch Klagezustellung mit der Wirkung ersetzt werden, daß der Wechselschuldner in Verzug kommt, wenn er nicht alsbald nach Zustellung den Gläubiger befriedigt.

Art. 41. *O e r t z e n, Der Wechselregreß, GoldschmidtsZ. **75** 88—135. Es ist Befugnis und Legitimation zur Regreßnahme zu unterscheiden. Letztere braucht sich nicht aus dem Wechsel zu ergeben, sondern kann durch Erbschein Vollmachtsurkunde usw. hergestellt werden. Dasselbe gilt bezüglich Wahrung der formellen Regreßbedingungen (Präsentation und Protest). Falsch daher S t a u b, nach dem nur der gemäß Art. 36 WO. als Wechselgläubiger Legitimierte gültig Protest erheben kann (116 ff.). — Präsentationserlaß mit wechselrechtlicher Wirkung ist ausgeschlossen (anders anscheinend G r ü n h u t, S t a u b, D e r n b u r g). Dagegen kann zivilrechtliche Haftung aus einem mangels Präsentation präjudizierten Wechsel im voraus vereinbart werden (123 ff.). — Wie zur ersten Regreßnahme ist auch zum Remboursregreß der Wechseleigentümer als solcher berechtigt; nur insoweit, als die Sätze des Art. 51 die des Art. 50 übersteigen, d. h. bezüglich des sog. Remboursüberschusses, ist die Erfüllung der Regreßpflicht die Grundlage des Forderungsrechts (anders S t a u b und herrschende Meinung). Der Beweis der Einlösung im Regreßwege wird durch keine Vermutung erleichtert (anders S t a u b und herrschende Meinung) (126 ff.). — Art. 54 bezieht sich nur auf die Regreßpflicht im engeren Sinne, nicht auf den Ersatz des Remboursüberschusses; das Recht auf letzteren ist unabhängig von dem Verfügungsrecht über die Wechselurkunde (129 f., 133). S. ferner Art. 6.

Art. 42. I. L i t e r a t u r. O e r t z e n, Der Wechselregreß. S. zu Art. 41.

II. R e c h t s p r e c h u n g. 1. SchlHolstAnz. **12** 109 (Kiel). Der etwaige Erlaß des Protestes durch e i n e n Regreßpflichtigen gilt nicht als a l l g e m e i n e r Wechselprotesterlaß zum Nachteil anderer Regreßpflichtiger. Wird ein solcher Wechsel nicht protestiert, so sind die übrigen Regreßpflichtigen befreit. Bezahlen sie gleichwohl den Wechsel, so ist die Zahlung regelmäßig als Zahlung einer Nichtschuld aufzufassen.

2. JBl. **12** 381—383 (OGH. Wien). Der Wechseleskomptevertrag ist Kauf der Forderung aus dem Wechsel. Der Eskompteur haftet dem Wechselbegeber aus der Unterlassung der rechtzeitigen Protesterhebung, falls diese nicht ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen erlassen wurde.

Art. 43. 1. **RG.** JW. **12** 48 Nr. 50, BankA. **11** 170. Hat der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft einen Wechsel namens dieser Gesellschaft auf sich gezogen und im eigenen Namen angenommen, und ist der Wechsel dann auf ausdrücklichen Wunsch des Teilhabers von dem ersten Indossatar domiziliert worden, so wirkt die

darin liegende Einverständniserklärung in die Domizilierung auch zugleich gegen die als Ausstellerin verpflichtete offene Handelsgesellschaft.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 681. Hat der Kläger, der den Domizilvermerk nachträglich beigesetzt, der Beklagten hiervon Mitteilung gemacht, so brauchte diese, die zudem nicht Kaufmann war und zu dem Kläger in keinen sonstigen Beziehungen stand, nicht zu antworten, ohne daß ihr Schweigen nach den Anschauungen des redlichen Verkehrs als Einverständnis zu gelten gehabt hätte. Anders läge die Sache nur, wenn sonstwie besondere Umstände vorhanden gewesen wären, die den Kläger zu der Annahme berechtigten, daß sein Vorgehen von der Beklagten gebilligt werde.

Artt. 45, 47. RG. 76 179 (s. schon zit. JDR. **10** 1141). Die Benachrichtigungspflicht ist nach Artt. 45, 47 WO. an die gesetzliche Voraussetzung geknüpft, daß der Indossant im Giro den für die Benachrichtigung bestimmten Adreßort angegeben hat. Hierdurch erklärt der Indossant, daß er unter dieser Adresse benachrichtigt sein will; durch die Unterlassung der Beifügung der Ortsbezeichnung zum Giro verzichtet er auf die Benachrichtigung. Ein auf der Vorderseite des Wechsels angebrachter Stempelabdruck ist nicht als der Vorschrift des Art. 47 entsprechend anzusehen.

Art. 48 s. zu Art. 10.

Art. 50.* Heymann, Das Verschulden beim Erfüllungsverzuge (137 ff.). Die 6 pCt. Zinsen der Wechselsumme beim Regreß (vgl. auch Art. 51 WO.) sind ursprünglich Verzugszinsen gewesen, jetzt aber gesetzliche Zinsen, für welche die Verzugserfordernisse nicht gelten, so daß auch keine Exkulpation möglich ist, während die gewohnheitsrechtlich vom Akzeptanten von der Präsentation ab geschuldeten Zinsen wirkliche Verzugszinsen sind, aber jeden weiteren Verzugsanspruch absorbieren.

Art. 51. 1. Weber, Zum Rembourstegreß, SeuffBl. **13** 132 ff., wendet sich gegen **RG. 77** 185, dessen Entscheidung er zwar im Ergebnisse für richtig hält, aber nicht, weil die Rechtsnatur des Remboursregresses maßgebend sei, sondern weil sich die Klage gegen den Wechselhauptschuldner, den Akzeptanten, richte.

2. Ebenso Ritter, Handelsrechtliche Rundschau, ABürgR. **38** 387 ff. (406). Das Gesetz läßt, wenn der Vormann den Wechsel im Regreßweg einlöst, das Wechselrecht in der Person des bisherigen Wechselberechtigten erlöschen und in der Person des Vormanns wieder erstehen. Nirgend aber deutet es an, daß dasselbe auch dann der Fall ist, wenn der Wechsel auf irgend einem anderen Wege in die Hände des Vormanns zurückgelangt. Insbesondere kann von einer „Einlösung im Regreßwege" keine Rede sein, wenn gar kein Regreß, kein Regreßrecht und keine Regreßpflicht bestehen.

3. Oertzen, Der Wechselregreß. S. zu Art. 41, s. ferner zu Art. 10.

Art. 54. Oertzen, Der Wechselregreß. S. zu Art. 41.

Art. 78. 1. OLG. **24** 209 f. (Rostock). Hemmt die von dem Mitaussteller eines Bankwechsels erwirkte Prolongation die Verjährung gegen den anderen Aussteller? Die Frage ist in der Regel zu bejahen, weil in der Regel die von einem Mitaussteller erwirkte Prolongation nach dem Willen des der Beteiligten auch zugunsten der übrigen Mitaussteller wirken soll.

2. OLG. **24** 290 (Hamburg). § 426 BGB. gilt nicht für das Verhältnis des Wechselgläubigers zu den Wechselschuldnern. (S. schon JDR. **11** zu BGB. 426 Ziff. IV).

3. Ebenso **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 102.

4. JBl. **13** 298 f. (OGH. Wien). Der Protesttag ist in die im Art. 78 WO. normierte Verjährungsfrist nicht einzurechnen.

Art. 81. JBl. **13** 396 (OGH. Wien). Wenn von zwei Wechselbürgen der eine den Wechsel als Aussteller, der zweite aber als Girant unterschreibt, so steht, im Falle der Bezahlung der Wechselvaluta seitens des Ausstellers, diesem gegen den Giranten

des Wechsels ein gemeinrechtlicher Anspruch auf Ersatz zu gleichen Teilen nicht zu, s. ferner Art. 6.

Art. 81 s. zu Art. 6.

Art. 82. A. Absolute Einreden. Begebungsvertrag. 1. **RG. 77** 139 f., JW. **12** 48—50. Die Ungültigkeit eines Begebungsvertrags kann redlichen Dritterwerbern nicht entgegengehalten werden (schon zitiert JDR. **10** B I 2).

2. SeuffBl. **12** 296 f., WürttRpflZ. **5** 160—162 (Stuttgart). Der Einwand des mangelnden Begebungsvertrags, d. h. der Einwand, daß dem Beklagten die Wechselurkunde unfreiwillig abhanden gekommen sei, ist keine wechselmäßige Einrede im Sinne des Art. 82 WO., also dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht wirksam. Der Wechselschuldner muß also nicht nur beweisen, daß ihm die Urkunde unfreiwillig abhanden gekommen, sondern auch, daß dem Wechselinhaber beim Erwerbe des Wechsels dieser Sachverhalt bekannt war.

3. OLG. **24** 210 f. (München). Wechselbegebung durch einen nicht Geschäftsfähigen. Die Frage, ob die Wechselbegebung durch eine nicht geschäftsfähige Person, z. B. einen wegen Verschwendung Entmündigten den gutgläubigen Erwerb des wechselrechtlichen Anspruchs gegen den Akzeptanten hindert, ist nicht unbestritten, aber zu verneinen.

4. HansGZ. **13** Hauptbl. 271f. (Hamburg). Die Klage aus einem Wechsel gegen den Akzeptanten ist abzuweisen, wenn ohne seine Einwilligung Ausstellungs- und Fälligkeitsdatum abgeändert wurde.

5. **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 218. Die zwischen dem Geber und Nehmer eines Wechselblanketts getroffene Vereinbarung eines spätesten Verfalltags bedeutet keineswegs in jedem Falle, daß der Nehmer nicht einen noch späteren Verfalltag in das Blankett einrücken dürfe, — dann nämlich nicht, wenn der Endtermin zugunsten des Blankettnehmers gemeint ist, als der Tag, an welchem der Schuldner zahlen muß, über den hinaus Stundung nicht erwartet werden kann.

B. Relative Einreden. I. Allgemeines. 1. Literatur. Mansfeld, Zur Geltendmachung von Willensmängeln gegenüber gutgläubigen Wechselerwerbern? Der Verf. erörtert die Frage, inwieweit Willensmängel — und zwar im einzelnen Simulation, Zwang, Betrug und Irrtum — dem gutgläubigen Wechselerwerber gegenüber I. nach der geltenden WO. Art. 82, II. nach dem im Haag beschlossenen Entwurfe der Weltwechselordnung — EWO. Art. 16 — geltend gemacht werden können. Er ist für möglichste Einschränkung des Einwandes und gibt der negativ gehaltenen Fassung des letzteren Entwurfes, der nur die unzulässigen Einwendungen bestimmt, vor der des Art. 82 WO. den Vorzug.

2. Rechtsprechung. a) ÖstZBl. **12** 677—679 (OGH. Wien). Der Erwerber eines der Unterschrift des Ausstellers noch entbehrenden Wechselakzepts ist berechtigt, sich selbst zum Aussteller zu machen. Er muß aber Einwendungen aus Abreden mit dem ersten Nehmer gegen sich gelten lassen. b) ÖstZBl. **12** 1056 Nr. 529, JBl. **12** 334 (OGH. Wien). Die Zulässigkeit von Einreden aus der Person des ersten Wechselnehmers gegen den dritten Erwerber, der den der Ausstellerunterschrift entbehrenden Wechsel selbst als Aussteller unterschrieben hat. c) Dagegen OGH. ÖstZBl. **12** 1056 f. Nr. 530, JBl. **12** 334. d) JBl. **13** 34 f. (OGH. Wien). Der Akzeptant kann die Einrede, daß der Domizilvermerk ohne sein Wissen nach Beisetzung des Akzepts beigefügt sei, jedem Wechselinhaber entgegenhalten. Nach Redaktionsvermerk steht diese Entscheidung mit der jahrelangen Praxis des OGH. im Widerspruche. e) **RG.** LeipzZ. **13** 934, JW. **13** 1110 f Nr. 10. Tritt ein Indossant den Anspruch, zu dessen Erfüllung oder Sicherung der Wechsel bestimmt ist, an den Indossatar ab, so kann der Wechselschuldner Einwendungen gegen den Anspruch auch der Wechselklage des Indossatars entgegensetzen. Da das zivile Rechtsverhältnis

durch die Zession auf den Indossatar ausgedehnt wird, handelt es sich bei den Einwendungen, auch wenn der Indossatar klagt, im Sinne der zweiten Gruppe des Art. 82 WO. um Einreden, die dem Schuldner unmittelbar gegen den Kläger zustehen.

II. Spezielles. 1. Prolongation. a) **RG.** HessRspr. **12** 313—315. Die Schuld aus einem Prolongationswechsel ist identisch mit der aus dem Erstwechsel. Dies gilt sowohl bezüglich der Einwendungen gegen den Wechselschuldner wie zugunsten des Wechselgläubigers. **b)** SächsOLG. **33** 165—170. Abkommen über Prolongation von Wechseln. Bei der Prolongationsabrede hängt die Verpflichtung des Gläubigers, sich mit der Abschlagszahlung zufrieden zu geben und den laufenden Wechsel einzulösen, davon ab, daß ihm der Schuldner den neuen Wechsel so rechtzeitig übersendet, daß er sich durch dessen Diskontierung die Mittel zur Einlösung des laufenden Papieres noch beschaffen kann (so auch SächsRpflA. **98** 174, **07** 565, SeuffA. **60** 203). Denn die Stundungsabrede hat in der Regel die Bedeutung, daß der Gläubiger zwar den gerade laufenden Wechsel selbst einlösen soll, aber nicht mit eignem, sondern mit dem durch den Verkauf der Erneuerungswechsel beschafften Gelde, gegebenenfalls zuzüglich des vom Schuldner bar abgezahlten Betrags. Mit Rücksicht auf diese gebotene rechtzeitige Verwertungsmöglichkeit muß der Gläubiger mindestens am Tage vor dem Verfalle im Besitze des Prolongationswechsels sein, und es ist die Einsendung der Erneuerungswechsel am Fälligkeitstage verspätet. Eine andere Auslegung würde nur dann Platz greifen, wenn nach dem Willen der Parteien der Gläubiger die alten Wechsel nicht begeben dürfte, sondern sie nur als Sicherungsmittel erhalten hatte.

2. Blankowechsel. a) **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 191 f. Beim Blankoakzept muß der Akzeptant zur Zeit der Begebung des Akzepts geschäftsfähig sein. Ist er in diesem Zeitpunkte geschäftsunfähig, so haftet er nicht, auch wenn er zur Zeit der Niederschrift des Akzepts geschäftsfähig war. **b)** ÖstZBl. **12** 1052 f. (OGH.) — mit eingehender Kritik seitens des Herausgebers unter Hinweis auf die gegenteilige Rechtsprechung des RG. — die Einrede der Fälschung eines — vertragswidrig über eine zu hohe Summe ausgefüllten — Blankowechsels greift auch dem dritten gutgläubigen Wechselnehmer gegenüber durch.

3. Gefälligkeitsakzept. a) **RG.** **77** 29—30, JW. **11** 822 f. Nr. 39 (schon zitiert in DJR. **10** Art. 82 B II 3 d). Umfaßt der Erstattungsanspruch des Gefälligkeitsakzeptanten auch die durch die Klage des Wechselinhabers entstandenen Prozeßkosten? Bejaht. **b)** **RG.** JW. **12** 48 f. Nr. 51, BankA. **11** 170. Ein Wechselinhaber darf die erhaltenen Gefälligkeitsakzepte, zu deren Einlösung er sich verpflichtet hatte, auch dann nicht geltend machen, wenn ihm andere Forderungen gegen den Akzeptanten zustehen.

4. Einreden aus dem dem Wechsel zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte. a) **RG.** HansGZ. **12** Hptbl. 307, LeipzZ. **12** 841. Ein Akzept, das gegeben wurde zur Erfüllung eines weder notariell noch gerichtlich errichteten Vertrags auf Übertragung von Geschäftsanteilen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, kann wegen Nichtigkeit dieses Vertrags kondiziert werden. **b)** **RG.** BankA. **12** 45. Auch gegenüber der Wechselklage des Vertragsgegners ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zulässig. Die Beweislast trifft aber den Wechselschuldner. Er muß darlegen und beweisen, warum der Kläger, obwohl im Besitze des Wechsels, gleichwohl zu seiner Geltendmachung nicht befugt ist. **c)** **RG.** LeipzZ. **12** 750 f. Das OLG. stellt mit eingehender tatsächlicher Begründung fest, daß die von dem Kläger eingeklagten Wechsel als Entgelt für eine Heiratsvermittelung ausgestellt worden sind und daß ihnen deshalb gemäß § 656 BGB. eine rechtswirksame Schuldverbindlichkeit nicht zugrundeliegt, sowie ferner daß der ursprüngliche Nehmer der Wechsel B, diese auf den Kläger zu dem Zwecke indossiert hat, die daraus sich ergebenden Einwendungen dem Beklagten abzuschneiden. Daß durch eine zu diesem Zwecke

erfolgende Weiterbegebung eines Wechsels der formell Wechselberechtigte sich eines Verstoßes gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB. schuldig macht, hat das RG. (**RG. 51** 357, **56** 321) wiederholt ausgesprochen. Das OLG. nimmt keineswegs auf seiten des Klägers einen bloßen Verdacht, sondern eine wirkliche Kenntnis von jener Absicht des B. an. Zu einer solchen Kenntnis ist aber nicht erforderlich, daß der Kläger wußte, auf welchem Rechtsgrunde die dem B. entgegenstehenden Einreden beruhten. d) **RG.** LeipzZ. **12** 762, WarnE. **12** 354 f. Der Indossant kann gegenüber dem Wechselanspruche einwenden, daß der Akzeptant vom Wechselgläubiger bewuchert worden sei, — wenn der Indossant auf Grund des wucherischen Geschäftes auf Wunsch des Wechselgläubigers seine Wechselunterschrift gegeben, um sich für die wucherische Schuld des Akzeptanten zu verbürgen. e) HansGZ. **12** Hauptbl. 169—171 (Hamburg). In der Hingabe von Akzepten seitens eines Schuldners aus Börsentermingeschäften liegt auch dann keine Erfüllung im Sinne des § 55 des Börsengesetzes vom 8. Mai 1908, wenn der Schuldner mit der Weiterbegebung der Akzepte einverstanden war. f) OLG. **24** 212 f. (München). Einrede des Depot- und Kautionswechsels. Die Vereinbarung, daß ein Wechsel zur Sicherstellung dienen soll, schließt für sich allein dessen Weiterbegebung nicht aus. Durch sie wird nicht über die Begebungsfähigkeit des Wechsels verfügt, sondern nur der Zweck bestimmt, dem der Wechsel dienen soll. Für die wechselrechtliche Verpflichtung ist aber allein maßgebend die im Wechsel übernommene Verbindlichkeit. Darum ist der Kautionsgläubiger berechtigt, sich für sein Guthaben bei Verfall nach Wechselrecht bezahlt zu machen; er kann mangels einer entgegenstehenden Abrede den Wechsel sogleich nach Empfang durch Girierung realisieren, und es liegt ihm bei der Ausklagung des Wechsels auch nicht der Nachweis ob, daß seine Forderung besteht; vielmehr hat umgekehrt der Wechselschuldner die etwaigen Einwendungen, die ihm aus dem dem Wechsel zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte zustehen, zu beweisen, daß also aus dem zu sichernden Rechtsverhältnisse für den Gläubiger kein Guthaben entstanden ist, noch entstehen wird. Hiernach ist die Einrede des Kautionswechsels keine Einrede aus dem Wechselrecht (**ROHG. 6** 439, **13** 237, 282, 413).

5. Arglist. a) **RG.** LeipzZ. **12** 233 f. Zur Begründung des Einwandes der Arglist gegenüber dem Anspruch aus dem Wechsel genügt die Feststellung nicht, daß der Kläger bei Erwerb des Wechsels grob fahrlässig war, weil sein Rechtsvorgänger den Wechsel entweder nicht zur freien Verfügung oder doch nur in bösem Glauben erworben habe. Diese bloß alternative Feststellung hinsichtlich des Verhältnisses des Rechtsvorgängers zum Wechsel ist ungenügend. Soll es dem Kläger als grobe Fahrlässigkeit angerechnet werden, daß er den Wechsel von dem bösgläubigen Rechtsvorgänger erwarb, so muß festgestellt werden, worüber sich dieser in bösem Glauben befand. b) **RG.** WarnE. **12** 422 f. Erwerb von Wechseln, um dem Wechselschuldner Einreden abzuschneiden. Es genügt zwar die bloße Kenntnis des Erwerbers des Wechsels davon, daß dem ursprünglichen Wechselnehmer Einreden entgegenstehen, zur Annahme einer Arglist nicht, es bedarf vielmehr dazu besonderer Umstände (**RG. 57** 65, 391, JW. **08** 151 Nr. 25, LeipzZ. **10** 778); solche Umstände sind aber gegeben, wenn der Erwerber des Wechsels gewußt hat, daß der ursprüngliche Wechselnehmer den Wechsel auf ihn zu dem Zwecke indossiere, um dem Wechselschuldner jene Einwendungen abzuschneiden. c) S. auch **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 114 f. und d) **RG.** LeipzZ. **13** 377 f., sowie e) LeipzZ. **13** 636 ff. (Colmar). f) **RG.** R. **12** Nr. 1277. Zu § 157 BGB. Gibt der Gläubiger die ihm zahlungshalber behändigten Wechsel an einen Dritten weiter, so kann der Schuldner der Klage aus dem unterliegenden Rechtsverhältnisse mit der Arglisteinrede begegnen, wenn für ihn die Gefahr der Doppelzahlung besteht. g) R. **12** 514 (Colmar). Widerrechtlich handelt der Kläger, der sein formales Recht aus dem Wechsel geltend macht, um einen ihm nach der wahren Sachlage nicht zustehenden Anspruch durchzuführen. Der Wechsel ist kein

derart abstraktes Versprechen, daß er, solange er nicht in dritte Hand übergegangen ist, von dem ihm zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse vollständig losgelöst wäre. Der Umstand, daß der Wechselkläger die Tatsache bestreitet, auf welche die Beseitigung des obligatorischen Verhältnisses gestützt wird, und daß er hiermit auch die Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Kausalgeschäftes selbst behauptet, hat nur die Folge, daß es nunmehr dem Beklagten obliegt, zu beweisen, daß ihm gegenüber das Recht aus dem Wechsel von diesem Kläger nicht geltend gemacht werden könne, weil das Grundgeschäft weggefallen sei. Die Aufhebung des zugrunde liegenden Vertrags braucht also keineswegs schon vorher rechtskräftig festgestellt zu sein, sondern kann im Wege der Einrede geltend gemacht werden. **h) RG.** JW. **12** 28 f. Nr. 10, HoldheimsMSchr. **12** 24, BankA. **11** 169, LeipzZ. **12** 66 (s. schon JDR. **10** B II 5 d). Wenn ein Bankier sich einem anderen gegenüber verpflichtet, das Konto eines Schuldners des letzteren „abzulösen", so will dieser damit regelmäßig unter Befriedigung des bisherigen Gläubigers als neuer Gläubiger an dessen Stelle treten. Wenn er nun vollends die für das Schuldverhältnis laufenden Wechsel von dem bisherigen Gläubiger auf sich indossieren, die Wechsel sich aushändigen und die bestellten Sicherheiten sich übertragen läßt, so ergibt sich daraus, daß die Befriedigung des bisherigen Gläubigers nicht eine objektive Tilgung der Wechselobligation bezweckt, sondern daß diese im Gegenteil fortbesteht.

Art. 85. HansGZ. **12** Hauptbl. 241 f. (Hamburg). Aus einer in England von dort wohnenden englischen Kontrahenten ausgestellten promissory note, lautend „Hull 11. July 1906. On demand I promise to pay to Mr. Richard Fosdick the sum of eight hundred and sixtyfive pounds two shillings and six pence value received. R. Frederick Fosdick." kann hier im Wechselprozesse geklagt werden. Denn auf diese promissory note (vgl. Art. 83 der englischen WO. von 1882) finden die Vorschriften über bills of Exchange nach Art. 89 daselbst entsprechende Anwendung (vgl. **RG. 9** 437, ObTrib. **43** 274 ff. hinsichtlich der insoweit ebenso zu beurteilenden amerikanischen promissory note). S. ferner Art. 4 Nr. 7.

Art. 87. 1. Staedler, Postwechselprotest und Postprotestformular, LeipzZ. **12** 362—368. Der Verf. erachtet die Postprotestformulare als ordnungsmäßig, regt aber an, die Postprotestinstruktion dahin zu berichtigen, daß die ausdrückliche Benennung des Protestaten im Proteste vorgeschrieben werde.

2. **RG.** ZBlFG. **13** 200. Dem mit der Wechselprotesterhebung beauftragten Notar liegt die Verpflichtung, bei Ausführung seines Auftrags ordnungsmäßig und sorgfältig zu verfahren, auch dem Aussteller des Wechsels gegenüber ob; denn das Protestwesen dient nicht nur dem Schutze des auftraggebenden Wechselgläubigers, sondern dem Schutze aller Wechselbeteiligten. Der Wechselaussteller ist zwar nicht daran interessiert, daß überhaupt protestiert werde, wohl aber daran, daß, wenn es geschieht, der Protest ordnungsmäßig erhoben werde.

Art. 88. I. Literatur. 1. Basch, Protestaufnahme von Anweisungen, Konnossementen usw., DJZ. **12** 1466 f. Der Verf. geht davon aus, daß die in Art. 88 WO. gegebenen Vorschriften nur auf Wechsel und (nach § 16 ScheckG.) auf Schecks, dagegen nicht auf Proteste betr. Anweisungen, Konnossemente, Zinsscheine usw. Anwendung finden, und erörtert sodann im einzelnen die Unterschiede beider Protestarten. Ist zweifelhaft, ob eine Urkunde ein Wechsel oder eine Anweisung ist, was bei fremdländischen Papieren der Fall ist, so wird die Form des Wechselprotestes vorzuziehen sein.

2. Klasenaar, Zu Abs. 2 des Art. 88 WO., LeipzZ. **12** 49—52. Auch seit der Protestnovelle vom 30. Mai 1908 ist nach wie vor daran festzuhalten, daß ein Protest, wo er Sollemnitätsakt ist, immer nur aus sich allein ausgelegt werden darf und daher ungültig ist, sobald bezüglich irgend eines wesentlichen Erfordernisses irgendein Zweifel obwaltet. Die Beseitigung des Zweifels durch Heran=

ziehung anderer Beweismittel ist nach wie vor unzulässig. Im Abs. 2 des Art. 88 handelt es sich um zwei Formerfordernisse, von denen weder das eine noch das andere fehlen darf. Der Glaube der Protesturkunde hat zwei Voraussetzungen: das beigedrückte Amtssiegel sowie die in der Urkunde selbst zum Ausdrucke gebrachte Amtsstellung des Beamten nebst Vollziehung durch ihn als einen solchen Beamten, der nach den gesetzlichen Bestimmungen zur Aufnahme der Urkunde zuständig ist.

II. Rechtsprechung. 1. OLG. **24** 213, DNotV. **12** 618, ZBlFG. **12** 743 Nr. 551 (Marienwerder). Ein Protest, der nur feststellt, „daß die Frau des Akzeptanten angetroffen und — aufgefordert sei", nicht aber, daß nur die Frau des Akzeptanten angetroffen worden, ist nichtig.

2. **RG.** WürttZ. **12** 209, SeuffBl. **11** 358. Daß die Beurkundung des Protestes an dem Orte der Protesthandlung erfolgen müsse, ist gesetzlich nicht vorgeschrieben und die Gültigkeit einer an einem anderen Orte, insbesondere an dem Amtssitze des Protestbeamten, aufgenommenen Protesturkunde anzuerkennen. Ein Verstoß gegen Ziff. 1, 3 Art. 88 WO. hat nicht die Unwirksamkeit des Protestes zur Folge, sofern aus ihm genügend erhellt, daß die Protesthandlung gegen die richtige Person und an dem richtigen Orte vorgenommen ist.

3. WürttZ. **12** 209, KGBl. **12** 98 (KG.). Ein Wechselprotest, aus dem lediglich hervorgeht, daß Wohnung oder Protestlokal des Protestaten in dem auf dem Wechsel angegebenen Hause nicht zu ermitteln waren, ist ungültig. Der Protestbeamte hat sich nicht nur in das in der Wechseladresse bezeichnete Haus zu begeben und, falls der Bezogene dort weder Geschäftslokal noch Wohnung hat, dies festzustellen; er hat vielmehr in solchem Falle Ermittelungen nach einer anderweitigen Adresse am Zahlungsort anzustellen und dies zu beurkunden.

4. PosMSchr. **11** 79, DNotV. **12** 618 f. (Marienwerder). Der gegen eine Gesellschaft gerichtete Protest war, wie die Urkunde besagte, in dem Geschäftslokale des Gesellschafters H. aufgenommen. Dies wurde für unzureichend erklärt; denn die Geschäftsstelle einer juristischen Person sei etwas anderes als die einer physischen Person, und es sei nicht zum Ausdrucke gebracht, daß das Geschäftslokal des Gesellschafters das der Gesellschaft sei. Allerdings verlange das Gesetz nicht die Angabe des Geschäftslokals, werde es aber angegeben, so müsse es das richtige sein. Der Protest sei indessen dennoch gültig, weil ein Widerspruch des Geschäftsführers H. bei der Protesterhebung nicht erfolgt sei. Hierin sei ein stillschweigendes Einverständnis mit der Wahl des Ortes zu finden.

Art. 91 s. Art. 88.

Art. 92. 1. Alexander, Moratorium und Wechselregreß, BankA. **11** 61. Der Verf. vertritt gegen Wehberg — unter Hinweis auf **RG. 36** 127 ff. — die Ansicht, daß infolge des relativen Inhalts der Wechselregreßschuld die Regreßpflicht des deutschen Ausstellers eines in einem Balkanstaate zahlbaren Wechsels, der infolge des Moratoriums nicht an dem im Wechsel bestimmten Verfalltage protestiert worden sei, erst in dem Augenblick entstehe, in dem nach dem Rechte des Balkanstaats von dem Akzeptanten Zahlung verlangt werden könne, — daß also der Wechsel erst mit dem Ablaufe des Moratoriums protestiert zu werden brauche, um den Regreß gegen die Vormänner zu sichern. Die Redaktion führt (61 f.) zu dieser Frage eine durch die österreichische Gesetzgebung gefundene positive Regelung an.

2. Dagegen die Erwiderung Wehbergs, Nochmals Moratorium und Wechselregreß, BankA. **11** 82, der — unter anderer Auslegung der von Alexander angezogenen Reichsgerichtsentscheidung und unter Hinweis auf Salpius, GoldschmidtsZ. **19** 1—66, — bei seiner gegenteiligen Auffassung verbleibt.

Art. 96. Nr. 5 s. zu Art. 4 Nr. 5.

Art. 100. OLG. **24** 208 ff. (Stettin). Wann verjährt ein eigener Wechsel auf Sicht, der die Unterschriften mehrerer Aussteller trägt, den einzelnen Ausstellern gegenüber?

Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen.

Vorbemerkung: Im Berichtsjahre sind zahlreiche Entscheidungen aus dem Gebiete des Automobilhaftpflichtrechts zu verzeichnen. Die Frage, wer Halter eines Kraftfahrzeugs ist, sowie die im § 17 geregelte Haftpflicht beim Zusammenstoße mehrerer Kraftfahrzeuge, sind durch wichtige Urteile des RG. geklärt worden. Wichtig ist die Haftung in den Regreßfällen, in denen die Haftung aus dem Beförderungsvertrage, dem BGB., dem AutoG. und bisweilen auch dem HaftpflG. zusammenfällt. Einige Entscheidungen befinden sich bei § 823 und bei § 831. — Im Anhang ist auch in diesem Jahre wiederum die Bundesratsverordnung berücksichtigt.

Literatur: Freymuth, Der Ausschluß der Ersatzpflicht nach § 7 Absatz 2 des deutschen Kraftfahrzeuggesetzes vom 3. Mai 1909, EisenbE. **30** 1, 141. — Schmid, Entziehung des Führerscheins gemäß § 4 des Automobilgesetzes wegen Bestrafungen auf Grund von Verfehlungen gegen die Bundesratsverordnung vom 3. Februar 1910, WürttRpflZ. **13** 312. — Weitz, Fällt das Einschleppen von beschädigten Kraftfahrzeugen unter § 25 der Bundesratsverordnung vom 3. Februar 1910 (RGBl. S. 389)? R. **13** 746.

§ 2. 1. EisenbE. **29** 281 (PrOVG.). Eine die Versagung der Erlaubnis zur Führung von Kraftfahrzeugen rechtfertigende Tatsache ist nicht stets darin zu finden, daß der Nachsuchende häufig Wirtshäuser besucht und Zechschulden macht.

2. DJZ. **13** 648 (BraunschwVGH.). Erlaubniserteilung bei geringen Mängeln der Sehfähigkeit ist möglich.

§ 3. 1. SächsRpflA. **13** 429 (Dresden). Die zur Ausbildung von Führern ermächtigte Person haftet für Unfälle, die bei Probefahrten vorkommen. Dagegen haftet der die Probefahrt abnehmende Sachverständige nicht (vgl. § 14 Abs. 4 Anw. des BR. über die Prüfung von Führern von Kraftfahrzeugen).

2. **RG.** R. **13.** Nr. 1026. Das RG. läßt es dahingestellt, ob der § 3 Abs. 2 KraftfG. auf Fälle entsprechend anwendbar ist, die eine Haftung nach den Vorschriften des BGB. über unerlaubte Handlungen betreffen, insbesondere nach § 831.

3. DJZ. **13** 238 (PrOVG.). Das völlige Fehlen der Sehkraft auf einem Auge schließt die Zulassung zur Führung von Kraftfahrzeugen aus.

§ 4. 1. Schmid. Als „ungeeignet", ein Kraftfahrzeug zuverlässig zu führen, wie es der öffentliche Verkehr verlangt, muß jemand auch dann gelten, wenn er wiederholt wegen Vergehens gegen die §§ 1 und 2 in Verb. mit § 23 und 24 AutoG. bestraft worden ist. Die Entziehung ist bei Übertretungen der Vorschriften über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen möglich.

2. EisenbE. **29** 411, DJZ. **13** 1328 (BraunschwVGH.). Versagung der Fahrerlaubnis wegen Ungeeignetheit des Antragstellers. Heilung der Unzuverlässigkeit durch Ablauf eines längeren Zeitraums.

3. BadRpr. **13** 177 (BadVGH.). Entziehung der Fahrerlaubnis wegen einer Bestrafung wegen Betrugs und Konkursvergehens.

4. DJZ. **13** 648 (BraunschwVGH.). Entziehung der Erlaubnis wegen Eigentumsvergehen.

§ 7. I. Abs. 1.

1. Fahrzeughalter (JDR. **11** § 7 Abs. 1 Ziff. 1).

a) **RG.** R. **13** Nr. 2343. Für die Frage der Eigenschaft als Kraftfahrzeughalter kommt es darauf an, ob der als Halter in Anspruch Genommene das Fahrzeug für eigene Rechnung in Gebrauch hat und ob er die umfassende Verfügungsgewalt über das Fahrzeug besitzt, die ein solcher Gebrauch voraussetzt. In welcher Weise

und für welchen Zeitraum dieses Herrschaftsverhältnis zustande gekommen ist, ist ebenso unerheblich wie bei einem Tierhalter. Es genügt daher nicht, wenn der Vorderrichter die Haltereigenschaft des Beklagten deswegen verneint, weil die Firma K. den Kraftwagen dem Beklagten zu einer Spazierfahrt am ersten Osterfeiertag überlassen habe, auch folgt hieraus keineswegs, daß der Betrieb des Kraftwagens während der hier erheblichen Fahrt ausschließlich auf Rechnung der Eigentümerin ging. In diesem Zusammenhange kann auch die Angabe erheblich werden, daß der Beklagte ein Trinkgeld von 25 M. erhalten sollte, also jedenfalls an der Fahrt geldlich interessiert war.

b) R. **13** Nr. 3295 (Hamburg). Der Begriff des Haltens eines Kraftfahrzeugs ist in das RGes. über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909 aus § 833 BGB. übernommen; es ist daher zur Auslegung des Begriffs derjenige des Begriffs des Tierhalters heranzuziehen. Nach der herrschenden Meinung (**RG. 62** 81) ist das Verhältnis des Tierhalters zum Tiere in erster Linie ein tatsächliches; es kommt nicht darauf an, wer Eigentum oder sonstige Rechte an dem Tiere hat, sondern Halter ist derjenige, der im eigenen Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhaltung die Sorge für das Tier, und zwar für einen Zeitraum von gewisser Dauer übernommen hat. Dementsprechend legen auch die Motive zum Kraftfahrzeuggesetze den Hauptnachdruck darauf, daß der Betrieb des Fahrzeugs für eigene Rechnung des Halters erfolgt, daß dieser den Führer anstellt, für Aufbewahrung, Unterhaltung, Reparaturen usw. sorgt. Ein solches Verhältnis liegt vor, wenn eine Kraftfahrzeugfabrik einem ihrer Vertreter einen Wagen überläßt, den der Vertreter Kunden vorzuführen hat, aber auch für sich benutzen kann und auf eigene Kosten einschl. des Chauffeurs zu unterhalten hat. Damit ist dieser Vertreter Halter geworden.

c) RheinA. **110** I 296 (Düsseldorf). Halter ist derjenige, der das Fahrzeug in seinem wirtschaftlichen Interesse benutzt und für seine Erhaltung und Unterhaltung zu sorgen hat, oder mit anderen Worten derjenige, in dessen Wirtschaftsbetriebe das Kraftfahrzeug zu einer bestimmten Zeit steht.

d) **RG.** JW. **13** 337, R. **13** Nr. 584. Fahrzeughalter ist nicht, wer den Kraftwagen zu Probefahrten benutzt. Wird bei einer Probefahrt das Personal des das Fahrzeug Überlassenden benutzt, so ist dieser letztere als Halter anzusehen.

2. SeuffA. **68** 274, EisenbE. **30** 173 (München). „Bei dem Betrieb erfolgt" ist jede Körperverletzung, die in einem, sei es unmittelbaren oder mittelbaren ursächlichen Zusammenhange mit den dem Kraftfahrzeugbetrieb eigentümlichen Gefahren steht und auf diese als ihren Entstehungsgrund zurückzuführen ist. Es genügt daher, wenn der Unfall ohne Berührung des Verletzten mit dem Fahrzeuge durch Vermittlung einer von der Betriebsursache in Bewegung gesetzten Zwischenursache herbeigeführt wird, z. B. wenn ein Pferd durch das starke Geräusch der Maschine oder deren rasches Heranfahren scheu wird und den Insassen des Wagens, der herabgesprungen war, um das Pferd zu beruhigen, auf die Seite reißt und verletzt.

3. **RG.** R. **13** Nr. 2184. Der Beklagte war verpflichtet, mit ganz besonderer Sorgfalt darauf zu achten, daß er das Warnungssignal rechtzeitig gab, weil der Fahrdamm infolge des Schneefalls glatt war und dadurch die Vorwärtsbewegung der Fußgänger erschwert wurde. Bei dieser Sachlage muß die Unterlassung der rechtzeitigen Abgabe des Warnungssignals als eine der Fahrlässigkeit des Klägers gleichwertige Ursache des Unfalls angesehen werden, welche die hälftige Verteilung der Ersatzpflicht als gerechtfertigt erscheinen läßt. Der Einwand, daß den Kläger die überwiegende Schuld treffe, weil er noch vor der Kraftdroschke habe vorbeilaufen wollen, obwohl er in Hausschuhen gewesen und dadurch seine Fortbewegung auf dem glatten Boden besonders erschwert worden sei, erledigt sich durch die Feststellung, daß der Kläger den Entschluß, vor der Droschke vorbeizulaufen, in der durch

das unerwartete Auftauchen des Wagens hervorgerufenen Bestürzung gefaßt hat. Sein Verschulden hat also weniger in dieser unzweckmäßigen Handlungsweise, als vielmehr darin bestanden, daß er bei dem Überschreiten des Fahrdamms nicht mit der erforderlichen Aufmerksamkeit auf herannahende Fahrzeuge geachtet hat.

4. **RG.** R. **13** Nr. 2183. Der Beklagte war nach § 19 BRVO. vom 3. Februar 1910 verpflichtet, den die Fahrtrichtung kreuzenden Kläger durch deutlich hörbares Warnungszeichen rechtzeitig auf das Nahen des Wagens aufmerksam zu machen; denn er mußte sehen, daß der Kläger bei Fortsetzung seines Weges mit dem Kraftwagen zusammenstoßen würde. Eine Abgabe des Warnungszeichens war nur dann unnötig, wenn der Beklagte annehmen durfte, daß der Kläger das Kraftfahrzeug bereits bemerkt hatte. Zu dieser Annahme konnte aber das Verhalten des Klägers keinen Anlaß geben, und der Unfall ist auch gerade dadurch herbeigeführt worden, daß der Kläger die Kraftdroschke nicht rechtzeitig bemerkt hat.

5. SchlHolstAnz. **13** 248 (Kiel). Ein Automobilführer handelt fahrlässig, wenn er ein auf dem Wege bestehendes erhebliches Hindernis sich nicht merkt und deshalb auf der Rückfahrt unbeachtet läßt.

6. **RG.** EisenbE. **30** 76, R. **13** Nr. 480. Der Führer einer für unbestimmte Zeit gemieteten Automobildroschke hat die Pflicht, seine Fahrgäste auf die mit einer Verzögerung der Rückfahrt bis in die Dunkelheit verbundene Gefahr aufmerksam zu machen, wenn er mit mangelhafter Beleuchtung auf ihm unbekannten gebirgigen Wegen zu fahren hat.

7. **RG.** R. **13** Nr. 2185. Dadurch, daß der zu schnell fahrende Kraftfahrzeuglenker eine zur Vermeidung eines Zusammenstoßes an sich sachdienliche Maßnahme trifft, wird der ursächliche Zusammenhang zwischen Unfall und zu raschem Fahren nicht beseitigt.

8. EisenbE. **29** 281 (Colmar) s. JDR. **11** § 7 Abs. 1 Ziff. 1 b.

II. Abs. 2.

1. *Freymuth, Ausschluß der Ersatzpflicht des Fahrzeughalters dann, wenn ein „unabwendbares Ereignis" vorliegt. Der Begriff „unabwendbares Ereignis" ist nicht derselbe wie der Begriff der „höheren Gewalt" im HaftpflG. Unterscheidet man zwischen dem „inneren Zufall" und dem „äußeren Zufalle", so wird zwar für „inneren Zufall" stets gehaftet, ebenso wie im HaftpflG. Aber für den „äußeren Zufall", sofern er unverschuldet ist, tritt Haftbefreiung mehrfach in solchen Fällen ein, in denen nach der Regelung im HaftpflG. gehaftet werden muß. Für „gemischte Fälle" wird der Grundsatz des § 254 BGB. anzuwenden sein. — Wird durch Beispiele näher erläutert.

2. **RG.** SeuffA. **68** 147, JW. **13** 218. Der Begriff des unabwendbaren Ereignisses nach § 7 Abs. 2 Satz 2 KraftfahrzeugG. fällt nicht zusammen mit dem Begriffe der „höheren Gewalt" im § 1 HaftpflG., er stellt vielmehr eine Erweiterung des letzteren dar. Ob ein Ereignis mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederzukehren pflegt, ist für den Begriff der höheren Gewalt von Bedeutung, nicht aber für den des unabwendbaren Ereignisses. Ist der Unfall ursächlich nicht auf einen Fehler in der Beschaffenheit des Kraftfahrzeugs, noch auf ein Versagen seiner Verrichtungen, ist er insbesondere auf ein Verhalten Dritter oder eines Tieres oder des Verletzten selbst zurückzuführen, mag dieses letztere ein schuldhaftes oder unverschuldetes sein, so gilt er als unabwendbares Ereignis, wenn er auch bei der äußersten Sorgfalt des Halters und des Führers nicht abgewendet werden konnte. Die Fälle des unverschuldeten Hineinlaufens von Kindern in das rollende Fahrzeug, die als höhere Gewalt von der Rechtsprechung zum HaftpflG. nicht angesehen würden, werden in das unabwendbare Ereignis nach § 7 Abs. 2 Satz 2 KraftfahrzeugG. einbegriffen, sofern nur der Halter wie der Führer des Kraftfahrzeugs frei von jedem Verschulden bei der Herbeiführung des Unfalls sind.

3. **RG.** SeuffBl. **13** 62, SeuffA. **68** 21 s. schon JDR. **11** § 7 II 1 (1347).

4. **RG.** EisenbE. **29** 318 s. schon JDR. **11** § 7 Abs. 1 Ziff. 2 b (1346).

5. **RG.** R. **13** Nr. 3187. Ist ein Radfahrer, an einer Straßenkreuzung durch das nicht durch Warnungssignale angekündigte Herannahen eines Kraftwagens in Verwirrung gebracht, gerade auf den Kraftwagen losgefahren, obwohl er Raum zum Ausweichen oder Zeit zum Abspringen hatte, so steht ihm immerhin ein Bruchteil seiner Ansprüche zu.

6. **RG.** WarnE. **13** 26. Über die Haftung des mitfahrenden Automobilbesitzers.

§ 8. WürttRpflZ. **13** 245 (Stuttgart). Wenn ein Wagen derart gebaut ist, daß er bei guter Instandhaltung und unter normalen Verhältnissen die Geschwindigkeit von 20 km überschreiten kann, findet auf ihn die Ziff. 2 des § 8 schlechthin keine Anwendung, auf die Geschwindigkeit, die er im einzelnen Falle tatsächlich einhält oder angesichts seiner augenblicklichen (mangelhaften) Beschaffenheit höchstens erreichen kann, kommt es nicht an.

§ 9. 1. **RG.** EisenbE. **30** 76, R. **13** Nr. 473. Wenn der Mieter einer Automobildroschke den durch übermäßig lange Berufstätigkeit abgespannten Führer zum Befahren einer unbekannten Chaussee zur Nachtzeit veranlaßt, so trifft ihn eigenes Verschulden.

2. EisenbE. **30** 173 (München). Eigenes Verschulden des Verletzten liegt nicht vor, wenn dieser infolge der gefahrdrohenden Nähe des Fahrzeugs die Überlegung verloren hat.

§ 11. **RG.** R. **13** Nr. 3069. Schmerzensgeld kann auf Grund des KraftfahrzeugG. nicht gefordert werden.

§ 13. 1. SächsRpflA. **13** 520 (Dresden). Die Worte „für die Zukunft" im § 13 hindern nicht, den gesamten dem Verletzten zustehenden Anspruch auf Schadensersatz wegen Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit vom Tage des Unfalls an als einheitlichen Anspruch mit Rentencharakter aufzufassen, auch wenn zur Zeit des Urteils oder schon zur Zeit der Klagezustellung einzelne Beträge verfallen sein sollten. Daß dies auch die Auffassung des Gesetzes ist, ergibt sich insbesondere aus dem Hinweis auf § 708 Nr. 6 ZPO. Die bereits fälligen Beträge sind deshalb auch unpfändbar und können infolgedessen nicht abgetreten werden.

2. SeuffA. **68** 421, ThürBl. **60** 260 (Jena). Der § 9 a Abs. 2 GKG. ist auch auf die Renten aus dem AutoG. anwendbar.

3. **RG.** R. **13** Nr. 3139. § 845 findet auf einen lediglich dem KraftfahrzeugG. unterstehenden Fall keine Anwendung.

§ 15. 1. R. **13** Nr. 890 (Colmar). Der Ersatzberechtigte, der sich auf den Nichteintritt des im Satz 1 des § 15 angedrohten Rechtsverlustes beruft, ist beweispflichtig dafür, daß entweder infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes die Anzeige unterblieben ist oder daß der Ersatzpflichtige innerhalb der im Satze 1 bezeichneten Frist auf andere Weise von dem Schaden Kenntnis erhalten hat. Dieser Beweis braucht nur auf Kenntnis des Schadens, nicht auf Kenntnis des Ersatzberechtigten gerichtet zu werden. Hierbei wird erfordert, daß der Nachweis sich darauf erstreckt, daß der Ersatzpflichtige auch wirkliche Kenntnis von dem Schaden erlangt hat. Bloße Vermutungen, wie z. B. die Schlußfolgerung, daß der Unfall in einem Polizeiberichte gestanden habe und daher auch von dem Ersatzpflichtigen habe gelesen werden müssen, genügen nicht.

2. R. **13** Nr. 418 (Stuttgart). Ist der Ersatzpflichtige minderjährig, so ist nicht bloß die Anzeige (§ 15 Satz 1) an den gesetzlichen Vertreter zu erstatten, sondern es kommt auch hinsichtlich der Kenntnis (Satz 2 das.) auf die Person des letzteren an.

3. WürttJ. **25** 157, R. **13** Nr. 2186 (Stuttgart). Ist der Ersatzpflichtige minderjährig, so muß die Anzeige seinem gesetzlichen Vertreter zugehen oder dieser Kenntnis von dem Schaden erlangt haben.

§ 17. 1. **RG.** JW. **13** 978. Zusammenstoß zwischen zwei Kraftfahrzeugen. Der Insasse des einen Autos, der verletzt ist, hatte den Halter und Führer des anderen Autos in Anspruch genommen. Diese hatten Regreß an dem Halter und Führer des ersten Autos genommen. Der Ausgleichungsanspruch nach § 17 AutoG. ist nicht gegeben, da die Worte „kraft Gesetzes" im § 17 nicht auf eine Haftung kraft Vertrags bezogen werden können. Dagegen liegt ein Gesamtschuldverhältnis vor (§ 421). Hierzu bedarf es nicht eines gemeinschaftlichen oder gleichen Entstehungsgrundes. Auch wenn der eine nur aus unerlaubter Handlung oder nur kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung und der andere nur auf Grund eines Vertrags auf Schadensersatz haftet, kann ein Gesamtschuldverhältnis vorliegen; erforderlich ist nur, daß sie nicht ohne jeden inneren Zusammenhang Schuldner geworden sind (**RG. 79** 288; vom 10. März 1913, VI. 540. 12; vom 3. Mai 1913, VI. 61. 13). Ein solcher Zusammenhang ist vorliegend gegeben.

2. **RG.** JW. **13** 924. Der § 17 Satz 1 tritt für das Geltungsgebiet des AutoG. an die Stelle der §§ 840 Abs. 2 und 426 BGB. Durch Abs. 2 des § 17 wird die Vorschrift auf den Fall ausgedehnt, daß neben dem Kraftfahrzeug ein Tier (oder eine Eisenbahn) den Schaden verursacht hat, und hierdurch die Vorschrift des § 840 Abs. 3 BGB. ersetzt. Ausdehnung durch Satz 2 Abs. 1 auf den einem der Beteiligten entstandenen Schaden. Auch bei Anwendung des § 17 ist der zweite Satz des § 833 zu berücksichtigen (**RG.** vom 31. März 1913, VI. 16. 13; vgl. JW. **12** 881).

3. **RG.** JW. **13** 919 s. oben § 840 BGB.

4. **RG.** ElsLothJZ. **13** 139. Automobilzusammenstoß. Beiderseitiges Verschulden.

5. **RG.** JW. **13** 649. Nach § 17 Abs. 2 soll Abs. 1 entsprechend gelten, wenn ein Schaden durch ein Kraftfahrzeug und ein Tier verursacht wird. Es wird also nicht nur der von dem Grade der Verursachung abhängige Verteilungsmaßstab auf die im Abs. 2 aufgeführten Fälle übertragen, sondern alle Vorschriften des ersten Absatzes sollen entsprechend in den Fällen des Abs. 2 gelten, auch die, von denen die Anwendbarkeit des § 17 überhaupt abhängt (Verursachung durch mehrere, Haftung gegenüber einem Dritten kraft Gesetzes). Wäre der § 17 nicht in das KraftfahrzeugG. aufgenommen, so würde die Rechtslage bei einer durch ein Kraftfahrzeug und ein Tier verursachten Beschädigung die sein, daß dann, wenn der Fahrzeughalter und der Tierhalter nebeneinander einem Dritten haften, ersterer gemäß § 840 Abs. 3 BGB. im Verhältnisse zu dem Tierhalter allein verpflichtet wäre. Diese Regel wird durch § 17 für den Anwendungsbereich des KraftfahrzeugG. beseitigt. An den Voraussetzungen der Haftpflicht wird dagegen nichts geändert und ebensowenig ein Ausgleichsanspruch gegen eine dem Verletzten nicht haftende Person geschaffen. Insoweit aber der Tierhalter in bezug auf die Anwendbarkeit des § 17 ausscheidet, wenn ein Dritter der Beschädigte ist, kann er auch nicht in Betracht kommen, wenn er selbst der Verletzte ist. Bei der Prüfung der Haftpflicht des Tierhalters kommt § 833 Abs. 2 BGB. in Betracht.

6. **RG.** R. **13** Nr. 3070. Ist eine Beschädigung eines Reiters durch den Kraftwagen und das Pferd nebeneinander verursacht worden, so muß die beiderseitige Kausalität abgewogen werden.

§ 18. 1. **RG.** R. **13** Nr. 2344. Nach § 18 entfällt die Haftbarkeit des Führers, wenn er nachweist, daß der Schaden nicht durch sein Verschulden verursacht wurde. Dazu gehört nicht nur, daß er die den Verkehr mit Kraftfahrzeugen regelnden Vorschriften befolgt hat, sondern er muß auch sonst den Anforderungen entsprochen haben, die nach Lage des Falles an einen sorgsamen Führer zu stellen sind.

2. **RG.** R. **13** Nr. 2492. Es ist zwar richtig, daß ein unzweckmäßiges Handeln in der Gefahr nicht für jedermann schon ein Verschulden darstellt, es kommt aber auf die Art der Gefahr und die Stellung des Handelnden an. Der Kraftwagen-

führer muß für die Gefahren, die aus dem Auslaufen eines Wagens aus einer kreuzenden Straße entstehen, gerüstet sein und ihr mit richtigen Mitteln zu begegnen wissen.

3. SchlHolstAnz. **13** 215 (Kiel). Entlastungsbeweis des Chauffeurs. Zu dichtes Fahren hinter einem anderen Wagen, der bei plötzlichem Halten angefahren ist.

§ 23. BraunschwZ. **13** 191 (Braunschweig, Strafſ.). Nach § 23 Abs. 1 AutoG. wird auch der bloß fahrlässige Täter bestraft.

2. **RG.** R. **13** Nr. 482. Werden in einem Automobildroschkenverleihgeschäfte Droschken mit einer dem § 2 Ziff. 5 OberpräsidialpolizeiVO. vom 1. September 1906 nicht entsprechenden Leuchtkraft von nur etwa 10 m verwendet, so kann sich der Geschäftsherr nicht damit entlasten, daß es sich hier um eine dem technischen Leiter vorbehaltene Angelegenheit gehandelt habe.

§ 24. KGJ. **44** C 429. Der Besitzbegriff im Kraftfahrzeuggesetze deckt sich mit dem des bürgerlichen Rechts. Wer fährt, nachdem er den Führerschein verloren hat, macht sich nach § 24 des Ges. strafbar.

Anhang. Verordnung des Bundesrats über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Februar 1910.

§ 4. BraunschwZ. **13** 26 (Braunschweig). Die Fahrt mit einem Automobile darf nach Unbrauchbarwerden der festen Hupe nicht fortgesetzt werden. Es ist unzulässig, das Warnungszeichen nur mit einer losen Reservehupe abgeben zu lassen.

§ 11. HessRspr. **14** 219 (Darmstadt). Strafbarkeit des Führers eines Kraftfahrzeugs für den unvorschriftsmäßigen Zustand des Fahrzeugs. Die Beleuchtungsvorrichtung am hinteren Kennzeichen darf vom Sitze des Führers nicht abstellbar sein.

§ 18. 1. SächsRpflA. **13** 545 (Dresden). Über die besondere Verpflichtung des Kraftwagenführers zur Aufmerksamkeit, falls er gewerbsmäßig andere zu Führern ausbildet.

2. **RG.** EisenbE. **29** 303 s. schon JDR. **11** BundesrVO. z. AutoG. § 18 Ziff. III 2.

§ 19. 1. ThürBl. **60** 38, DJZ. **13** 108 (Jena, Strafſ.). § 19 bedeutet nicht, daß der Führer gehalten sei, an unübersichtlichen Stellen unter allen Umständen ein Signal zu geben. Eine so weitgehende Vorschrift fordert der Verkehr auch nicht, ja sie würde unter Umständen unerträglich sein. Eine gesteigerte Sorgfalt ist dem Führer an unübersichtlichen Stellen auferlegt worden. Er soll durch das Signal nicht nur Menschen warnen, die er sehen kann, sondern auch solche, die er nicht wahrnehmen kann, denen er sich aber möglicherweise nähert. Er verstößt fahrlässig gegen die Verordnung auch dann, wenn er das Warnungssignal nicht abgibt an unübersichtlichen Stellen, wo er nach der konkreten Lage des Falles mit einer Annäherung an Menschen rechnen muß, denen er vielleicht begegnet usw. Dabei kommt nichts auf die Tatsache an, ob im einzelnen Falle Menschen in der Nähe sind; das Vergehen des § 19 ist unabhängig davon, ob Menschen gefährdet worden sind oder nicht. Kann sich der Angeklagte deshalb nicht damit verteidigen, daß die Straße an der Krümmung frei von Menschen gewesen sei, so ist für seine Verurteilung erheblich, ob er wirklich so langsam gefahren ist, daß er trotz der scharfen Krümmung jeden auf der Straße einherschreitenden Menschen gewahr werden und durch ein Warnungszeichen auf sein Fahrzeug aufmerksam machen konnte.

2. MecklZ. **31** 374, DJZ. **13** 1448 (Rostock). Die Vorschrift über das Abgeben der Hupensignale ist keine absolute, sie erleidet vielmehr dem Sinne des Gesetzes entsprechend eine Ausnahme, wenn das Abgeben anderer als der Hupensignale zur Verstärkung der Warnungssignale und zur Beseitigung einer durch die konkreten Umstände für den Führer oder andere Personen begründeten Gefahr erforderlich ist.

3. SächsOLG. **34** 9, SächsRpflA. **13** 450, GoltdA. **61** 172). Pflicht zur Abgaberechtzeitiger Warnungszeichen. Überholt der Kraftwagenführer ein Fuhrwerk, so muß er, wenn er bei Abgabe des Warnungszeichens nahe bei dem zu überholenden

Fuhrwerke sich befindet, so langsam fahren, daß der Führer des Fuhrwerkes noch Zeit hat, seine Vorsichtsmaßregeln zu ergreifen.

§ 21. BadRpr. **13** 141 (Karlsruhe). Links Ausweichen ist unter allen Umständen ausgeschlossen.

§ 23. 1. ThürBl. **60** 266 (Jena). Über Veröffentlichung der Verfügungen. Über die Frage der Gültigkeit früherer Verbote.

2. DJZ. **13** 104 (KG.). Vergehen gegen § 23 in Verbindung mit Zuwiderhandlungen gegen § 56 Reichsstempelgesetz vom 22. 7. 09. — Begriff der „Probefahrt".

§ 25. Weitz. Im Gegensatze zu einem Urteile des Schöffengerichts in Rostock bejaht Verf. mit Schmidt-Wagner, Isaac, Weitz die Frage, ob auch das gelegentliche Mitführen von Anhängewagen unter § 25 BRVO. fällt.

§ 26. DJZ. **13** 646 (PrOVG.). Untersagung des Betriebs; die Behörde kann nur die Ausschließung des nicht vorschriftsmäßigen Kraftfahrzeugs vom Befahren der öffentlichen Wege und Plätze verfügen, den Betrieb untersagen, nicht aber irgend etwas anderes oder mehr, also namentlich nicht die Beseitigung von unzulässigen Dingen am Kraftfahrzeug oder die sonstige Herstellung eines vorschriftsmäßigen Zustandes des Kraftfahrzeugs verlangen.

Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen.

Vorbemerkung zu §§ 1 ff.: War im letzten Berichte (JDR. **10** 1163—1185) auf die Schwierigkeiten hinzuweisen, die die Versicherungsaufsichtsbehörden mit der Überleitung der Bedingungen in das neue Versicherungsvertragsrecht gehabt haben, so ist jetzt festzustellen, daß diese Überleitung voll abgeschlossen ist. Die Aufsichtstätigkeit ist in ruhiges Fahrwasser gelangt. Daß VAG. hat sich eingelebt.

Nur in geringem Umfange haben seine Bestimmungen und die darauf aufgebauten Anordnungen des APV. zu Streitfragen Anlaß gegeben. So hinsichtlich des Gründungsfonds (vgl. zu § 22), ferner wegen des Organisationsfonds (siehe zu § 8) und wegen der Nettokostenberechnungen (vgl. zu § 64). Wegen der interessanten Ausprägung des Grundsatzes der Gleichheit (s. zu § 7). Im übrigen hat eine reiche Bearbeitung das wichtige Gebiet des Feuerwehrrechts gefunden, das dieses Jahr vollständig zu § 121 VAG. genommen worden ist (bisher vor §§ 81 ff. VVG.). Gerade auf diesem Gebiete berührt sich, wie so oft bei Fragen des Versicherungsrechts, privates und öffentliches Recht, und die Schwierigkeiten werden noch um deswillen größer, weil vielfach recht altes und unbekanntes Landesrecht zu berücksichtigen ist. Es handelt sich hauptsächlich um die Frage, wer für die beim Löschen verursachten Schäden (Personen — und zwar Feuerwehrleute und andere Beteiligte — sowie Sachen — wiederum solche der Feuerwehrleute und anderer Beteiligter —) haftpflichtig ist. Und hiermit im Zusammenhange stehen die Fragen der Organisation der Feuerwehr und ihr Verhältnis zu den Gemeinden und den Feuerwehrdienstpflichtigen. Auf der andern Seite aber herrscht Streit darüber, ob die Feuerwehr oder die Gemeinde für die Löschtätigkeit Vergütung fordern kann.

Abgesehen von diesen Fragen der Praxis hat eine rege Bearbeitung wichtiger theoretischer Fragen stattgefunden. Es handelt sich um die großen Probleme der Organisation des Versicherungswesens, um die Frage, ob die Aufgaben der Versicherung, die ja nur unter der Voraussetzung einer großen Menge von Versicherungsverhältnissen nach dem Gesetze der großen Zahl erfolgreich lösbar sind, durch den Staat selbst oder im Wege der Privatunternehmungstätigkeit gelöst werden sollen. Staats- oder Privatbetrieb, das ist die Frage, und, wenn Staatsbetrieb, Monopol oder nicht und Zwangs-

versicherung oder freie Versicherung. Alle diese Fragen der Organisationsform, der Form der Versicherungsunternehmungen sind vor §§ 1 ff. behandelt. Die reiche Literatur, die das italienische Lebensversicherungsmonopol hervorgerufen hat, bewegt sich jetzt, nachdem der Gesetzentwurf zum Gesetze geworden ist, hauptsächlich um die Frage der Ersatzpflicht Italiens gegenüber den ausländischen Gesellschaften und um die Durchsetzbarkeit der Ersatzansprüche. Hierbei sind interessante Fragen des internationalen Schiedsvertragsrechts zu lösen (vgl. vor § 1 ff.).

Gerade diese Fragen ergaben die Notwendigkeit, nicht nur bei Fragen des internationalen Rechtes sondern auch bei sonstigen wichtigen Streitfragen in gewissen Grenzen auch die Rechtslehre und Rechtsprechung des Auslandes heranzuziehen, gleichgültig ob sie im deutschen Sprachgebiet oder außerhalb desselben erschienen ist. Das Versicherungsrechtsgebiet gehört zu denjenigen Gebieten, die ihrer Natur nach eine Beschränkung auf das Inland nicht vertragen, sondern — ähnlich wie das Wechselrecht, das Patentrecht usw. — auf die Dauer einer internationalen Behandlung nicht werden entbehren können. Denn das Tätigkeitsgebiet der Versicherungsunternehmungen ist mit wenigen Ausnahmen nicht auf Deutschland beschränkt, und hieraus ergibt sich wieder das fortgesetzte Einwirken des ausländischen Vertragsrechts, aber auch des ausländischen Aufsichtsrechts auf deutsche Versicherungsverhältnisse und auf deutsche Versicherungsunternehmungen. Deshalb ist es notwendig, über die ausländische Gesetzgebung und, soweit dies nicht den Rahmen eines Jahrbuches des deutschen Rechts überschreitet, auch über die ausländische Rechtsprechung und Rechtslehre fortlaufend zu unterrichten und aus ihnen dasjenige herauszuziehen, was, auch bei Berücksichtiguug der formellen Verschiedenheit der Gesetze, doch materiell auch für die Entwickelung des deutschen Rechtes bedeutsam ist. Daß hierbei mit Auswahl und mit Vorsicht verfahren und daß naturgemäß besonders stammverwandte Länder (Österreich und die Schweiz) berücksichtigt worden sind, ist selbstverständlich.

Das gesamte Stempel-, Steuer- und Gebührenrecht ist vor §§ 1 ff. behandelt. Die Einführung des Reichsversicherungsstempels ist für das Versicherungswesen bedeutsam gewesen und hat mannigfache Besprechungen erfahren.

Literatur: I. Kommentar zum VAG.: — II. Gesamtdarstellungen des VAG.: Emminghaus, Das Versicherungswesen. Leipzig 1912. — Günther, Versicherungswesen in Wiese, Wirtschaft und Recht der Gegenwart I 572 ff. Tübingen 1912. — Leibl, Das Recht der Versicherungsunternehmungen. (Göschen) 1913. — Manes, Versicherungewesen, 2. Aufl. Leipzig 1913. — Moldenhauer, Das Versicherungswesen, 2. Teil: Die einzelnen Versicherungszweige. (Göschen) 1912. — Wörner, Das VAG. und seine Bedeutung für die Feuerversicherung. Halle 1913. — Rohrbeck, Einiges zur Theorie der Versicherung, MittöffFeuerversAnst. 13 Beih. 228 ff. (s. zu § 1 VVG. unter I). — III. Einzeldarstellungen zum VAG.: 1. Im allgemeinen: Gelpcke, Staatsaufsicht, Vortragsabdruck, ZVersWes. 12 619 ff. u. 630 ff. — Stephinger, Versicherung und Gesellschaft. Jena 1913. — Untersuchungen über das Versicherungswesen in Deutschland, herausgegeben vom Verein für Sozialpolitik (Dr. Potthoff), Schriften des Vereins für Sozialpolitik. Bd. 137, 4. Teil. Leipzig 1913. — Wörner, Das VAG. und seine Bedeutung für die Feuerversicherung. Halle 1913. — 2. Besondere Literatur zu den einzelnen Bestimmungen des VAG. s. die Literaturangaben zu den verschiedenen Paragraphen. — IV. Vorarbeiten zum VAG.: Denkschrift des Verbandes deutscher Privatfeuerversicherungsgesellschaften betreffend den Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen. Berlin 1911. — V. Literatursammlungen: Neumann, Systematisches Verzeichnis der Literatur des deutschen Sprachgebiets über das private Versicherungswesen im Anfange des 19. Jahrhunderts bis zur Gegenwart. Berlin 1913. — Neumann, Die deutsche Versicherungsliteratur des 18. Jahrhunderts, ZVersWiss. 12 317 ff., 604 ff., 786 ff., 967 ff. (Periodische Schriften und Sammelwerke 318 ff., Die Assekuranz im allgemeinen 322 ff.). — Wegen der Literatursammlungen zum Feuerversicherungsrechte s. Literaturverzeichnis zu § 81 ff. VVG. — VI. Lexika: Manes, Versicherungslexikon, Ergänzungsbuch für die Jahre 1908—1912. — VII. Statistik: Die Entwickelung des privaten Versicherungswesens unter Reichsaufsicht im Jahrfünft 1907—1911, herausgegeben vom APV. Berlin 1913. — Versicherungs-

statistik für 1910 über die unter Reichsaufsicht stehenden Unternehmungen, herausgegeben vom APV. Berlin 1912. — Die privaten Versicherungsunternehmungen in den im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern im Jahre 1909. Wien 1912. — Bericht des eidgenössischen Versicherungsamts. Die privaten Unternehmungen in der Schweiz im Jahre 1910. Bern 1912. — Die privaten Versicherungsunternehmungen in der Schweiz im Jahre 1911. Bern 1913. — VIII. Versicherungstechnik: Berliner: Versicherungsrechnung für Nichtmathematiker. Leipzig.

Zeitschriften, Periodika, Abkürzungen.

APV. = Kaiserliches Aufsichtsamt für Privatversicherung.
VAPV. = Veröffentlichungen des APV.
VAPV., Anhang = Anhang der Entscheidungen zu den VAPV.
VAG. = Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen.
VVG. = Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag.
VVaG. = Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.
AssekJahrb. = Ehrenzweigs Assekuranzjahrbuch, Wien.
DVersZ. = Deutsche Versichertenzeitung, Wörner, Leipzig.
DVersichergZ. = Deutsche Versicherungszeitung, Berlin.
JTVersZ. = Juristisch-technische Versicherungszeitschrift, Berlin.
MittöffFeuerversAnst. = Mitteilungen für die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten Deutschlands, Kiel.
MittöffFeuerversAnst., Beih. = Beiheft zu den Mitteilungen für die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten „Wirtschaft und Recht der Versicherung".
JahrböffFeuerversAnst. = Jahrbuch des Verbandes der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, Kiel.
NeumJahrbVersWes. = Neumanns Jahrbuch des Versicherungswesens im Deutschen Reiche.
ÖstVersZ. = Österreichische Versicherungszeitschrift mit Beilage „Versicherungsrecht", Wien.
ÖstZVersWiss. = Österreichische Zeitschrift für öffentliche und private Versicherung, Wien.
ÖstRevue = Österreichische Revue, Organ für Versicherung und Volkswirtschaft.
VersAnn. = Annalen des gesamten Versicherungswesens, Leipzig.
MasVersRdsch. = Masius Rundschau des Versicherungswesens.
VersRdsch. = Beiblatt des „Nationalökonom".
VersSachverst. = Der Versicherungssachverständige im Dienste der Versicherten.
WallmVersZ. = Wallmanns Versicherungszeitschrift, Berlin-Großlichterfelde.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen, Berlin (Neumann).
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, Berlin (Manes).
Ferner:
AbonnVers. = Die Abonnentenversicherung, Organ für das Versicherungswesen der Presse, Berlin.
ArchVersWirtsch. = Archiv für Versicherungswirtschaft, Berlin.
VersAg. = Der Versicherungsagent.
Deutscher Versicherungskalender, Groß-Lichterfelde.
VersichPost. = Versicherungspost, Groß-Lichterfelde.
VersPrax. = Versicherungspraxis, Berlin-Groß-Lichterfelde.
AllgemVersPresse = Allgemeine Versicherungspresse, Berlin.
VersWelt. = Versicherungswelt, Groß-Lichterfelde.
Deutsche Versicherungszeitschrift, Berlin.
SaskVersZ. = Saskische Zeitschrift für Versicherungswesen, Leipzig.
Repertorischer Assekuranzalmanach mit einer Reihe anderer allgemeiner und spezieller Versicherungskalender und Jahrbücher für die Praxis.
Ferner eine Reihe interner Zeitschriften der großen Verbände, Sozietäten und Gesellschaften für ihre Angehörigen bezw. Angestellten.

I. Einleitende Vorschriften.

Vor §§ 1 ff. Literatur: I. Staat und Versicherungswesen, Monopole, Kartelle: Brauer, Wirkungen des Feuerversicherungskartells, ZVersWiss. 12 988 ff., 1161 ff. — Bielefeldt, Verbindung staatlicher Zwangsversicherung und freier Privatversicherung nach den bisherigen praktischen Ergebnissen und der Möglichkeit weiterer Fortentwickelung zur wechselseitigen Ergänzung und Vervollkommnung, in Bulletin des Assurances Sociales 1912, Supplément: Conférence Internationale de Dresde 1911, 107 ff. — Couteaux, Le monopole des assurances. Historique, justi-

fication, fonctionnement. Paris 1911. — Frankenberg: Versicherung als Großunternehmen oder als Kleinbetrieb? ÖsterrRev. **13** 211 ff., 218 ff. — Derselbe, Versicherung und Armenpflege. ÖsterrRev. **13** 87 ff. — Fuld, Unlauterer Wettbewerb im Versicherungsgewerbe, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 416 ff. — Littmann, Zur Einführung einer Zwangsversicherung bei Eisenbahntransporten, ÖsterrRev. **13** 75 ff. — Lübstorff, Der Staat und das Feuerversicherungswesen, MasVersRdsch. **25** 304 ff. — Lübstorff, Betrachtungen über den öffentlichen Betrieb und den Privatbetrieb in der Feuerversicherung, ZVersWes. **13** 605 ff., 614 ff. — Manes, Über die Grenzen der Privat- und Sozialversicherung, ZVersWiss. **12** 509 ff. — Derselbe: Die internationalen Verfechtungen des Versicherungswesens, WeltwirtschArch. **13** 1. Heft. — Derselbe, Deutschlands weltwirtschaftlicher Aufschwung und seine Versicherung, AssekJahrb. **35** 97 ff. — Olmes: Die Standesämter und die Lebensversicherungsanstalten, DVersPresse **13** 92. — Potthoff, Kernfragen sozialer Versicherung, AssekJahrb. **13** II 75 ff. — Stündt, Empfiehlt sich die Übernahme der gesamten Feuerversicherung auf das Reich zur Unterstützung der Reichsfinanzen? Erlanger Diss., Nürnberg 1911. — Schmelzer, Das Staatsmonopol im Versicherungswesen. Magdeburg 1911. — Vandersee, Die Unternehmerverbände der deutschen Privatversicherung, HirthsAnn. **13** 526 ff., 610 ff., 699 ff., 856 ff., 897 ff. — Derselbe, Die Unternehmerverbände in der deutschen Privatversicherung. Berlin 1913. — Wessels: Schutzverbände und Versicherungsunterne mungen, DVersPresse **13** 64 ff, 72 ff. — Wörner, Der Staat und das Versicherungswesen, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 265 ff. (auch als Sonderdruck, Kiel 1913, erschienen). — Wegen der öffentlichen Versicherungsanstalten s. zu § 192 VVG., wegen der Beteiligung der öffentlichen Interessen im Feuerlöschwesen s. zu § 121 VAG., wegen der Monopole s. nachstehend unter III 2. — MasVersRdsch. **24** 6 ff. „Staatliche Zwangsversicherung in Verbindung mit freier Privatversicherung." — MasVersRdsch. **24** 6 ff. „Staatliche Zwangsversicherung in Verbindung mit freier Privatversicherung." — MasVersRdsch. **24** 343 ff. „Umwälzungen in der Organisation der Feuerversicherung." — II. Bundesstaatliches Versicherungswesen: 1. Preußen: v. Knebel-Döberitz und Bröcker, Das private Versicherungswesen in Preußen. Bd. 2: Das Sterbekassenwesen in Preußen. Berlin 1912. — Dieselben, Das private Versicherungswesen in Preußen. Bd. 3: v. Knebel-Döberitz, Das private Feuerversicherungswesen in Preußen. Berlin 1912. — 2. Baden: Herlau, Das private Versicherungswesen in Baden. Karlsruhe (Braun) 1912. — 3. Im übrigen siehe wegen des bundesstaatlichen Hagelversicherungswesens vor § 108 ff. VVG., Viehversicherungswesen vor § 116 ff. VVG. und wegen des Feuerversicherungswesens vor § 81 ff. VVG. sowie zu § 192 VVG. — III. Ausländisches Versicherungswesen. 1. Italien: a) Allgemeines: Rocca, Fünf Jahre italienische versicherungswissenschaftliche Literatur (1906—1911), ZVersWiss. **12** 257 ff. — 2. Das italienische Lebensversicherungsmonopol: Conrad, Die Verstaatlichung der Lebensversicherung in Italien, MittöffFeuerversAnst. **13** 83 ff. — Furlan, Über die technischen Grundlagen des italienischen Versicherungsmonopols, AssekJahrb. **13** 139 ff. — Gabba, Die Verstaatlichung der Lebensversicherung in Italien und die Entschädigung der in Italien arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften. München 1912. — Gobbi, Il monopolie dell' assicurazione sulla vita. Mailand 1912. — Nieuvenhuis, Het staats monopolie. Zonneschiyn, Hilversum **21** Heft 10. — Rocca, Eine kurze Übersicht über die jetzige Lage der Feuerversicherung in Italien, MittöffFeuerversAnst. **13** 239 ff. — Derselbe, Die internationale Bedeutung des italienischen Lebensversicherungsmonopolgesetzes, WeltwArch. **13** 124 ff. — Derselbe, Das italienische Lebensversicherungsmonopolgesetz, ZVersWiss. **12** 524 ff. — Rolin, Les droits des sociétées étrangères établies en Italie, Rev. d. droit intern. et législ. comp. **14** 82 ff. Hierzu: Entgegnung von Diena, daselbst 197 ff. und Antwort von Rolin, daselbst S. 200. — Stengel, Die Monopolisierung der Lebensversicherung in Italien und die Entschädigung der ausländischen Versicherungsgesellschaften. München 1911. — Wehberg, Zu den Gutachten über das italienische Staatsversicherungsmonopol, ZVersWiss. **12** 534 ff. — Derselbe, Das Völkerrecht und das italienische Staatsversicherungsmonopol, ÖstZVersWiss. **12** 83 ff. — Derselbe, Nach welchen Grundsätzen würde der Haager Schiedshof den Versicherungsgesellschaften eine Entschädigung wegen des italienischen Monopols zusprechen? VersAnn. **12** 81 ff. — Derselbe, Die internationalen Schiedsverträge und das italienische Staatsversicherungsmonopol, MasVersRdsch. **24** 15 ff., 42 ff. — Derselbe: Das italienische Staatsversicherungsmonopol und der Haagen. Schiedshof, ÖsterrVersZ. **39** 249 ff., 254 ff., 261 ff., 267 ff. — Derselbe: Wird Italien in der Versicherungsmonopolfrage dem Urteile eines internationalen Schiedsgerichts Folge leisten? ÖsterrVersZ. **39** 55 ff. (Die Frage

wird bejaht.) — Derselbe: Eine Niederlage Italiens vor dem Haager Hofe und das italienische Lebensversicherungsmonopol, ÖsterrVersZ. **39** 162 ff. — Derselbe, Der Haager Schiedshof und die Versicherungsgesellschaften, AssekJahrb. **35** 43 ff. DVersZ. **12** 78 ff. „Das italienische Lebensversicherungsmonopol". — MittöffFeuerversAnst. **12** 76 ff. „Die Verstaatlichung der Lebensversicherungen in Italien". — 2. Schweiz. a) Statistik: s. Literatur zum VAG., VII. b) Verstaatlichungsbewegung: Furlau, Das Problem der Verstaatlichung der Mobiliarversicherung in der Schweiz, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 259 ff. — Giesler, Zur Verstaatlichung der Feuerversicherung in der Schweiz. Zürich 1912. — Lanz-Stauffer, Die Verstaatlichung der Mobiliarversicherung in der Schweiz. Bern 1911. — Derselbe, Die Verstaatlichung des Versicherungswesens in der Schweiz, MittöffFeuerversAnst. **12** 258 ff. — Rynert, Zur Verstaatlichung des Versicherungswesens in der Schweiz, MittöffFeuerversAnst. **12** 109 ff. — 3. Österreich. a) Statistik s. Literatur zum VAG., VII. Leimdörfer, Das (österreichische) Versicherungswesen im Jahre 1912. Wien 1913. — 4. Amerika: Avellis, Die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen im Staate New-York. Berlin 1912. — Derselbe, Nordamerikanische Feuerversicherung unter besonderer Berücksichtigung des Staates New-York, ZVersWiss. **12** 66 ff. — Frankel, Volkshygienische Bestrebungen privater Versicherungsgesellschaften in Amerika, ZVersWiss. **12** 193 ff. — Hardy, Fire insurance, Modern business vol. VIII. New York 1911. (Geschichte und Darstellung der Feuerversicherungspraxis Amerikas). — 5. China. Niemeyer, Feuerversicherungsverträge in Schanghai, NiemeyersZ. **23** I 258 ff. (s. zu § 25 VVG.). — 6. England und Frankreich: Andras, Insurance Guide and Hand Book, 3 Bände. London 1912. — Schwandt, Die deutschen Aktiengesellschaften im Rechtsverkehre mit Frankreich und England. 1912. — 7. Finnland: Rechenschaftsbericht des Versicherungsstandes in Finnland im Jahre 1910. Helsingfors 1912. — 8. Japan: The iusurance Year Book 1910. Department of Agriculture and Commerce. Tokio 1912. — 9. Niederlande: Scheuermann, Die Organisation der Feuerversicherung in den Niederlanden, MittöffFeuerversAnst. **12** 230 ff. — 10. Rußland: Die Feuerversicherungs-Aktiengesellschaften in Rußland 1827—1910. Petersburg 1912. — 11. Ungarn: Valér, Einiges über ungarisches Versicherungsrecht, AssekJahrb. **35** 78 ff. — 12. Uruguay, El monopolio de los Seguros. Montevideo 1912. — 13. Vgl. auch die fortlaufenden Berichte über die Entwickelung des ausländischen Rechtes in der Rundschau der ZVersWiss. — 14. Wegen des ausländischen Stempel-, Steuer- und Gebührenrechts s. VI. 3. —

IV. Stempel-, Steuer- und Gebührenrecht. 1. Reichsstempel. Bamberger, Die Besteuerung der Gesellschafts- und Versicherungsverträge durch das Reich, DWirtschaftsZ. 9. Jahrg. Heft 13. — Conradt, Streitfragen zum Reichsstempelgesetze vom 3. Juli 1913 (Versicherungsstempel betr.). — Frankenberg: Versicherung und Steuerrecht, ÖsterrRev. **13** 61 ff., 81 ff. — Greiff, Der Reichsversicherungsstempel (systemat. Darstellung und Kommentar, mit allen Ausführungsvorschriften). Berlin, Vahlen 1913. — Derselbe, Grundsätzliches und Tatsächliches vom Reichsversicherungsstempel, ZVersWiss. **13** 725 ff. — Brüders, Wertheimer und Melzing, Kommentar zum Versicherungsstempelgesetz vom 3. Juli 1913. Hamburg 1913 (Friedrichsen u. Co.). — Melzing, Die Wirkung der neuen Steuervorlage auf die deutsche Privatversicherung, ÖstZVersWiss. **13** 78 ff. — Kaiser, Zur Behandlung von Maschinen und Betriebseinrichtungen nach Tarifnummer 12 des ReichsstempelG. vom. 3. Juli 1913, MittöffFeuerversAnst. **13** 612 ff. (Vgl. auch Wertheimer aaO. 659 ff.) — Schmidt, Tabellen mit den ausgerechneten Beträgen der Reichsstempelabgabe und Versicherungen. Stuttgart 1913. — Weinbach, Die Reichsstempelgesetznovelle (Versicherungen), HoldheimsMSchr. **13** 221 ff. (neues Recht und bisheriger Rechtszustand). — Reichsfinanzreform und Versicherungssteuer. Hannover 1913. Rechts-, Staats- und Sozialwissenschaftlicher Verlag. — Die neue Reichsversicherungssteuer, DVersZ. **13** 37 ff. — SasVersZ. **13** 63. Reichsfeuerversicherungsstempel. — 2. Reich und Bundesstaaten. a) Allgemeines: Ehrenfried, Stempelsteuerbestimmungen und Tarife für Versicherungsanträge. 3. Aufl. Stuttgart 1912. — Lehrer, Stempel- bzw. Gebührenpflicht für Versicherungsverträge in den deutschen Bundesstaaten, VersAnn. **13** 441 ff., 456 ff., 485 ff. — b) Preußen: Wehberg, Wieweit sind Unfallversicherungsprämien mit Prämienrückgewähr vom steuerpflichtigen Einkommen in Preußen abziehbar? VersAnn. **13** 577 ff. — Bellardi, Die Stempelpflicht der eine Änderung des Prämiensatzes beurkundenden Feuerpolicennachträge im Geltungsbereiche des Preuß. Stempelsteuerges. vom 31. Juli 1895. 26. (30.) Juli 1909, MittöffFeuerversAnst. **13** 234 ff. — c) Württemberg: Ehrenfried, Gesetzliche Bestimmungen über Sporteln für Versicherungsverträge in Württemberg nebst Tarifen. Stuttgart 1911. — 3. Ausland:

Leimdörfer, Die Rechtsprechung des k. k. Verwaltungsgerichtshofs über die Gebühren von Versicherungs-, Leibrente- und Versorgungsverträgen, ÖstZVersWiss. **12** 561 ff. — Derselbe, Die Versicherungsgebühren und die Rechtsprechung des k. k. Verwaltungsgerichtshofes. Wien 1913. Verlag der k. k. Exportakademie. — Loew: Steuer- und Gebührenfragen des öffentlichen Ver icherungswesens, ÖsterrRev. **13** 1, 55, 109, 247, 253. — Mises, Die Reform der österreichischen Versicherungsgebühren, ÖstZVersWiss. **12** 265 ff.

1. Firmenschutz, unlauterer Wettbewerb (vgl. JDR. **10** 1165). 1. **RG.** 78 111, JW. **12** 255, VAPV. **12** Anh. 3, LeipzZ. **12** 232. Klage der „Deutschland, Lebensversicherungsaktiengesellschaft zu Berlin", die auch Rückversetzung betreibt, gegen die „Deutschland Rückversicherungsaktiengesellschaft Königsberg" auf Verbot der Firmierung abgewiesen, weil Verwechselungsgefahr (§ 16UnlWG.) nicht besteht.

2. Wegen des unlauteren Wettbewerbes zwischeu Versicherungsgesellschaften vgl. auch vor §§ 1 ff. VVG. unter VII.

3. Wegen des durch Agenten begangenen unlauteren Wettbewerbes vgl. vor §§ 43 ff. VVG. unter I 7.

II. Staat und Versicherungswesen, Monopole, Kartelle (vgl. JDR. **10** 1165, 1184). 1. Manes, Über die Grenzen der Privat- und der Sozialversicherung, ZVersWiss. **12** 509 ff. Privatversicherung ist die Gesamtheit derjenigen Versicherungsverhältnisse, welche einer sozialpolitischen Grundlage entbehren. Die (nicht nur die Arbeiterversicherung umfassende) Sozialversicherung hindert die Entwickelung der Privatversicherung nicht, sondern fördert sie, weil der Versicherungsgedanke durch die Sozialversicherung volkstümlich gemacht wird. Die Privatversicherung kann recht wohl Träger der Sozialversicherung sein. Staatsversicherung u. Sozialversicherung sind nicht dasselbe. Eine Ausdehnung der sozialen Zwangsversicherung ins Ungemessene ist zu verhindern.

2. Wörner, Der Staat und das Versicherungswesen, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 265 ff. behandelt in eingehenden wertvollen Darlegungen die Frage, ob Zwangsgemeinschaft oder freie Versicherungsgemeinschaft besser ist (271 ff.), ferner die Frage nach der Organisationsform des Versicherers (318 ff.) und endlich die, ob gemeinschaftliches oder privatwirtschaftliches Prinzip in der Betriebsführung herrschen soll (337 ff.).

3. Lübstorff, Der Staat und das Feuerversicherungswesen, MasVersRdsch. **25** 304 ff., behandelt die Frage, ob öffentlicher oder privater, gegenseitiger oder gewerblicher Feuerversicherungsbetrieb vorzuziehen ist, und kommt im Gegensatze zu Wörner, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. (s. ob.), zu dem Ergebnisse, daß man nicht prinzipiell das eine oder andere als richtig bezeichnen kann, sondern stets in exakt-vergleichender Forschung festzustellen hat, was tatsächlich am besten wirkt.

4. Brauer, Wirkungen des Feuerversicherungskartells, ZVersWiss. **12** 988 ff., 1161 ff., behandelt zunächst die Entstehungsgeschichte der Feuerversicherungskartelle, die schließlich in der 1899 gegründeten „Vereinigung der in Deutschland arbeitenden Privatfeuerversicherungsgesellschaften" ein bedeutsames Ziel erreichte, gibt sodann Betrachtungen über die inneren Gründe der Kartellbildung in der Feuerversicherung und bespricht weiter: die Gattungsart der Feuerversicherungskartelle, ihre Wirkungserscheinungen, die allgemeinen Klagen gegen die Kartelle und deren Gegengründe, die Wirkungen der Feuerversicherungskartelle auf die freie Konkurrenz und auf die Versicherungsbedingungen (deren Verbesserungen eingehend dargelegt werden), ihre Wirkungen auf die Prämienhöhe, insbesondere auf die Minimaltarife, auf die Gewinnhöhe und auf die Befriedigung des Versicherungsbedürfnisses. Weiter geht er ein auf die Statistiken der Feuerversicherungskartelle und ihre Grundlagen, ferner auf die Wirkungen der Gesetzgebung auf die Feuerversicherungskartelle (Einfluß besonders des VAG.) sowie auf den Zusammenhang

zwischen der Verstaatlichungsfrage in der Feuerversicherung und in den Kartellen. Endlich behandelt er die Gegenverbände der Versicherten und die Stellung der direkten oder indirekten Outsider. Er kommt zu dem Ergebnisse, daß die Kartelle sich aus einer inneren Notwendigkeit heraus gebildet haben, daß ihre Bestimmungen und Vorschriften wohl an einzelnen Stellen verbesserungsbedürftig, daß aber die vorgebrachten Klagen der Versicherten im allgemeinen ungerechtfertigt und die Gesellschaften bemüht gewesen seien, den bestehenden Verhältnissen Rechnung zu tragen und für eine gesunde und solide Fortentwicklung in der Feuerversicherung Sorge zu tragen.

5. Vandersee, Die Unternehmerverbände in der deutschen Privatversicherung, HirthAnn. **13** 526 ff., 619 ff., 699 ff., 856 ff., 897 ff., stellt eingehend die geschichtliche Entwicklung dar, die die Bildung von Verbänden der Versicherer in der Versicherung genommen hat, behandelt diese Verbände im einzelnen und bespricht ihre Zwecke und ihre Aufgaben.

6. **RG.** VAPV. **12** Anh. 114. Die auf einem Bezirke ruhende öffentlich-rechtliche (Feuer-) Versicherungspflicht (Nassauisches Edikt vom 15./17. März 1908) wird durch Abtrennung eines Gebietsteils und Vereinigung desselben mit einem dem Versicherungszwange nicht unterworfenen Gebiete (Stadt Bockenheim mit Frankfurt a. M.) nicht berührt.

7. Hinsichtlich der Frage, ob die Versicherungsgesellschaften beanspruchen können, daß ihnen die Standesregister zur Durchsicht vorgelegt werden, a) stellte sich, im Gegensatze zu Preußen, Bayern (Erlaß d. M. d. Inn. v. 20. Oktober 1911) und Sachsen (VO. d. M. d. Inn. vom 23. August 1913) auf den Standpunkt, daß ein Recht auf Durchsicht nach § 16 PersStG. nicht besteht. Vgl. FischersZ. **43** 114. b) Olmes: Die Standesämter und die Lebensversicherungsanstalten, DVersPresse **13** 92, wendet sich gegen das Verbot der Einsichtnahme für die Lebensversicherungsanstalten in die Standesregister und verlangt einheitliche Regelung.

8. Wegen der Kapitalanlagen der Privatversicherung vgl. vor §§ 54 ff. und zu § 59 VAG.

9. Wegen der Grundsätze, die hinsichtlich der Versicherung des Reichs gegen Elementarschäden aller Art für die Reichsverwaltungen aufgestellt sind, vgl. ZVersWiss. **12** 1102.

10. Couteaux, Le monopole des assurances. Historique, justification, fonctionnement (Paris 1911), spricht sich für Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der Verscherungsmonopole aus.

11. Wegen der Versicherungsmonopole vgl. auch unten zu III 10—12.

III. Ausländisches Versicherungswesen (vgl. JDR. **10** 1165). 1. Amerika. Avellis, Nordamerikanische Feuerversicherung unter besonderer Berücksichtigung des Staates New York, ZVersWiss. **12** 66 ff. I. Allgemeines. Erste Feuerversicherungsgesellschaft 1752 gegründet. — Keine öffentlichen Feuerversicherungsanstalten. — Statistische Übersichten (68 ff.). — Erhebliche Höhe des auf den Kopf der Bevölkerung entfallenden Brandschadens und Maßnahmen zu seiner Minderung, insbesondere die state fire marshals, die National Board of Fire Underwriters und die Underwriters' Laboratories (72 ff.). — II. Zulassung zum Geschäftsbetriebe und Unternehmungsformen im Staate New York. Nicht zugelassene Unternehmungen: Konzessionssystem mit bestimmt umgrenzten, nach Art und Nationalität der Unternehmungen verschiedenen Einzelvorschriften über die Voraussetzungen der Zulassung. Bei ausländischen Gesellschaften werden in New York 500 000 Dollars Aktiva in Amerika, davon 200 000 als Sicherheit zu hinterlegen, in anderen Staaten 100 000 bis 200 000 (76 ff.) erfordert, sowie Vorliegen einer bestimmten Anzahl von Versicherungs-

anträgen mit bestimmter Mindestprämienhöhe bei Gegenseitigkeitsgesellschaften (80), deren Unternehmungsform für einheimische Gesellschaften die Lloyds und Interinsurers sind, nicht inkorporierte Vereinigungen von Einzelunternehmern (underwriters) mit Garantiefonds von mindestens 200 000 Dollars (80 ff.). — Materielle Staatsaufsicht (82). — Nicht zugelassene Gesellschaften (82 ff.). — III. Der Feuerversicherungsvertrag. Überwiegend maßgebend die „Standard fire policy of the State of New York“ die für New York und in 14 anderen Nordstaaten mit Abweichungen in verschiedenem Umfange derart gesetzlich vorgeschrieben ist (83 ff.), daß Abweichungen nur in beschränktem Umfange vereinbart werden können und daß die Gesellschaften nur Policen verwenden dürfen, die mit den bei der Behörde niedergelegten Standardpolicen völlig (auch im Druck, im Papier und im Format) übereinstimmen (84). — Inkrafttreten des Vertrags mit Übergabe der Police ohne Rücksicht auf Zahlung der Prämie, die stets in voller Höhe (auch bei langfristigen Verträgen) bei Übergabe der Police bar zu zahlen ist (85). — Doppelversicherung ohne Genehmigung nicht erlaubt; Haftung der mehreren Versicherer nach dem Verhältnisse der Prämienhöhe (85, 86). — Vertragsgegenstand sind die dem Versicherungsnehmer gehörigen Sachgüter (mit gewissen Ausnahmen) sowie jedes in Geld schätzbare Interesse, z. B. das des Pächters an den von ihm vorgenommenen Verbesserungen (86). — Ohne besondere Abrede nur Haftung für Feuer, für Explosion und Blitzschlag nur soweit das nachfolgende Feuer Schaden anrichtet (86). — Ohne besondere Abrede haftet der Versicherungsgeber auch nur für den unmittelbaren Sachschaden sowie für den durch Rettungsarbeiten, Niederreißen und Löschen verursachten mittelbaren Vermögensschaden (86); zulässig und in blühender Entwickelung ist aber auch die Miet- sowie die Betriebsverlustversicherung (87 ff.). — Verschiedenartige Behandlung der Bestimmung des Versicherungswerts von Gebäuden (89 ff.). — Bestimmung einer Reihe von Tatbeständen, die den Vertrag stets oder beim Mangel einer abweichenden Vereinbarung nichtig machen (91 ff.). — Kündigungsfrist (92). — Anzeigepflicht (93). — Über den Schadensersatzanspruch entscheidet seinem Grunde nach das Gericht, seiner Höhe nach ein Schiedsverfahren (93). — Stellung des Hypothekengläubigers (94). — IV. Agenorganisation. Schwierige Stellung des local agent, der rechtlich Vertreter der Gesellschaft, wirtschaftlich aber der Vertrauensmann und Berater des Publikums ist, zumal er meist eine große Reihe von Gesellschaften vertritt und die Beurteilung der Risiken wegen des Fehlens einheitlicher Bauordnungen Mühe macht und er ziemlich selbständig handeln darf im Hinblick auf die Größe der Entfernungen (94 ff.). — Vielfach, besonders in Großstädten schiebt sich als Mittelsmann zwischen den Agenten und das Publikum der Versicherungsmakler (broker), der in New York überhaupt das ganze Feuerversicherungsgeschäft vermittelt; er gilt nur hinsichtlich des Inkassos als Vertreter der Gesellschaften und ist nur Vermittlungsagent, während der local agent meist fast durchweg Abschlußagent ist, was ihm durch Überlassung von in blanco seitens der Gesellschaft unterzeichneter Versicherungsscheine erleichtert wird (96 ff.). — Pflicht zum Tagesbericht und Monatsbericht (97 ff.). — Ausgleich etwaiger Gefährdungen der Gesellschafter durch das ihnen zustehende Recht zur Kündigung der vom Agenten abgeschlossenen Versicherungen (99). — Überwachung der Agenten durch local boards of agents, local boards of underwriters und die inspection bureaus (100). — Beschränkte Mitwirkung bei der Schadenregulierung (100). — Provision für Neuabschlüsse und Verlängerungen, nicht für das Inkasso; die Provisionen, auch für die broker, trägt die Gesellschaft (101). — Kontrollorgane sind die nur für je eine Gesellschaft tätigen special agents (102) — V. Tarife (102 ff.). Möglichkeit staatlichen Eingriffs (108, 109). — VI. Verbandswesen (107 ff.). Unvollkommenes Koalitionsrecht.

2. Schweiz. a) Wegen der schweizerischen Kantonalgesetze

zum Feuerversicherungsrechte s. vor §§ 81 ff., wegen derjenigen zum Viehversicherungswesen s. vor §§ 116 ff. VVG. b) Über die Zulässigkeit der entschädigungslosen Aufhebung bestehender Versicherungsverträge mit Privatversicherungsgesellschaften infolge der Einführung der staatlichen obligatorischen Versicherung (§ 59 G. betr. die Gebäudebrandversicherung im Kanton Graubünden) vgl. die vorzügliche Entsch. der Schweiz. Bundesger., Sammlg. **37** 503 ff.

3. Indien. Wegen des neuen indischen Aufsichtsgesetzes für die Lebensversicherungsgesellschaften vgl. ZVersWiss. **12** 1082.

4. Niederlande. Der Entwurf eines niederländischen Gesetzes über den Lebensversicherungsvertrag ist abgedruckt in VersAnn. **12** 86 ff.

5. Norwegen. G. vom 29. Juli 1911 betr. die Versicherungsgesellschaften, abgedruckt in deutscher Übersetzung in den VAPV. **12** 12 ff., ebenso MasVersRdsch. **24** 141 ff., 177 ff.

6. Schweden. Über die versicherungsrechtliche Gesetzgebung Schwedens in den Jahren 1911—1912 s. Reuterskiöld, Die konstitutionelle Praxis und die öffentlich-rechtliche Gesetzgebung und Literatur Schwedens, JahrböffRdGegenw. **7** (465 ff.) 468 ff.

7. Spanien. Über das span. VAG. vom 14. März 1908 s. Posada, Entwickelung der Gesetzgebung in Spanien 1907—1912, JahrböffRdGegenw. **7** (472 ff.) 477; wegen des die Arbeiterpensionskassen betreffenden Gesetzes vom 27. Februar 1908 s. daselbst 484.

8. Uruguay. a) G. vom 27. Dezember 1911 (in Kraft seit 1. März 1912) betr. das ausschließliche Recht des Staates zum Betriebe des Versicherungsgeschäfts, in Übersetzung abgedruckt VAPV. **13** 42 ff. b) Wegen des Versicherungsmonopols in Uruguay (G. betr. Errichtung einer Staatsversicherungsbank) vgl. ZVersWiss. **12** 677.

9. Italien. VAPV. **12** 200 ff. bringt das „italienische Gesetz Nr. 305", das Vorkehrungen trifft zum Abschluß und zur Verwaltung von Lebensversicherungen durch eine Landesversicherungsanstalt (Einführung des Lebensversicherungs-Monopols), vgl. auch dessen Abdruck in MasVersRdsch. **25** 54 ff., 81 ff. und in der ÖstZVersWiss. **12** 290 ff. — Die Durchführungsverordnung vom 4. April 1912 ist ÖstZVersWiss. **12** 400 ff. abgedruckt.

10. Rocca, Das italienische Lebensversicherungsmonopolgesetz, ZVersWiss. **12** 524 ff., bespricht den Entwurf und die Abänderungsvorschläge sowie die Gründe und die Gegengründe vom volkswirtschaftlichen, technischen und juristischen Standpunkt aus. In letzterer Beziehung wird darauf hingewiesen, daß auch in Italien sich Stimmen dafür geltend gemacht haben, daß das öffentliche italienische Recht Expropriationen nur gegen Entschädigungen anerkenne und daß daher der Staat die Privatversicherungsunternehmungen zu entschädigen habe. Die Regierung hat dem aber unter Hinweis auf außeritalienische ähnliche Fälle der Einführung von Zwangsversicherungen mit Staatsmonopol widersprochen.

11. Wehberg, Das Völkerrecht und das italienische Staatsversicherungsmonopol, ÖstZVersWiss. **12** 83 ff. Italien ist durch die bestehenden Handelsverträge und durch allgemeine Grundsätze des Völkerrechts an der Einführung des Staatsversicherungsmonopols nicht gehindert. Aber die anderen Staaten sind berechtigt, gegenüber den italienischen Versicherungsgesellschaften Retorsion zu üben. Eine Entschädigung der durch das italienische Monopol geschädigten Versicherungsgesellschaften ist vom Billigkeitsstandpunkte aus als geboten zu betrachten und zwar ohne Unterscheidung nach In- und Ausland. Die ausländischen Gesellschaften können diese Ansprüche, obwohl sie keine Rechts-

ansprüche, sondern bloße Billigkeitsansprüche sind, gegen die italienische Regierung und zwar im diplomatischen Wege geltendmachen. Zur Entscheidung ist der Haager Schiedshof zuständig, wenn ihm auf Grund der Schiedsverträge Italiens diese Streitigkeiten dauernd zugewiesen sind, sonst (so z. B. Deutschland mit Österreich) nur, wenn ein besonderes Kompromiß erfolgt. Immerhin ist die Haager Entscheidung von tatsächlicher Bedeutung auch für die Staaten, die solche Schiedsverträge nicht abgeschlossen haben. — Nach dem Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs kann im Kriegsfalle der Feind die Kassen der Staatsversicherungsanstalt mit Beschlag belegen. Er ist nur verpflichtet, die einlaufenden Gelder zur Deckung der Versicherungsansprüche zu benutzen, nicht aber das vorhandene Geld. Aus diesem Grunde ist die Errichtung von Staatsversicherungsanstalten unzweckmäßig, ganz abgesehen davon, daß sie die Entwickelung der Versicherung, ihren Ausbau auf internationaler Grundlage und die Schaffung internationaler Rückversicherungsbeziehungen verhindert.

12. Wehberg, Zu den Gutachten über das italienische Staatsversicherungsmonopol, ZVersWiss. **12** 534 ff. Von einer Pariser Versicherungsgesellschaft ist Anfangs 1912 als Manuskript gedruckt unter dem Titel: Consultation pour les sociétées étrangères d'assurance sur la vie établies en Italie en présence du projet d'une loi tendant à la création d'un monopole au profit de l'état italien et d'une expropriation sans indemnité préalable, eine Schrift herausgegeben, die ein Rechtsgutachten von Clunet-Paris enthält und zustimmende Äußerungen hierzu von Anzilotti-Rom, Gabba-Pisa, Asser-Haag, v. Bar-Göttingen, Holland-Oxford, Lammasch-Wien, Lyon-Caen-Paris, Roquin-Lausanne und Rolin-Gent. Alle behandeln die Frage der Entschädigungspflicht Italiens, nur einige eingehender die Frage, ob den ausländischen Gesellschaften ein Schaden erwachsen ist. Clunet stellt den Satz auf, daß es jetzt allgemein Rechtsgrundsatz sei, daß eine Expropriation nur gegen Entschädigung zulässig sei. Dieser Grundsatz gilt aber nach Wehberg nur für Expropriationen im Wege von Verwaltungsmaßnahmen, nicht aber für solche im Wege der Gesetzgebung. Auch aus den Handelsverträgen kann man, wie Clunet es tut, jenen Rechtssatz nicht entnehmen. Auch seine allgemeine Behauptung, daß Italien durch die abgeschlossenen Schiedsverträge verpflichtet sei, die Entscheidung dem Haager Schiedsgerichtshofe zu unterbreiten, ist zu allgemein; ein österreichisch-italienischer Schiedsvertrag, den Clunet annimmt, besteht nicht. Es kommt auf eine Auslegung der einzelnen Verträge an.

13. Wehberg, Die internationalen Schiedsverträge und das italienische Staatsversicherungsmonopol, MasVersRdsch. **24** 15 ff., 42 ff., untersucht im Anschluß an seinen Aufsatz in der ÖstVersZ. **12** 83 ff. im einzelnen auf Grund der von Italien mit anderen Staaten geschlossenen Schiedsverträge, ob diese Verträge so auszulegen sind, daß Italien gezwungen werden kann, die Monopolfrage dem Haager Schiedshof zu unterbreiten. Es kommen 11 allgemeine Schiedsverträge (Nordamerika, Frankreich, England, Norwegen, Schweiz, Holland, Portugal, Peru, Argentinien, Dänemark und Mexiko) in Betracht sowie eine allgemeine Schiedsklausel in dem Handel- und Freundschaftsvertrage mit Costa-Rica. Voraussetzung ist bei den meisten, daß es sich um eine rein rechtliche, keine politische Frage handelt. Diese Voraussetzung ist hinsichtlich der Monopolfrage gegeben. Ferner sagen die meisten Verträge, daß es sich um Fragen handeln müsse, die weder die Lebensinteressen noch die Ehre noch die Unabhängigkeit der beiden Staaten berühren noch die Interessen anderer Mächte angehen. Auch diese Voraussetzungen sind bei der Monopol- und Entschädigungsfrage erfüllt. Alles dies gilt hinsichtlich der Verträge mit Amerika, England, Frankreich, Portugal, Schweiz und Costa-Rica. Auch der norwegische Vertrag, der etwas andere Einschränkungen macht, wird so auszulegen sein, daß

Norwegen Italien vor das Schiedsgericht zwingen kann, wofern nicht Italien einwendet, es handele sich um seine Lebensinteressen und seine Unabhängigkeit. Dasselbe gilt für Peru; nur kann hier Italien jenen Einwand nicht mit der Wirkung erheben, daß nunmehr der Schiedshof nicht entscheiden dürfte. Die anderen Verträge geben zu Zweifeln keinen Anlaß.

14. MasVersRdsch. **26** 53 ff. behandelt das Versicherungswesen in Japan.

15. Wegen der Entwickelung des deutschen und des ausländischen Versicherungswesens vgl. die wertvollen, eine große Reihe ausländischer Staaten umfassenden Ausführungen des AssekJahrb. **34** u. **35** je 3. Teil (Deutschland und Österreich-Ungarn bearbeitet von Franyi).

IV. Steuer-, Stempel- und Gebührenrecht (vgl. JDR. **10** 1166). A. Reichsstempel. 1. Reichsversicherungsstempel. Greiff, Grundsätzliches und Tatsächliches vom Reichsversicherungsstempel, ZVersWiss. **13** 725 ff. Vom 1. Oktober 1913 ab gibt es nur einen einheitlichen und ausschließlichen Stempel für das ganze Reich und das ganze Versicherungswesen. Die eingeführten Neuerungen sind Verbesserungen. Die Veranlagung und Erhebung knüpft an die Beurkundungen der Zahlungen der Prämie an. Gleichgültig ist es, ob die Versicherung kraft Vertrags oder kraft Gesetzes entsteht und ob eine Gesellschaft oder ein Einzelner Versicherer ist. Maßgebend ist die Prämie abzüglich der sog. Dividenden, also die sog. Barprämie. Alle Vereinbarungen, die einen Bestandteil des Versicherungsvertrags darstellen sind der landesrechtlichen Bestimmung entzogen, auch wenn sie in besonderen Urkunden enthalten sind. Nicht dagegen sonstige Urkunden, die im Geschäftsbetriebe der Versicherungsunternehmen vorzukommen pflegen. Frei sind die Versicherungen über ausländische Grundstücke oder mit Personen, die im Auslande wohnen. Der Begriff der Lebensversicherung ist im weitesten Sinne zu nehmen und umfaßt auch die Erlebensversicherungen, wozu auch die Krankheits-, Invaliditäts- und Altersversicherung (nicht Unfallversicherung) gehört, überhaupt alle sog. Kapitalansammlungsversicherungen. — Leibrentenverträge sind steuerfrei, nicht aber dann, wenn die Rentengewährung im großen organisiert ist, wenn eine Gegenseitigkeit herbeigeführt wird.

2. Wegen des Reichsbesitzsteuergesetzes vom 3. Juli 1913 und der darin getroffenen Bewertung der Ansprüche aus Lebensversicherungen, Kapital- oder Rentenversicherungen vgl. auch Tecklenburg, HoldheimsMSchr. **13** 287.

3. Erbschaftssteuer. a) **RG.** VAPV. **12** Anh. 85. Zuwendungen, die aus Anlaß einer Hochzeitsfeier von der früheren Werksbesitzerin an den Invalidenfonds der bei der jetzigen Aktiengesellschaft bestehenden Arbeiterstiftung gemacht werden, sind nach § 55 RGes. vom 3. Juni 1906 erbschaftssteuerpflichtig. Die Befreiung nach § 56 tritt nicht ein, weil eine sittliche oder eine Anstandspflicht nicht besteht (vgl. auch **RG. 70** 15, 383; **73** 46; **75** 132). **b) RG.** R. **12** Nr. 788. Zuwendungen, welche industrielle Unternehmer, Banken usw. an Vereine zur Versorgung der Hinterbliebenen ihrer Angestellten machen, können als durch den Anstand gebotene Zuwendungen im Sinne von § 56 Abs. 2 ErbschStG. nur dann gelten, wenn die Unternehmungen sich der Schenkung, ohne ihren Ruf zu gefährden, nicht entziehen können.

4. Aktienausgabestempel. **RG.** VAPV. **13** Anh. 43, WallmVersZ. **47** 366. Bei Berechnung des Aktienausgabestempels und des Anschaffungsstempels ist dem Ausgabepreise und Gegenstandswerte der Betrag hinzuzurechnen, den die Übernehmer der Aktien zur Bestreitung der Kosten der Errichtung und ersten Organisation der Aktiengesellschaft zu zahlen sich verpflichtet haben.

5. Grundstücksstempel. RG. ZAktWes. **12** 226. Unter den Begriff der „Übertragung" im Sinne von Tarifstelle 11b RStempG. fällt auch der Übergang von Grundstücken im Wege der Fusion.

6. Wegen der Prozeßkosten und der Gebühren s. auch vor § 1 ff. VVG. unter VI.

B. Preußen. 1. Wehberg, Wieweit sind Unfallversicherungsprämien mit Prämienrückgewähr vom steuerpflichtigen Einkommen in Preußen abziehbar? VersAnn. **13** 577 ff. teilt die Ansicht des PrOVG., daß Versicherungsprämien von Unfallversicherungen, die mit Prämienrückgewähr abgeschlossen sind, insoweit nicht steuerpflichtig sind, als sie sich durch die Prämienrückgewähr mindern.

2. PrOVG. **60** 177 (PrOVG.). § 47 Abs. 1 a PrKommAbgG. vom 14. Juli 1893 hat die Bestimmung, daß bei Versicherungs-, Bank- und Kreditgeschäften die Bruttoeinnahmen, die in den einzelnen Steuergemeinden erzielt sind, als Verteilungsmaßstab dienen sollen, um deswillen getroffen, weil bei diesen Geschäften das Ergebnis der Bruttoeinnahmen dem Verhältnisse der Reineinnahmen zu entsprechen pflegt. Zu den Bruttoeinnahmen im Sinne dieser Vorschrift gehören daher nur solche Eingänge, die das Erzeugnis des gewerbl. Betriebs, die darin „erzielt" sind.

3. PrVerwBl. **34** 719 (PrOVG.). Eine preußische Versicherungsgesellschaft ist in den verschiedenen Betriebsgemeinden so zu besteuern, daß das staatlich bestimmte Einkommen nach der Regel des § 47 PrKommAbgG. auf die Gemeinden verteilt wird, ohne daß auf die Einzelheiten der staatlichen Veranlagung eingegangen wird. Deshalb ist, wenn der Staat 10 pCt. des außerpreußischen Einkommens für sich in Anspruch genommen hat, diesen Betrag nicht etwa vorweg der Sitzgemeinde zuzuweisen, sondern auch insoweit sind lediglich die Verteilungsvorschriften des § 47 maßgebend.

4. DJZ. **12** 1534 (PrOVG.). Lebensversicherungsprämien sind nur in den im § 8 II Abs. 1 Nr. 4 EinkStG. i. d. F. vom 19. Juni 1906 geregelten Fällen abzugsfähig. Unerheblich ist es, aus welchem Grunde — zu welchem Zwecke die Versicherung eingegangen ist.

5. DJZ. **13** 471 (PrOVG.). Sterbekassenansprüche sind nur dann im Sinne von § 15 ErgStG. vom 19. Juni 1906 steuerpflichtig, wenn die Beträge den Beerdigungsaufwand erheblich übersteigen oder die Versicherung durch Rückkauf, Abtretung und Verpfändung jederzeit zu Gelde gemacht werden kann.

6. VAPV. **13** Anh. 14 (PrOVG., 3 Urteile, 28. 2. 12, 19. 6. 13, 10. 7. 12). Bejaht wird die Abzugsfähigkeit der Versicherungsprämien für Militärdienst- und Aussteuerversicherungen, die auf das Leben nicht selbständig veranlagter Kinder vom Vater abgeschlossen werden.

7. VAPV. **12** 50, **13** 120. Der im Falle der Veräußerung der Sache ausgestellte Nachtrag zum Versicherungsvertrag ist nach preußischem Rechte nicht stempelpflichtig. — Dasselbe gilt für Veräußerung von haftpflichtversicherten Betrieben (§ 151 Abs. 2 VVG.). — Ebenso kann die Gesellschaft vom Erwerber eine Ausfertigungsgebühr nicht verlangen.

C. Bayern. 1. BayVerwGH. **11** 151, R. **12** 72 (BayVerwGH.). Nach Artt. 250, 269 Abs. 4 u. 5 Bay GebührenG. i. d. F. vom 28. April 1907 sind bei einer Mehrzahl gleichwertiger Lebensversicherungen die einzelnen Versicherungen zum Zwecke der Gebührenberechnung auch dann zusammenzurechnen, wenn die mehreren Versicherungen nicht gleichzeitig, sondern in zeitlicher Aufeinanderfolge abgeschlossen oder beurkundet worden sind.

2. R. **13** 812 (BayVerwGH.). Boykottversicherungen fallen unter Art. 270 a Bay GebührenG. v. 13. August 1879 i. d. F. vom 13. Juli 1910. Als Prämie haben auch die bei Versicherungen auf Gegenseitigkeit zu zahlenden Bei-

träge zu gelten, ebenso die Beiträge der Versicherten zu den Kosten der Verwaltung, gleichviel ob sie in der Prämie unausgeschieden enthalten oder besonders ausgeschieden sind.

D. Sachsen. 1. SächsOVG. **19** 287 ff. (SächsOVG.) behandelt die Frage der Abzugsfähigkeit des Pensionsfonds einer Versicherungsgesellschaft bei Berechnung des ergänzungssteuerpflichtigen Vermögens nach sächsischem Rechte.

2. SächsOVG. **17** 187, MittVerwdirSteuernSachs. **10** 454 (SächsOVG.). Der Pensionsfonds einer Versicherungsunternehmung, die aus eigenen Mitteln ihren Beamten Pension gewährt, ist als echter und unbedingter Schuldposten anzusehen und daher nicht nach § 21 Abs. 3 SächsErgStG. außer Betracht zu lassen. — Dagegen ist der Kriegsfonds der Lebensversicherungsgesellschaften nach § 21 Abs. 3 ErgStG. außer Betracht zu lassen. Er ist nicht als Prämienreserve oder sonst als gebundenes Vermögen, nicht als Schuld anzusehen; mindestens aber hätte er als aufschiebend bedingte Schuld außer Betracht zu bleiben.

3. Wegen der Einkommensteuerpflichtigkeit der Überweisungen an die Gewinnreserve eines in sich abrechnenden Verbandes und an den Beamtenpensionsfonds einer Lebensversicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit (sächs. Recht) vgl. VAPV. **12** Anh. 87 (SächsOVG.).

4. Sörgel JahrbVerwR. **13** 484 (SächsOVG.). Die Schadenreserve der Versicherungsgesellschaften ist im Sinne des Einkommensteuergesetzes als echte Schuld anzusehen.

5. Wegen der Besteuerung der Versicherungsunternehmungen in Sachsen vgl. auch die Generalverordnung des SächsFinanzmin. vom 23. Januar 1911, MittVerw. dirSteuernSachs. **10** 203, abgedruckt auch ZVersWiss. **12** 1085 ff.

E. Braunschweig. BraunschwZ. **59** 58, PrVerwBl. **34** 650 (Braunschw. VGH.). Während in Preußen die Fürsorgekassen- und Versicherungsbeiträge mit je höchstens 600 M. bei der Einkommensteuer abzugsfähig sind, sind sie das in Braunschweig nach § 9 II Abs. 2 BraunschwEinkStG. nur mit 600 M. zusammen.

☞ F. Reuß. Nach § 9 des am 1. April 1913 in Kraft getretenen neuen reußischen EinkStG. sind von dem Rohertrag als Werbungskosten auch die Beiträge für Versicherungen von Sachen und Rechten sowie gegen Haftpflicht abzugsfähig, ebenso vom Gesamteinkommen die gesetz- oder (bis 300 M.) vertragsmäßigen Beiträge zur Kranken-, Unfall-, Alters-, Invaliditätsversicherung, Witwen-, Waisen- und Pensionskassen und die Versicherungsprämie für Kapitalien bis zu 10 000 M. bei Versicherungen des Steuerpflichtigen auf den Todes- oder Lebensfall bis zu 300 M. jährlich.

G. Hamburg. Wegen der Stempelpflicht der Übernahme des Portefeuilles nach hamburgischem Rechte vgl. WallmVersZ. **46** 193 (Hamburg).

H. Ausland. 1. Österreich. Wegen des österreichischen Gesetzentwurfes betr. die Gebühren von Versicherungs-, Leibrenten- und Versorgungsverträgen s. ZVersWiss. **12** 456.

2. England. Wegen der Ungültigkeit eines mündlich geschlossenen Seeversicherungsvertrags wegen Mangels des Stempels nach englischem Rechte vgl. GoldschmidtsZ. **73** 515 (The Law Times Reports CIII 767 ff. Kings Bench Division).

3. Japan. Wehberg, Der Haager Schiedshof und die Versicherungsgesellschaften, AssekJahrb. **35** 43 ff., behandelt die bisherige und die voraussichtliche künftige Entwicklung des Schiedsgerichtsgedankens, die Bedeutsamkeit des Abschlusses von allgemeinen, vorbehaltlosen oder mit Vorbehalt (der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für Streitigkeiten, die die Ehre oder Unabhängigkeit der Staaten

angehen) abgeschlossenen Schiedsverträgen, macht Vorschläge zur Besserung der Organisation des Haager Schiedshofs und kommt bei Besprechung der bisherigen Schiedssprüche dieses Schiedshofs auch auf den im Jahre 1905 erfolgten Schiedsspruch zwischen Japan einer- und Deutschland, England und Frankreich andererseits wegen der Steuerpflicht ausländischer Versicherungsgesellschaften in Japan zu sprechen. Dieser Streit ist zugunsten der europäischen Staaten entschieden worden. Den Angehörigen der genannten Staaten ist auf Grund der Niederlassungsverträge der Erwerb von Grundeigentum in Japan nicht gestattet. Sie können nur Land gegen einen an den Staat zu zahlenden Pachtzins pachten. Das Land ist dann steuerfrei. Japan bestritt nun aber die Steuerfreiheit für den Fall, daß das Land mit Gebäuden bebaut sei, mit der Begründung, die Unmöglichkeit des Grunderwerbes bestehe nur für das Land, nicht aber für die Gebäude; diese seien Eigentum der betreffenden Pächter, und deshalb müßten diese außer dem Pachtzinse in diesem Falle auch Steuern zahlen. Der Standpunkt Japans wurde in dem Schiedsspruch als unrichtig erklärt.

J. Einzelnes. 1. Die die Lebensversicherung treffenden Bestimmungen über Steuern, Stempel und Gebühren werden eingehend dargestellt im 6. Abschnitte von Lederle, Die Lebensversicherung unter besonderer Berücksichtigung ihrer rechtlichen Beziehungen zum ehelichen Güterrecht, Erb- und Konkursrecht sowie ihrer Besteuerung (Heidelberg 1913).

2. Wegen der Verstempelung von Nachträgen s. VAPV. **12** 50 (zu § 3 VVG.).

3. Wegen der Feuerlöschkassenbeiträge und ihres Verhältnisses zur Einkommensteuer s. WallmVersZ. **47** 1 ff., 17 ff.

4. Wegen der Frage der Gebühren der Feuerwehr s. zu § 121 VAG. unter III.

5. Wegen der privaten Gebühren der Versicherungsgesellschaften s. zu § 9 III.

V. Wegen der Geschichte und Bedeutung des Versicherungswesens vgl. vor §§ 1 ff. VVG.

VI. Wegen des Versicherungsunterrichts vgl. vor §§ 1 ff. VVG. unter VI.

§ 1. Literatur: Schneider, Zur Frage der Abonnentenversicherung, DJZ. **13** 284. — Pollaczek, Zur Abonnentenversicherung, DJZ. **13** 637.

I. Begriff der Versicherungsunternehmung (vgl. JDR. **10** 1165, **8** 1008, **5** 1088). 1. Gelpcke, ZVersWes. **12** 619 ff. Aufsichtspflichtig ist nur der Betrieb von Versicherungsgeschäften (d. h. von Verträgen, in denen sich der eine gegen ein Entgelt zum Ersatz eines Schadens oder zur Bereitstellung einer bestimmten Summe in einem gegebenen Zeitpunkte verpflichtet), gleichgültig, ob der Betrieb sich an die allgemeine Öffentlichkeit wendet, wenn er sich nur nicht auf einen kleinen festbegrenzten Personenkreis beschränkt und nicht lediglich Nebenzweck eines anderen Betriebs ist, was bei der Abonnementsversicherung Tatfrage zu sein pflegt.

2. VAGV. **13** 112. Zum Begriffe der Versicherungsunternehmung gehört notwendigerweise ein Betrieb von Versicherungsgeschäften, d. h. eine planmäßige, auf längere Dauer berechnete und auf fortlaufenden Abschluß einer unbestimmten Zahl von Versicherungsverträgen gerichtete Tätigkeit Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben für die von bayrischen Alpgenossenschaften getroffene Einrichtung zur Ersatzleistung für Unfälle oder Nottötungen auf der Grundlage von Umlagen.

3. VAPV. **12** 130. Das APV. verneinte in einem Falle das Vorliegen eines Betriebs von Versicherungsgeschäften wegen der fest begrenzten und verhältnis-

mäßig geringen Teilnehmerzahl, der fehlenden Anwerbung, des geringen Ab- und Zuganges der Beteiligten und der geringen Zahl vorkommender Versicherungsfälle („Versicherungsverband deutscher Handwerks- und Gewerbekammern", in welchem der deutsche Handwerks- und Gewerbekammertag den Kammern sowie ihren Organen und Beamten Schutz gegen Haftpflichtansprüche gelegentlich von Meister- und Gesellenprüfungen gewähren sowie ferner die ehrenamtlichen Organe, die Beamten und die Prüflinge für Unfälle bei den gleichen Gelegenheiten und den hierzu nötigen Reisen entschädigen will).

4. VAPV. 12 115. Gemeindehaftpflichtversicherungsverbände sind private Unternehmungen, obgleich an ihnen nur juristische Personen des öffentlichen Rechtes beteiligt sind. Denn es fehlt ihnen das Merkmal der staatlichen, gemeindlichen oder ständischen Einrichtung wie auch das der behördlichen Verwaltung. Der Zusammenschluß beruht auf rein privater Vereinbarung und die Verwaltung erfolgt durch Organe, die zu dem Verbande in einem lediglich privaten Dienstverhältnisse stehen.

5. VAPV. 12 9 u. 125. Der Betrieb einer Genossenschaft, die die Vermittlung von Hypotheken auf den Grundstücken ihrer Genossen und die Übernahme von Bürgschaften oder Ausbietungsverpflichtungen für solche Hypotheken bezweckt, stellt keinen aufsichtspflichtigen Versicherungsbetrieb dar, soweit die Hypotheken oder deren Verlängerungen von der Genossenschaft selbst vermittelt werden, weil insoweit die Haftungsübernahme lediglich Bestandteil dieses Geschäfts ist. Im übrigen stellt die Haftungsübernahme (Bürgschaft oder Ausbietungsgarantie) ein Versicherungsgeschäft dar; denn es handelt sich um die Sicherstellung von Vermögensschäden und es ist gleichgültig, ob Schadensersatz in Geld oder auf andere Weise geleistet wird.

6. VAPV. 13 195. Die Übernahme der Gewährleistung für die Richtigkeit erteilter Auskünfte durch Auskunfteien in gewissen Grenzen stellt kein Versicherungsgeschäft, sondern eine vertragliche Nebenabrede zu dem Auskunftsvertrage dar.

7. **RG.** GoltdA. **60** 275, R. **12** Nr. 3442. Das VAG. bezieht sich auch auf Personenvereine, deren Mitglieder in nicht geschlossener Zahl sich zu einer vom Vorstande des Vereins geleiteten, auf Dauer berechneten Gegenseitigkeitsverbindung derart verbinden, daß die dem einzelnen Mitglied aus einem bestimmten Ereignis erwachsenden Schäden zu einer festgesetzten Summe aus den Mitteln ersetzt werden, die von der Gesamtheit der Mitglieder durch Beiträge aufgebracht sind. Erwerbs- oder Gewinnzweck braucht in solchem Vereine durch seinen Betrieb nicht zu erfolgen, um unter das VAG. zu fallen. Denn, wie sich aus §§ 15 ff., 53 VAG. klar ergibt, befaßt sich das VAG. ohne Rücksicht auf die Gewerbsmäßigkeit des Betriebs, sofern dieser nur auf einige Dauer berechnet ist, mit solchen Gegenseitigkeitsunternehmungen. Auf sie ist daher z. B. § 4 VAG. unter allen Umständen anwendbar.

8. VAPV. 13 Anh. 44 (PrOVG.). Der Begriff der Versicherungsunternehmung bestimmt sich an der Hand von § 1 VAG. nach objektiven Merkmalen; wo sie gegeben sind, ist ohne weiteres auch das Aufsichtsrecht gegeben ohne Rücksicht darauf, ob die Unternehmung um Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe nachgesucht und ob sie sie erhalten hat.

II. Die Ausschließung des Rechtsanspruchs (vgl. JDR. **10** 1167, 8 1008, **5** 1090). 1. Heine, MittöffFeuerversAnst. **12** 362. Die nur scheinbare Ausschließung des Rechtsanspruchs macht nach § 108 VAG. die Unternehmer und Agenten strafbar, wenn auch ohne entsprechende Satzungsbestimmung die Gewährung eines Rechtsanspruchs beabsichtigt war.

2. RG. GoltdA. 13 275. § 108 VAG. ist unanwendbar, wenn nach Maßgabe der Zwecke und der Satzungen des Vereins ein Rechtsanspruch auf die Leistung aus dem Vereinsvermögen nicht besteht. Ein Verein, dessen Aufgabe sich in der freiwilligen Gewährung von Unterstützungen erschöpft, ist keine Versicherungsunternehmung. Ob lediglich Unterstützung oder aber Versicherung gewährt wird, ist Tatfrage. Der Name des Vereins („Unterstützungsverein") und die Satzungsbestimmung, daß nur „nach Maßgabe der vorhandenen Mittel" geleistet wird, sowie die Satzungsbestimmung, daß im Falle eines Streites über den Umfang der Unterstützung nicht die ordentlichen Gerichte entscheiden sollen, sondern Dritte, schließen nicht aus, den Verein als Versicherungsunternehmung und den Anspruch als Rechtsanspruch anzusehen. Dagegen ist es mit dem Wesen eines Rechtsanspruchs unvereinbar, wenn die Vereinsorgane unter Ausschluß des Rechtswegs über die zu gewährende Unterstützung entscheiden sollen. Es kann sich aber gerade aus dieser Bestimmung ergeben, daß lediglich der Anschein erweckt werden sollte, es handle sich um ein nicht konzessionsbedürftiges Unternehmen.

3. VAPV. 13 Anh. 44 (PrOVG.). Ein Ausschluß des Rechtsanspruchs im Sinne von § 1 Abs. 2 VAG. liegt nicht darin, daß die Entscheidung über streitige Ansprüche einem Schiedsgericht übertragen ist.

4. Wegen der registergerichtlichen Eintragung der Versicherungsvereine, die den Rechtsanspruch ausgeschlossen haben, vgl. zu § 30 VAG. unter II.

III. Zeitungsabonnementsversicherung (vgl. JDR. 10 1167, 1168, 1195, 1198, 8 1009, 5 1090). 1. Schneider, Zur Frage der sog. Abonnentenversicherung, DJZ. 13 284 ff., bespricht unter Hinweis auf die vom Reichskanzler dem Reichstage vorgelegte Denkschrift (s. u.) die Mißstände der Abonnentenversicherung und spricht sich für ihre Aufsichtspflichtigkeit aus, gleichgültig, ob der Verleger selbst als Versicherungsunternehmer auftritt oder nicht. Er weist aber darauf hin, daß man nicht nur die Abonnentenversicherung ins Auge fassen müsse, sondern jede Versicherung, die als Zugabe bei Abschluß anderer Verträge gegeben werde.

2. Pollaczek: Zur Abonnentenversicherung, DJZ. 13 637, wendet sich gegen Schneider, DJZ. 13 284, insofern dieser nur die unbeaufsichtigte Abonnentenversicherung bekämpfe. Entweder müsse die Abonnentenversicherung überhaupt verboten oder überhaupt erlaubt werden. Unbillig sei es aber, die beaufsichtigte Abonnentenversicherung zu erlauben, d. h. die, bei der der Verleger die Versicherungslast auf eine Versicherungsgesellschaft abnutze. Denn, wenn der Verleger nicht mehr selbst Versicherungsgeber sein dürfe, dann würden die Leistungen an die Abonnenten verteuert werden. Den Vorteil hätten nur einige wenige Versicherungsgesellschaften.

3. Wegen der Frage, wie die Zeitungsabonnentenversicherung gehandhabt wird und wie sie verbreitet ist, sowie darüber, ob sie der Aufsicht zu unterstellen ist oder nicht, vgl. die im Januar 1912 vom Reichskanzler dem Reichstage vorgelegte „Denkschrift über Abonnentenversicherung".

4. Im übrigen vgl. wegen der Abonnentenversicherung vor §§ 1 ff. VVG. und zu § 179 VVG. unter V.

IV. Besondere Versicherungsarten (vgl. JDR. 10 1198 ff., 8 1010 5 1087, 1088). Vgl. vor §§ 1 ff. V und vor §§ 49 ff. VVG.

§ 2. (Vgl. JDR. 10 1167, 8 1011, 5 1093.) I. Zuständige Landesaufsichtsbehörden. 1. Baden. VAPV. 12 2. Großh. Bezirksämter für diejenigen Versicherungsvereine, deren Geschäftsgebiet sich nicht über den Umfang eines Amtsbezirkes hinaus erstreckt (VO. des Min. d. Inn. vom 3. Januar 1912,

GVBl. **12** 6, erlassen auf Grund von § 1 Abs. 2 der landesherrl. VO. vom gleichen Tage, GVBl. **12** 5).

2. Anhalt. VAPV. **12** 186, MinVO. v. 3. August 1912 und landesh. VO. vom 22. August 1912 (GS. Anhalt **12** 151 ff.) regeln jetzt die Verteilung der Landesaufsicht.

II. Geschäftsbetrieb in mehreren Bundesstaaten. BraunschwZ. **11** 119 (Braunschweig). Ein Geschäftsbetrieb in mehreren Bundesstaaten liegt nicht deshalb vor, weil nach Vertragsbeschluß Versicherungsnehmer in einen anderen Bundesstaat übersiedeln.

III. Ausland. Valér, Einiges über ungarisches Versicherungsrecht, Assek. Jahrb. **35** 78 ff. In Ungarn wird die Aufsicht über die Versicherungsunternehmungen nicht durch Verwaltungsbehörden, sondern nur durch die Gerichte ausgeübt.

§ 3. (Vgl. JDR. **5** 1094.) Wegen der Übertragung der Beaufsichtigung bayerischer Versicherungsunternehmungen an das APV. s. d. KaisVO. v. 25. November 1912, RGBl. **12** 561.

II. Zulassung zum Geschäftsbetriebe.

§ 4. Literatur: Strecker, Privatrechtliche Gültigkeit der Versicherungsverträge der zum Geschäftsbetriebe nicht zugelassenen Versicherungsgesellschaft, R. **12** 365 ff. — Fuld, Die Versicherungsverträge mit ausländischen, nicht zum Versicherungsbetriebe zugelassenen Gesellschaften, MittöffFeuerversAnst. **12** 203 ff.

I. Form der Erlaubnis. BraunschwZ. **11** 119 (Braunschweig). Für die Erteilung der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb ist eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben.

II. Verträge nicht zugelassener Versicherungsunternehmungen (vgl. JDR. **10** 1167, 1181, 1183, **8** 1011, **5** 1086, 1094, 1131). 1. Strecker, Privatrechtliche Gültigkeit der Versicherungsverträge der zum Geschäftsbetriebe nicht zugelassenen Gesellschaften, R. **12** 365 ff. Verträge, die von Unternehmungen abgeschlossen werden, die zum inländischen Geschäftsbetriebe nicht zugelassen sind, sind privatrechtlich gültig. Auch ist die Klage auf Prämie aus solchen Verträgen zuzulassen. Verf. gibt hierzu eine Übersicht über Rechtslehre und Rechtsprechung zu dieser Frage.

2. Fuld, Die Versicherungsverträge mit ausländischen, nicht zum Versicherungsbetriebe zugelassenen Gesellschaften, MittöffFeuerversAnst. **12** 203 ff. Versicherungsverträge mit Gesellschaften, die im Inlande zum Geschäftsbetriebe nicht zugelassen sind, sind nicht nichtig (ebenso Josef, Komm. z. VVG. 7; Zehnter, ABürgR. **21** 2; VAPV. **5** 34; aM. R. **07** 3391 [Hamburg]). Wohl aber ist Anfechtung wegen Irrtums über das Fehlen der Zulassung möglich und ebenso Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, wenn der Wahrheit zuwider die Zulassung behauptet war. Dasselbe gilt, wenn die demnächstige Einstellung des Geschäftsbetriebs im Inlande beim Vertragsabschlusse verheimlicht worden war.

3. Wegen der zivilrechtlichen Haftung des Agenten, der Versicherungsverträge mit einer im Inlande nicht zugelassenen ausländischen Gesellschaft vermittelt s. ElsLothJZ. **13** 419, OLG. Colmar, vgl. vor §§ 43 ff. VVG.

III. Wegen der Prüfungspflicht des Registerrichters vgl. zu § 30 VAG.

§ 5. Vgl. JDR. **10** 1168.

§ 6. (Vgl. JDR. **10** 1168, **8** 1012, **5** 1095.) Literatur: Mertins, Das Sonderrecht der Versicherungsaktiengesellschaft. Berlin 1913.

Deumer, Recht der eingetragenen Genossenschaft 57 ff. Eingetragene Genossenschaften dürfen zum Betriebe der Versicherung nicht mehr zugelassen werden.

§ 7. (Vgl. JDR. 8 1012, 5 1095.) I. Zu Ziff. 1. Gesetzesverstöße im Geschäftsplane. 1. VAPV. 13 199 ff. Die gesetzliche Vorschrift der Gleichheit der Leistung bei gleichem Entgelte (§ 21 VAG.) wird verletzt, wenn einheitliche Beiträge für alle Mitglieder festgesetzt werden, gleichgültig wie hoch die in Frage kommende Versicherungssumme sich beläuft, und zumal dann, wenn es sich um eine Kasse mit Zwangsbeitritt handelt. In solchen Fällen liegt zugleich eine Verletzung der Interessen der Versicherten im Sinne von § 7 Ziff. 2 VAG. vor.

2. VAPV. 13 202 (Senatsentsch.). Eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften kann gegeben sein, wenn das Ordnungsstrafrecht in der Satzung eine ganz unsachgemäße, seinen Zweck offenbar überschreitende Ausdehnung erhalten hat, so daß eine Strafgewalt eingeführt ist, die zur Erzielung einer ordnungsgemäßen Kassenverwaltung nicht erforderlich ist. Bei Geldstrafen bis zu 20 M. und mehrfachem Beschwerderechte trifft diese Annahme jedoch nicht zu. — Eine Abstufung nach den Mitgliederklassen (Krankengeld) ist nicht nötig. Sie wäre nur zweckmäßig. Erwägungen der Zweckmäßigkeit sind eben als Versagungsgründe im § 7 VAG. nicht zugelassen. — Eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit (§ 21 VAG.) liegt bei der Bemessung der Höhe der Ordnungsstrafen nicht vor.

3. VAPV. 12 116. Die Übernahme sämtlicher Kosten von Strafprozessen durch die Haftpflichtversicherungsgesellschaft ist nicht als gegen gesetzliche Vorschriften verstoßend anzusehen.

4. DVersZ. 12 77. Das APV. hält den Einschluß sämtlicher Kosten eines Strafprozesses in die Haftpflichtversicherung für zulässig und die Versagung der Genehmigung nach § 7 VAG. nicht für zulässig. Auszunehmen sind allerdings die Kosten der Strafvollstreckung.

II. Zu Ziff. 2. Versicherteninteresse. Dauernde Leistungsfähigkeit. 1. Auslandsgeschäft. VAPV. 12 131 bespricht die Notwendigkeit, wegen des Betriebs von Geschäften im Auslande inländischen (jüngeren, am deutschen Geschäfte gering bzw. älteren, am ausländischen Geschäft stark beteiligten und an dessen Vergrößerung interessierten) Gesellschaften der Sachversicherung Kautionen aufzulegen, um so die Ansprüche der deutschen Versicherungsnehmer zu sichern.

2. Hochseefischereiversicherung. VAPV. 13 196 ff. behandelt die Frage, unter welchen Umständen die dauernde Erfüllbarkeit der Versicherungsverpflichtungen bei Versicherungsvereinen gesichert ist, die die Versicherung von Teilschäden an Hochseefischereidampfern betreiben (Versicherungsbestand, Beiträge, Gründungsfonds, Franchise).

3. Unvollkommener Versicherungsschutz. VAPV. 13 200 ff. Die Versagung der Genehmigung kann erfolgen, wenn nur ein unvollkommener, den wirklichen Bedürfnissen des einzelnen nicht entsprechender Versicherungsschutz gewährt werden soll infolge des ein für allemal feststehenden, nicht abänderlichen Vertragsinhalts, zumal wenn Zwangsbeitritt für die Verbandsmitglieder bestehen soll.

4. Lebenslänglichkeit. VAPV. 13 104. Das APV. hat grundsätzliche Bedenken gegen die Zulässigkeit lebenslänglicher Unfallversicherungen.

5. Hilfskassenmißstände. VAPV. 13 102 behandelt die Mißstände bei den Hilfskassen, die sich bei Überleitung derselben unter das neue Recht ergeben haben, und die Maßnahmen, die getroffen worden sind.

6. Verbindung von Sach- und Personenversicherung. Vgl. VAPV. 12 103 ff.

7. Umlageverfahren im Übergange zum Kapitaldeckungsverfahren, vgl. VAPV. 13 98.

8. Mehrmalige Nachschußerhebung in einem Geschäftsjahre, vgl. VAPV. **13** 21 u. 109 (s. zu § 24 VVG.).

9. Karenzzeit. Reger **13** (33) 154, PrOVG. **61** 357, VAPV. **12** Nr. 686 (PrOVG.). Die Aufsichtsbehörde ist nicht berechtigt, einer privaten Sterbekasse vorzuschreiben, daß für die im 1. Lebensjahre verstorbenen Kinder ein Sterbegeld nicht gewährt werde. Der entgegenstehende Runderlaß des PrMin. d. Inn. vom 1. Dezember 1909 (Reger **30** 372) ist nicht begründet. § 159 Abs. 3 VVG. steht nicht entgegen. Auch das APV. verlangt keine Karenzzeit (vgl. VAPV. **8** 163, 164, **9** 93).

10. Vgl. auch oben unter I 1.

III. Wegen des Organisationsfonds s. zu § 8 VAG., wegen des Gründungsfonds s. zu § 22 VAG., wegen der Nachschüsse s. zu § 24 VAG.

§ 8. (Vgl. JDR. **10** 1169, **5** 1096.) I. Organisationsfonds der Versicherungsgesellschaften (vgl. JDR. **10** 1169). 1. MittöffFeuerversAnst. **12** 60 (Gutacht. des VAPV.). Die Leistungen der Aktionäre zur Aufbringung des Organisationsfonds sind als Sonderleistungen, nicht als Aufgeld auf die Aktien im Sinne von § 262 Ziff. 2 HGB. anzusehen.

2. VAPV. **12** 97. Nichtanwendbarkeit von § 262 Ziff. 2 HGB. auf die von den Aktionären gelegentlich von Grundkapitalserhöhungen freiwillig zum Organisationsfonds gezahlten Beträge (vgl. JDR. **10** 1169).

3. Wegen der Ausgabe von Gewinnanteilscheinen zur Beschaffung eines Organisationsfonds und darüber, ob zur Änderung der Rechte der Gewinnanteilsinhaber ein Beschluß der Generalversammlung genügend oder die Zustimmung aller Anteilsinhaber nötig ist, vgl. VAPV. **12** 89.

II. Vermögensanlage. Vgl. vor §§ 54 ff. VAG. u. zu § 59 VAG.

§ 9. (Vgl. JDR. **10** 1170, **8** 1013, **5** 1096.) Literatur: Weiland, Die Stellung der „besonderen Bedingungen" in der Vertragstechnik der Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. **13** 669 ff.

I. Begriff der allgemeinen Versicherungsbedingungen. (Vgl. JDR. **10** 1170). VAPV. **12** 132. Das APV. erachtet als allgemeine Versicherungsbedingungen jede Zusammenfassung von Vorschriften, die sich als ein von vornherein feststehender, typischer, bei umfangreichen Gruppen von Versicherungen regelmäßig wiederkehrender Vertragsinhalt darstellen. Hierunter fallen auch die „allgemeinen Sicherheitsvorschriften für Fabriken und gewerbliche Anlagen" bei der Feuerversicherung.

II. Abdruck der allgemeinen Versicherungsbedingungen im Versicherungsscheine. (Vgl. JDR. **10** 1170.) 1. VAPV. **12** 2, **13** 3. APV. hält im Anschluß an VAPV. **10** 84 ff. und **11** 211 daran fest, daß es zweckmäßig sei, die allgemeinen Versicherungsbedingungen auf dem Versicherungsschein abzudrucken oder sie mit ihm zu verbinden.

2. VAPV. **13** 11 begründet eingehend (Senats- und Rekursentscheidung) die Verpflichtung der Versicherer, die allgemeinen Bedingungen in den Versicherungsschein aufzunehmen oder mit ihm zu verbinden. Diese Pflicht bestehe nach § 3 Abs. 1 VVG., die allerdings nicht völlig klar sei, aber doch, obwohl Zweifel obwalteten, zu Ungunsten der Versicherer ausgelegt werden müsse. Überdies sei in dem Nichtabdruck der Bedingungen ein die Versicherten gefährdender Mißstand zu erblicken (§ 64 VAG.). Die Vorschrift des § 10 VAG. reicht nicht aus.

III. Wegen der Notwendigkeit übersichtlicher Gestaltung der allgemeinen Versicherungsbedingungen vgl. Biedermann, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 241 ff. (vgl. zu § 1 VVG. unter II).

IV. Zu Abs. 1 Ziff. 2. Gebühren. 1. Wegen Gebührenberechnung bei Ausstellung von Nachträgen im Falle von § 69 VVG. s. VAPV. 12 50 (zu § 3 VVG.), 13 120; vgl. auch zu § 69 VVG.

2. Wegen der Aufnahmegebühren (Agenturgebühren) bei Feuerversicherungen s. VAPV. 12 51 und 193 ff.

§ 10. (Vgl. JDR. **10** 1171, 8 1013, 5 1099). 1. Wegen der Unzulänglichkeit des § 10 VAG. und der Notwendigkeit des Abdrucks oder der Anfügung der allgemeinen Versicherungsbedingungen beim Versicherungsscheine vgl. zu § 9 VAG. unter II 2.

2. Wegen der dem § 10 VAG. ähnlichen Bestimmungen für die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten Preußens vgl. die Vf. des Min. d. Inn. vom 9. November 1911, MittöffFeuerversAnst. **12** 26, s. zu § 192 VVG.

3. Zu Abs. 3. VAPV. **12** 196 Nr. 109. Das APV. hat auf Grund von § 10 Abs. 3 VAG. auf Widerruf genehmigt, daß bei solchen Versicherungen gegen Unfall- und Haftpflichtschäden, deren Abschluß im Börsenverkehr erfolgt, die Vorschrift des § 10 Abs. 1 VAG. unter der Voraussetzung außer Anwendung bleibt, daß die maßgebenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen auf der Police abgedruckt sind.

§ 11. (Vgl. JDR. 8 1014, **5** 1101.) Literatur: Nabholz, Das Zillmersche Deckungskapital und seine moderne Entwickelung, Schweiz. Versicherungszeitschrift 1911.

Vgl. VAPV. **13** 39 ff. (s. zu § 174 VVG.).

§ 12. Vgl. JDR. **5** 1102.

§ 13. (Vgl. JDR. **10** 1171, 8 1014, **5** 1102.) VAPV. **13** Anh. 48 (Celle). Bei Versicherungsvereinen wird die nach § 33 Abs. 2 BGB. bei Vereinen, deren Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht, zu jeder Satzungsänderung erforderliche staatliche Genehmigung durch die Genehmigung ersetzt, die das APV. zur Änderung des Geschäftsplans oder der Satzung erteilt hat.

§ 14 (Vgl. JDR. **10** 1171 ff., 8 1014, **5** 1103 ff.) Literatur: Kirchmann, Die Fusion von Versicherungsunternehmungen nach geltendem deutschen Rechte. Stuttgart 1911. — Haberstumpf, Rücktrittsrecht der Mitglieder einer altrechtl. eingeschr. Hilfskasse bei deren Fusion mit einer Aktiengesellschaft? LeipzZ. **13** 750 ff. — Derselbe, Versicherungsfragen, SeuffBl. **12** 456. — VersAnn. **12** 65. Welche Aufsichtsbehörde ist zuständig bei Fusionen eingeschriebener Hilfskassen? — Dr — o —: Die Rechtsstellung des Versicherten bei der Fusion, ÖsterrRev. **13** 319 ff.

I. Fusion, Abtretung des Portefeuilles, Bestandsveränderung, Rücktrittsrecht, Sicherheitsleistung. 1. Haberstumpf, Rücktrittsrecht der Mitglieder einer eingeschriebenen Hilfskasse, bei deren Fusion mit einer Aktiengesellschaft? LeipzZ. **13** 750 ff. führt aus, daß nicht das Mitglied einer eingeschriebenen Hilfskasse, wohl aber die Versicherungsnehmer einer Aktiengesellschaft sich gegen die Aufdrängung eines neuen Schuldners im Falle der Fusion mit einer Aktiengesellschaft wehren können (ohne aber die Folgerungen darzustellen!); er weist noch darauf hin, daß das APV. die Genehmigung der Fusion in der Regel davon abhängig machen müsse, daß den Versicherten bei der Aktiengesellschaft ein Ersatz für die ihnen bei den Hilfskassen zustehenden mitgliedsschaftlichen Rechten auf Verwaltungsanteilnahme geschaffen werde.

2. Haberstumpf, Versicherungsfragen, SeuffBl. **12** 456 weist darauf hin, daß das APV. den § 11 G. vom 20. Dezember 1911 betr. Aufhebung des Hilfskassengesetzes so auslege, daß die im § 11 geregelte Fusion eine unveränderte Übernahme der bestehenden Versicherungsverträge und die Übernahme auch der Passiven voraussetze, daß er aber nicht auf ein Abkommen anwendbar sei, zufolge dessen mit den einzelnen übertretenden Mitgliedern neue Versicherungsverträge unter gewissen Vergünstigungen abgeschlossen werden sollen. Ferner macht Verf. darauf aufmerksam, daß bei Beratung des erwähnten Gesetzes ein Bundesratsbevollmächtigter

erklärt habe, nach § 14 VAG. könne die Versagung der Genehmigung einer Fusion nur aus den im § 7 VAG. aufgeführten Gründen erfolgen.

3. Wegen der Zuführung des Vermögens an ein anderes Versicherungsunternehmen, falls satzungsgemäß im Falle der Vereinsauflösung seine Verteilung an die Mitglieder erfolgen soll, vgl. zu § 48 VAG.

II. Wirkung der Fusion auf Dienstverhältnisse. 1. **RG.** VAPV. **13** Anh. 95. Der Anspruch des Aufsichtsratsmitglieds auf die ausgesetzte Vergütung entfällt mit Fusion ohne Liquidation.

2. BauersZ. **12** 30, ZVersWes. **12** 150 (Hamburg). Die Fusion zweier Aktiengesellschaften bewirkt nicht ohne weiteres das Erlöschen der Dienstverhältnisse. § 613 Satz 2 BGB. ist nicht anwendbar. Wohl aber kann ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung in der Fusion dann liegen, wenn die dienstliche Stellung des Angestellten durch die Fusion eine erhebliche Änderung erfährt.

III. Wegen der Konzentrationsbestrebungen im Versicherungswesen vgl. oben vor § 1 ff. VAG. unter II.

IV. Wegen der Stempelfragen vgl. oben vor § 1 ff. unter IV 1 e u. 7.

III. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

Vor § 15 ff. Vgl. JDR. **10** 1172, 8 1079, **5** 1106. 1. Wegen der Gegenseitigkeitsvereine vgl. **RG.** R. **12** Nr. 3442, s. oben zu § 1 VAG. unter I 7.

2. Wegen der Prüfungspflicht des Registerrichters s. zu § 30 VAG.

§ 15. BadVerwZ. **43** 248 (BadVerwGH.). Bei Gegenseitigskeitsvereinen (Hilfskassen) ist grundsätzlich zu verlangen, daß die Mitglieder durch regelmäßige Beiträge die Bedürfnisse der Kasse decken, unbeschadet der Möglichkeit außerordentlicher Einnahmen durch Zuwendungen Dritter.

§ 16. (Vgl. JDR. **10** 1173, 8 1019, **5** 1107.) 1. Wegen der Kaufmannseigenschaft der öffentlichen Versicherungsanstalten s. zu § 119 VAG.

2. Über die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte für die Ansprüche der Angestellten der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit vgl. Hagen, Versicherungsagenten und Außenbeamte unter dem Versicherungsvertragsgesetz, JheringsJ. **61** 235 ff. (vgl. vor §§ 43 ff. VVG.).

§ 17. (Vgl. JDR. **10** 1173, **5** 1108.) VAPV. **12** Anh. 94, LeipzZ. **12** 83 ff. Die Verfassung des Vereins wird lediglich durch die Satzung bestimmt, nicht durch das, was bei der vor langer Zeit (1778) erfolgten Gründung die gründende Gesellschaft sich gedacht hat. Diese kann daher kein Recht darauf geltend machen, daß ständig vier Deputierte von ihr der Direktion anzugehören hätten. Es ist überdies das Normale, daß solche Tochtergesellschaften mit der Zeit selbständig werden sollen.

§ 18. (Vgl. JDR. **5** 1108.) Wegen Firmenschutzes und -mißbrauchs vgl. oben vor § 1 VAG. unter I.

§ 19. Vgl. JDR. **5** 1108.

§ 20. (Vgl. JDR. **10** 1173, 8 1019, **5** 1109.) Recht auf Aufnahme. 1. Hoffmann, PrVerwBl. **34** 104. Wenn die Satzung besagt, daß Einwohner eines bestimmten Ortes Mitglieder des Versicherungsvereins werden können, so gibt das doch nicht jedem Einwohner ein Recht auf Aufnahme. Ein Anlaß zu einem Einschreiten von Aufsichts wegen (§ 64 VAG.) besteht jedenfalls nicht, wenn die Aufnahme eines Einwohners abgelehnt wird, der früher Mitglied des Vereins war, dann aber ausschied, als sich der Verein gerade in mißlicher Vermögenslage befand.

2. Mitgliedschaft und Versicherungsverhältnis. RG. WarnE. 13 Nr. 168, R. 13 Nr. 419. Mitgliedschaft und Versicherungsverhältnis müssen bei Gegenseitigkeitsvereinen nicht notwendig zusammenfallen.

3. Wegen des Rechtes auf Auskunft und Rechenschaft vgl. zu § 55 Abs. 3 VAG.

§ 21. (Vgl. JDR. **10** 1174, **5** 1110.) I. Gleichheit von Rechten und Pflichten. 1. **RG.** R. **13** Nr. 420, WarnE. **13** Nr. 168. Die Vorschrift des § 21 Abs. 2 VAG. schließt es nicht aus, daß der Verein mit einem Mitglied einen Vergleich dahin schließt, daß ihm gegen Aufgabe der Mitgliedschaft die gezahlten Beiträge zurückgezahlt werden.

2. Wegen des Grundsatzes der Gleichheit der Mitglieder vgl. auch VAPV. **13** 199 ff. und 202 ff. (vgl. oben zu § 7 VAG.).

II. Versicherung zu fester Prämie. Wegen der Versicherungsgeschäfte der Versicherungsvereine gegen feste Prämien vgl. VAPV. **13** 115.

§ 22. Literatur: Deumer, „Wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung des Gründungsfonds bei den Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit", RechtuWirtsch. **1** 246 ff.

(Vgl. JDR. **10** 1174, **8** 1020, **5** 1110.) I. Beschaffung und Einzahlung des Gründungsfonds. 1. Deumer, RechtuWirtsch. **1** 246 ff.: Rechtlich ist der Gründungsfonds ein dem Versicherungsverein gegebenes Darlehn, seine Zeichnung ein Darlehnsversprechen. Der Garant ist weder Versicherungsnehmer noch Mitglied, also Dritter deshalb besteht keine gesellschaftliche oder genossenschaftliche Haftung oder Verbindung der Zeichner und Garanten. Diese sind Gläubiger. Etwaige Gewinnbeteiligung stellt lediglich ein angemessenes Entgelt für ihr Risiko dar. Weil aber der Fonds nicht zu Zwecken des Kredits, sondern der Organisation eines Verbandes gegeben wird, können die Darlehnsrechtssätze nur eingeschränkte Anwendung finden. Deshalb schließt das Gesetz das Kündigungsrecht aus. Und aus demselben Grunde ist den Garanten ein Rücktrittsrecht weder aus § 610 BGB. noch wegen Unsicherheit des Unternehmens zuzugestehen. Auch die Auflassung des Vereins (selbst auf Grund von § 67 VAG.) hebt die Haftung des Garanten nicht auf. Sie hört aber dann auf, wenn der Verein die nach § 4 VAG. erforderliche Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe nicht erhält.

2. VAPV. **12** 115. Bei Gemeindehaftpflichtversicherungsverbänden kann unter gewissen Voraussetzungen von der Beschaffung eines eigentlichen Gründungsfonds abgesehen werden.

3. Wegen der Verwendung und Buchung des Gründungsfonds vgl. zu § 36 VAG. unter 2.

II. Wegen des Organisationsfonds s. oben zu § 8 VAG.

§ 23. Wegen der Erlaubnis zur Abstandnahme von der Bildung eines Gründungsfonds vgl. zu § 22 VAG. unter I.

§ 24. (Vgl. JDR. **8** 1020, **5** 1112.) I. Nachschußerhebung. 1. Art der Festsetzung. VAPV. **13** 19 ff. (Senatsentsch.). Die Festsetzung von Nachschußprämien durch die Direktion mit Genehmigung des Aufsichtsrats kann die Interessen der Versicherten gefährden, weil die Abänderung leicht zu Unstimmigkeiten zwischen beiden Organen führen kann, zumal wenn nicht vorgesehen ist, wie Meinungsverschiedenheiten ausgetragen werden sollen.

2. Mehrfache Nachschüsse in einem Jahre. a) VAPV. **13** 19 ff. (Senatsentsch.). Die Erhebung mehrmaliger Nachschüsse innerhalb des Geschäftsjahres ist gesetzlich zulässig, aber zu beanstanden, weil Nachschußerhebung am Schlusse des Geschäftsjahrs wünschenswert ist, weil die Vorprämie ausreichend hoch bemessen werden muß und weil Nachschußerhebung die Versicherungsansprüche gefährdet und die Kosten verteuert. **b)** VAPV. **13** 21 (Rekursentsch.;

vgl. VAPV. **13** 79) und **13** 109. Mehrfache Nachschußerhebung ist gesetzlich zulässig. Die Gründe, aus denen das APV. (VAPV. **13** 19) sie trotzdem beanstandet, sind nicht ausreichend. Eine Gefährdung der Interessen der Versicherungsnehmer liegt aber dann vor, wenn die Gesellschaftsorgane völlig freie Hand hinsichtlich der Bemessung der Vorprämie und der Festsetzung der Zahlungstermine haben sollen.

3. Aktiennachschüsse. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **12** 56. Nachschüsse auf Aktien können nach § 213 HGB. nicht zurückverlangt werden. Damit ist aber nicht gesagt, daß etwaige entgegenstehende Satzungsbestimmungen ungültig seien, die die Rückzahlbarkeit von einer gewissen Höhe des künftigen Gewinns abhängig machen.

II. Wegen des Umlageverfahrens und des Überganges von ihm zum Kapitaldeckungsverfahren s. VAPV. **13** 98.

§ 26. Vgl. JDR. **10** 1175, **8** 1020, **5** 1113.

§ 27. Wegen der Art der Festsetzung der Nachschüsse vgl. oben zu § 24 VAG. unter I 1.

§ 29. Vgl. JDR. **10** 1175, **5** 1114.

§ 30. (Vgl. JDR. **8** 1020, **5** 1114.) I. Prüfungspflicht des Registerrichters. Eger, Zur Frage der Prüfungspflicht des Registerrichters, BayRpflZ. **12** 327 ff. Bei den Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit hat der Registerrichter kein Recht zur Nachprüfung derjenigen Vorgänge, auf denen die Erteilung der aufsichtsbehördlichen Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe beruht. Das folgt aus § 4 Abs. 3 VVG.

II. Vereinsregister? VAPV. **12** 132. Die Eintragung ins Vereinsregister ist sowohl bei den der Aufsicht unterliegenden wie auch bei den ihr nach § 1 Abs. 2 VAG. nicht unterfallenden Versicherungsvereinen unzulässig, weil auch im letzteren Fälle Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Verleihung (§ 22 BGB.) erworben werden kann.

§ 31. Vgl. JDR. **5** 1115.

§ 34. Vgl. JDR. **10** 1175, **8** 1021, **5** 1115.

§ 35. Vgl. JDR. **8** 1021, **5** 1116.

§ 36. (Vgl. JDR. **10** 1175, **8** 1021, **5** 1116.) 1. Beschlußfähigkeit des obersten Organs. **RG. 82** 388. Bei gehöriger Einladung aller Mitglieder des obersten Organs genügt zur Beschlußfassung die Anwesenheit eines einzigen Mitglieds.

2. Wegen der Anwendbarkeit von § 36 auf kleinere Versicherungsvereine überhaupt und wegen der Rechtsbehelfe gegen Beschlüsse des Vorstandes und der Mitgliederversammlungen bei diesen Vereinen vgl. zu § 53 unter 1 (OLG. Naumburg).

3. Gründungsfonds und Einrichtungskosten (zu Abs. 2 Ziff. 3). VAPV. **12** 133. Wenn auch nach dem Wortlaute des Gesetzes die Erlaubnis, die Kosten der Errichtung des Vereins und die im ersten Geschäftsjahr entstehenden Kosten der Einrichtung auf mehrere Jahre zu verteilen, nur bei der Zulassung zum Geschäftsbetrieb erfolgen soll, so kann ausnahmsweise doch auch eine nachträgliche Erteilung derselben als im Sinne der gesetzlichen Bestimmung gelegen in Gestalt einer Ergänzung des Zulassungsverfahrens ausgesprochen werden, wenn die sonstigen Umstände diese Maßnahme als durchführbar erscheinen lassen (vor Abschluß der ersten Jahresbilanz!).

§§ 37—39. Vgl. JDR. **5** 1116 ff.

§ 38. Vgl. JDR. **10** 1177.

§ 39. (Vgl. JDR. **10** 1177.) **RG.** R. **13** Nr. 2958. Die Einführung der Versicherung gegen Stellenlosigkeit bildet bei einem Berufsverein eine Satzungs-

änderung, wenn als Vereinszweck zwar auch die Förderung der wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder bezeichnet ist, jedoch unter Ausschuß derjenigen rein persönlicher Art sowie jeder politischen Parteibestrebungen.

§ 40. (Vgl. JDR. **10** 1177.) Wegen des Verhältnisses der Genehmigung des APV. zur Änderung des Geschäftsplans oder der Satzung zu der nach § 33 Abs. 2 BGB. erforderlichen Genehmigung vgl. oben zu § 13 VAG.

§ 41. (Vgl. JDR. **10** 1177, 8 1021, 5 1117.) 1. VAPV. **13** Anh. 48 (Celle). Die erforderliche ausdrückliche Zustimmung zur Satzungsänderung liegt vor, wenn ein Mitglied ohne Widerspruch die sich aus der Satzungsänderung ergebenden erhöhten Beiträge zahlt.

2. VAPV. **12** Anh. 54 (Stettin). Die Rechte der bisherigen Abonnenten aus einer Zeitungsabonnementsversicherung werden lediglich durch die Tatsache, daß nachträglich die Aufnahmevorschriften geändert werden, nicht berührt.

3. Wegen des Einverständnisses mit Änderung von Versicherungsbedingungen vgl. auch VAPV. **12** Anh. 688 (AG. Stuttgart).

§ 42. Vgl. JDR. **10** 1177.

§ 43. (Vgl. JDR. **10** 1178, 8 1021.) I. Prüfungsumfang bei Genehmigung der Auflösung. 1. VAPV. **13** Anh. 103 (PrOVG.). Die Genehmigung des Auflösungsbeschlusses ist nicht Ermessenssache, sondern kann nur versagt werden, wenn der Beschluß mit rechtsgültigen Vorschriften, insbesondere mit § 43 VAG. im Widerspruche steht.

2. VAPV. **12** Anh. 50 (PrOVG.). Versagung der Genehmigung zum Auflösungsbeschluß einer Sterbekasse wegen ungenügenden und satzungswidrigen Beschlusses einer nicht ordnungsmäßig berufen gewesenen Versammlung.

II. Erlöschen der Versicherungsverhältnisse. VAPV. **13** Anh. 103 (PrOVG.). Statutarisch kann für den Fall der Auflösung des Vereins das Erlöschen der Versicherungsverhältnisse bestimmt werden.

III. Wegen der Pflicht des Vorstandes einer eingeschriebenen Hilfskasse, nach Schließung der Kasse das Vermögen zunächst zur Erfüllung entstandener Unterstützungsansprüche zu verwenden und dann erst den Rest zur Ausschüttung zu bringen, vgl. SächsOVG. **16** 319.

§ 45. Vgl. JDR. **5** 1119.

§ 46. Vgl. JDR. **10** 1178, **5** 1120.

§ 47. Vgl. JDR. **8** 1020, **5** 1120.

§ 48. (Vgl. JDR. **5** 1120.) Vermögensverteilung. VAPV. **13** Anh. 103 (PrOVG.). Ist in der Satzung für den Fall der Vermögensauflösung die Verteilung des Vereinsvermögens an die Mitglieder vorgesehen, so kann eine Zuführung der Vermögensanteile der Mitglieder an ein anderes Versicherungsunternehmen nicht durch Beschluß der Generalversammlung, sondern nur durch Willenserklärung der einzelnen Mitglieder erreicht werden.

§ 49. Vgl.gJDR. **10** 1178.

§ 52. (Vgl. JDR. **5** 1121.) Nachschußerhebung im Konkurse. NaumburgAK. **13** 49 (Naumburg). Die Mitglieder eines Versicherungsvereins können auch im Wege der Einrede die beschlossene Nachschußerhebung anfechten.

§ 53 (Vgl. JDR. **10** 1178, 8 1021, 5 1121.) Literatur: Engelbrecht, Die geographische Verbreitung der kleinen Feuerversicherungsvereine, JahrbNatÖkuStat. **101** 83. — Rohrbeck, Die lokalen Hagelversicherungsvereine in Deutschland. Heft 6 (Juni 1913) der „Internationalen agrarökonomischen Rundschau". — Schmidt, Die Viehversicherung durch Ortsvereine im Kgr. Sachsen, ZVersWiss. **12** 953 ff. (s. vor § 116 ff. VVG.). — Weiland, Wie gründet und leitet man einen Schlachtviehversicherungsverein? Berlin 1911.

1. Kleinere Versicherungsvereine. NaumburgAK. **13** 49 (Naumburg). Auf kleine Gegenseitigkeitsversicherungsvereine ist nach § 53 VAG.,

§ 36 VAG. und deshalb auch § 271 HGB. unanwendbar. Die Frage, welche Rechtsbehelfe einem Mitgliede gegen einen Beschluß des Vorstandes oder der Mitgliederversammlung zu Gebote stehen, beurteilt sich nur nach §§ 24—53 BGB. Hiernach ist aber jedes Mitglied berechtigt, den Beschluß im Rechtswege, sei es durch Klage, sei es durch Einrede — z. B. durch Einrede gegenüber der Klage auf Zahlung von Nachschüssen — anzufechten. Daß der Anfechtende seinerzeit dem Beschlusse widersprochen hatte, ist nicht erforderlich.

2. Ausscheiden von Mitgliedern. VAPV. **13** Anh. 101 (LG. Braunsberg). Bei einem kleineren Versicherungsvereine kann, weil § 53 VAG. eine zwingende und erschöpfende Regelung der Kündigung und des Austritts gibt, der Austritt von der Beibringung der Einwilligung Dritter, insbesondere der Realgläubiger, nicht abhängig gemacht werden.

3. Wegen der Verbreitung der kleineren Feuerversicherungsvereine s. vor § 81 ff. VVG., wegen der kleineren Viehversicherungsvereine vgl. vor § 116 ff. VAG.

3. Wegen der Rechtsfähigkeit der Sterbekasse der städtischen Lehrer in der Stadt Braunschweig vgl. BraunschwZ. **11** 119 (Braunschweig).

IV. Geschäftsführung der Versicherungsunternehmungen.

1. Allgemeine Vorschriften. Rechnungslegung.

Vor § 54 ff. Literatur: Balzer, Der kaufmännische Betrieb einer Lebensversicherungsaktiengesellschaft, ZHandelswForschg. **7** 201 ff., 256 ff. — v. Dombois, Der Kursstand der deutschen Staatsanleihen mit einem Rückblick auf die Entwickelung des Schuldenwesens in Preußen und im Reiche. (Heft 2 der Beiträge zur rechts- und staatswissenschaftlichen Fortbildung). Hannover 1911. — Elbe: Die Gliederung der Organisation im Versicherungsbetriebe, ÖsterrRev. **13** 31 ff. — Grunwald, Einrichtung und Betrieb einer großen deutschen Versicherungsgesellschaft. 1913. — Koburger, Versicherungsbuchführung (Versicherungsbibliothek). Berlin 1913. — Derselbe, Revision und Kontrolle im Versicherungswesen, ZVersWiss. **13** 16 ff. — Kaan, Zur Frage der Behandlung der Kursverluste in den Bilanzen der Versicherungsanstalten. (Österr. Verhältnisse), ÖstZVersWiss. **12** 13 ff. — Meltzing, Staatspapierkurs und Versicherungsgesellschaften. Berlin 1913. Mittler u. Sohn. — Derselbe, Der gesetzliche Zwang zur Anlage des Vermögens in Staatspapieren und die Versicherungsgesellschaften, AssekJahrb. **13** II 113 ff. — Müller, Die innere Verwaltung einer modernen Versicherungsgesellschaft. Leipzig 1913. — Müller, Anlage und Verwaltung der Kapitalien privater Versicherungsunternehmungen (Versicherungsbibliothek. Bd. 6). Berlin 1914. — Renfer, Die Reserven der Aktiengesellschaften für Sachversicherung, ZVersWiss. **13** 565 ff., 772 ff. — Borchardt, Die Kriegsbereitschaft der Versicherungsgesellschaften, VersPrax. **11** Nr. 12. — MasVersRdsch. **24** 49 ff. „Staatspapiere als Kapitalanlage für Versicherungsgesellschaften“. (Erklärung des Verbandes deutscher Lebensversicherungsgesellschaften und deren Besprechung). — MasVersRdsch. **24** 282 ff. „Geeignete und ungeeignete Mittel zur Hebung des Kurses der Staatspapiere“. — MasVersRdsch. **25** 68 ff. „Die Gründe der verschiedenartigen Kapitalanlage bei deutschen und französischen Versicherungsgesellschaften“. — MasVersRdsch. **26** 89 ff. „Versicherungsgesellschaften und Hypothekenmarkt“.

I. Verwaltung. Balzer: Der kaufmännische Betrieb einer Lebensversicherungsaktiengesellschaft, ZHandelswForsch. **7** 201 ff., 256 ff. behandelt in höchst anschaulicher Weise unter Beigabe von Formularen folgende Hauptkapitel:

A. Das kaufmännische Verrechnungswesen. I. Verrechnungswesen der Agentur und deren Verhältnis zur Generalagentur. II. Verrechnungswesen der Generalagentur. 1. Hauptbuch. 2. Kontokorrent. 3. Hilfsbücher. 4. Monats- und Vierteljahrsabrechnung. III. Verrechnungswesen der Zentrale. 1. Abrechnungsbureau. 2. Kassenabteilung. 3. Buchhaltungsabteilung.

B. Die Finanzpolitik des Unternehmens. I. Verwendung der Einnahme. II. Die Maßnahmen bei einem unvorhergesehenen Geldbedarf.

II. Vermögensanlage. 1. Im allgemeinen. Renfer, Die Reserven der Aktiengesellschaften für Sachversicherung, ZVersWiss. 13 565 ff., 772 ff., behandelt, und zwar nach schweizerischem, deutschem und österreichischem Rechte die Pflicht zur ordnungsmäßigen Buchführung, die Anforderungen an die Bilanzen und die Einteilung der Konten der Passivseite und bespricht sodann die echten oder eigentlichen Reserven, wahres Zusatzkapital (das gesetzliche Zusatzkapital: die Zwangsreserve, das freiwillige Zusatzkapital, und zwar die allgemeine Sicherheitsreserve einerseits und andererseits die Sonder- oder Spezialreserven, nämlich die Erweitungsreserve, die Dividendenergänzungsreserve, die Selbstversicherungs- und Selbstrückversicherungsreserve, die Wohlfahrtsreserve und Unterstützungskasse, die Effektenverlustreserve, die übrigen Reservekonten) sowie den Gewinnvortrag auf neue Rechnung, ferner das unechte oder uneigentliche Zusatzkapital — nämlich die Bewertungskonten (Effekten- oder Kursschwankungskonto, Delkrederekonto und Konto pro dubiosa) und die Schuldenkonten oder Passivantizipationen (Pensionskonto, Dividendenkonto, Konto für schwebende Schäden, die Prämienüberträge). Endlich die stillen Reserven oder das verborgene Zusatzkapital. Er kommt zu folgenden Hauptergebnissen: 1. Die willkürliche, sich oft widersprechende und viel Unheil stiftende Terminologie in der Bezeichnung der Konten der gedruckten Bilanzen vieler Versicherungsaktiengesellschaften verstößt gegen die Grundsätze der Bilanzwahrheit und der Bilanzklarheit. 2. Obschon in den Formularen für die Berichterstattung an die Versicherungsaufsichtsämter bereits zum Teile einheitliche Schemata für Gewinn- und Verlustrechnung und Bilanz eingeführt worden sind, so muß für die einzelnen Gruppen der Versicherungsaktiengesellschaften doch mit der Zeit wohl unbedingt eine gesetzliche Regelung der Form der zu veröffentlichenden Bilanzen, am zweckmäßigsten auf dem Wege einer internationalen Verständigung, verlangt werden. 3. Insbesondere wäre es wünschenswert, wenn eine einheitliche Buchung aller Rücklagen, also des gesamten Zusatzkapitals der Aktiengesellschaften Platz greifen würde, wobei als Hauptgruppen zu unterscheiden wären: wahres oder echtes, uneigentliches oder verborgenes Zusatzkapital. 4. Der Ausdruck „Reservefonds" darf zur Bezeichnung von Zusatzkapital nicht Verwendung finden. Alle „Fonds" können nur Aktivposten sein. Sie sind dazu bestimmt, die Forderungen ganz bestimmter Anspruchsberechtigten im Konkurse der Unternehmung sicherzustellen. Demnach haben sie zur Voraussetzung, daß über sie ein besonderes Verzeichnis geführt und daß ihr Gegenwert von anderen Wertschriften getrennt aufbewahrt und verwaltet wird. 5. Bei der Schaffung von freiwilligem Zusatzkapital ist die Bildung von Spezialreserven für jede Kleinigkeit unbedingt zu vermeiden. Meist genügt die Errichtung einer allgemeinen Sicherheitsreserve und einiger weniger unbedingt erforderlicher Spezialreserven. Der Vortrag auf neue Rechnung darf nicht als Reserve betrachtet werden. 6. Das uneigentliche Zusatzkapital soll bei allen Aktiengesellschaften nie als Reserve, sondern stets nur als Konto bezeichnet werden; seine beiden Hauptarten — Bewertungskonten und Schuldenkonten — sind genau auseinander zu halten. 7. Besonders darauf ist in der Bilanzaufstellung Gewicht zu legen, daß die Anhäufung des uneigentlichen Zusatzkapitals aus dem Roh- und nicht aus dem Reingewinne zu erfolgen hat, da diese Rücklagen zu einem technisch richtigen Betriebe der Aktiengesellschaft für Sachversicherung unbedingt erforderlich sind. Vor Bestellung dieser Rücklagen ist kein eigentlicher Reingewinn vorhanden. 8. Es wäre sehr zu begrüßen, wenn die durch die internationalen Konferenzen angestrebte Vereinheitlichung der Rechnungslegung der privaten Versicherungsunternehmungen recht bald zustande käme. 9. Eines der nächsten und vornehmsten Aufgaben dieser Vereinigung wäre dann, Mittel und Wege zu finden zur energischen Bekämpfung der gerügten Mißstände in der Darstellung

der Gewinn- und Verlustrechnung, der Gewinnverteilung, der Bilanz und der Abwickelung der Reserven. 10. Der vorliegende Versuch einer systematischen Darstellung der Reserven der in der Sachversicherung tätigen Aktiengesellschaften sollte auch auf die Lebensversicherungsaktiengesellschaften ausgedehnt werden.

2. Anlegung des freien Vermögens in ausländischen Wertpapieren. VAPV. **12** 131 steht einer solchen Anlage günstig gegenüber und bespricht die Grenzen, die ihr zu ziehen sind und bisher gezogen worden sind.

3. Über den Anlagezwang für private Lebensversicherungsunternehmungen vgl. DVersZ. **12** 62. — Vgl. auch zu § 59 VAG.

4. Über die Bestrebungen wegen der Einführung einer einheitlichen internationalen Rechnungslegung der Versicherungsgesellschaften s. auch ZVersWiss. **13** (Rdsch.) 83.

§ 54. Vgl. JDR. **10** 1178, **8** 1022, **5** 1123.

§ 55 (Vgl. JDR. **10** 1180, **8** 1022, **5** 1125.) Anspruch der Versicherungsnehmer auf Rechnungslegung. 1. VAPV. **13** 116. Das Recht auf Rechnungsabschlüsse haben die Pensionäre nicht, weil mit dem Eintritt in das Pensionsverhältnis im Zweifel ihre Eigenschaft als Versicherungsnehmer endigt (vgl. § 20 und § 61 Abs. 1), im § 55 Abs. 3 VAG. aber nach dem Sprachgebrauche des VAG. unter „Versicherten" die Versicherungsnehmer, also bei Versicherungsvereinen deren Mitglieder zu verstehen sind.

2. OLG. **24** 218 (Naumburg). Einen weitergehenden Anspruch auf Rechnungslegung über den § 55 VAG. hinaus hat der Versicherungsnehmer nicht.

2. Besondere Vorschriften über die Prämienreserve bei der Lebensversicherung.

§ 56. (Vgl. JDR. **5** 1126.) Umfang des Prämienreserve-Solls. VAPV. **13** 35 ff. Das Soll der nach § 56 VAG. zu berechnenden und zu bedeckenden Prämienreserve umfaßt auch die Reserven für die am Schlusse des letzten Geschäftsjahrs schwebenden Schadenfälle und die Reserve für nicht abgehobene Kapitalien, Rückkäufe und Prämienerstattungen. Die durch Eintritt des vorliegenden Falles, durch Rückkauf oder andere Fälle der Beendigung des Versicherungsverhältnisses frei werdenden Bestandteile der Prämienreserve dürfen erst unmittelbar vor der bevorstehenden Auszahlung dem Prämienreservefonds entnommen werden. Veränderungen, die im neuen Geschäftsjahre bis zur Unterzeichnung des Prämienreserveregisters durch den Vorstand erfolgen, oder spätere Auszahlungen berühren die Verpflichtung zur Bedeckung der für den Schluß des letzten Jahres berechneten Prämienreserve nicht.

§ 57. (Vgl. JDR. **8** 1022, **5** 1126.) VAPV. **12** 106 ff. behandelt einen Fall unzulässiger Hinausschiebung der Prämienreservestellung (hinsichtlich im Dezember des Abschlußjahrs eingehender Anträge).

§ 58. Vgl. JDR. **8** 1022, **5** 1126.

§ 59. (Vgl. JDR. **10** 1180, **8** 1022, **5** 1127.) Literatur: Furlan, Öffentliche Titres in den Effektenbeständen der Sparkassen und Lebensversicherungsgesellschaften, BankA. **11** 211. — Senden, Kapitalanlagen der Lebensversicherungsgesellschaften. Cöln 1912. — MasVersRdsch. **24** 167 ff. Staatspapierkurs und Lebensversicherungsgesellschaft. — Eberstadt, Taxwesen und Realkredit, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 1 ff. Vgl. auch vor § 54 ff. VAG.

1. Eberstadt, Taxwesen und Realkredit, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 1 ff., wendet sich gegen die, besonders in Deutschland mit seinen im Verhältnisse zu anderen Ländern ganz außerordentlich hohen Baulandpreisen zu findende Überversicherung der Häuser zwecks Erhöhung des Grundwerts und zwecks Erzielung einer höheren Beleihung der Grundstücke. Er billigt das Bestreben des Verbandes öffentlicher

Feuerversicherungsanstalten Deutschlands, die Einführung öffentlicher Schätzungsämter durchzusetzen.

2. Wegen der unbeschränkten Anlegbarkeit in Inhaberobligationen der herzogl. sächs. Landesbank in Altenburg vgl. VAPV. 13 183.

§ 60. (Vgl. JDR. 8 1023, 5 1127.) 1. Wegen Gewährung von Baukredit vgl. VAPV. 13 83.

2. VAPV. 12 133. Die zur Bedeckung der Prämienreserve verwendeten Hypotheken müssen nicht nur zur Zeit der Beleihung, sondern dauernd den gesetzlichen Vorschriften entsprechen und daher gegebenenfalls später dem Prämienreservefonds entnommen oder nur mit einem drei Fünftel des wirklichen Grundstückswerts entsprechenden Betrage auf den Prämienreservefonds angerechnet werden.

§ 61. Vgl. JDR. 10 1180, 8 1023, 5 1127.

§§ 62, 63. Vgl. JDR. 5 1130.

V. Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmungen.

1. Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörden.

§ 64. (Vgl. JDR. 10 1180, 8 1023, 5 1130.) Literatur: Berger, Zur Frage der Nettokostenberechnungen, ÖstZVersWiss. 13 46 ff. — MasVersRdsch. 25 101 ff. Stellungnahme des APV. zu den Nettokostenberechnungen. — ÖsterrRevue 13 287, 296: Über die Mißstände bei Verwendung von Nettokostenaufstellungen.

I. Der Begriff der „Mißstände" im Sinne von § 64 VAG. VAPV. 13 11 ff. (s. zu § 9 VAG.). Ein Mißstand im Sinne von § 64 ist ein Zustand, der an sich geeignet ist, eine erhebliche Verletzung der Interessen der Versicherten herbeizuführen, der also die naheliegende Möglichkeit, die Gefahr einer solchen Verletzung in sich birgt.

II. Die Nettokostenberechnungen. 1. VAPV. 13 28 ff., 90 ff. gibt ein Rundschreiben wieder (abgedruckt auch ZVersWiss. 13 [Rdsch.] 196 ff. und auch sonst mehrfach), betreffend die zu Zwecken des Wettbewerbes von Lebensversicherungsgesellschaften gemachten Nettokostenaufstellungen der Systeme mit aufgeschobener und bedingter Gewinnzuweisung und die sich hieraus ergebenden Mißstände.

2. Berger, Zur Frage der Nettokostenberechnungen, ÖstZVersWiss. 13 46 ff., wendet sich gegen das Rundschreiben des APV. und sucht nachzuweisen, daß es undurchführbar sei und den Erfolg, dem Versicherungsnehmer ein klares Bild zu geben, nicht erreichen könne.

3. Höckner, SaskisVersZ. 13 95 (Vortragsbericht), hält das Einschreiten des APV. hinsichtlich der Nettokostenberechnungen für verfehlt.

4. SaskisVersZ. 13 80 verneint die Berechtigung des APV. zum Erlasse vom 5. April 1913, betr. die Nettokostenberechnungen. Das APV. kann allerdings einschreiten, wenn unerfüllbare oder trügerische Versprechungen oder Prophezeiungen über die zu erwartenden Dividenden gemacht werden. Anders aber, wenn in diesen Dividendenschätzungen, aus denen die Nettokosten der Versicherung berechnet werden, ausdrücklich auf die verschiedenen Faktoren hingewiesen wird, von denen diese Schätzungen in ihrer Richtigkeit abhängig sind. Daß durch derartige Nettokostenberechnungen wirkliche Mißstände, an denen das öffentliche Interesse beteiligt sei, hervorgerufen seien, ist zu verneinen. Damit entfällt aber die Voraussetzung für ein Einschreiten des APV. nach § 64 VAG.

5. MasVersRdsch. 25 101 ff., „Stellungnahme des APV. zu den Nettokostenberechnungen", bringt das Rundschreiben des APV. zum Abdrucke, bespricht es und hält seine Erwägungen für zutreffend sowie seine Forderungen im großen und ganzen für zweckmäßig.

III. Weitere Mißstände. 1. VAPV. 12 90. Das APV. hält die Verwendung von eidesstattlichen Versicherungen der Versicherungsnehmer in Formularen zwecks Erlangung wahrheitsgemäßer Auskünfte nach Eintritt des Versicherungsfalls sowohl seitens der Versicherungsnehmer wie auch der Gesellschaftsorgane für unzulässig und zwar in der Schadensversicherung ebenso wie in der Personenversicherung.

2. VAPV. **13** 122 ff. Unzulässigkeit der Umgehung vom § 160 VVG. dadurch, daß der Versicherungsnehmer zwei Anträge (mit und ohne ärztliche Untersuchung) unterschreiben oder beantragen muß, daß sein Antrag (mit ärztlicher Untersuchung) für den Fall, daß er sich nicht fristgemäß der Untersuchung unterzieht, als Antrag auf Versicherung ohne vorherige Untersuchung angesehen werden soll.

3. Wegen des Rechtes und der Pflicht der Aufsichtsbehörden gegen Überversicherungen einzuschreiten, vgl. VAPV. **12** 122 ff. (s. zu § 51 VVG.).

4. Wegen des Abdrucks der allgemeinen Versicherungsbedingungen in der Police vgl. VAPV. **13** 11 ff., s. oben zu § 9 VAG. unter II.

5. Wegen des Verlangens einer Abfindungserklärung, einer Schlußquittung und ähnlicher weitergehender Quittungen bei Auszahlung der Versicherungssumme s. VAPV. **13** 86, vgl. zu VVG. § 11.

6. Wegen der Ablehnung der Aufnahme von Mitgliedern vgl. zu § 20 VAG. unter 3.

7. Unzulässigkeit der Verquickung von Lebensversicherung und Darlehnsgeschäft bzw. der Vermittlung. VAPV. **13** 30, 93 ff.

8. Wegen der unberechtigten Einholung einer Hausarzt-Auskunft gelegentlich der Regulierung eines Unfallschadens, VAPV. **13** 30 ff., vgl. VVG. zu § 160.

9. Wegen unbefugter Mitteilung ärztlicher Zeugnisse an die Berufsgenossenschaft, VAPV. **13** 85, s. zu § 160 VVG. und vor §§ 16 ff. daselbst.

10. Wegen der Abonnentenversicherung vgl. vor §§ 1 ff. VVG. und zu § 179 VVG. unter IV.

§ 65. (Vgl. JDR. **5** 1131.) Einberufung einer Generalversammlung auf Verlangen des APV. VAPV. **13** 109 behandelt einen Fall derartigen Einschreitens, weil der Direktor eines Versicherungsvereins den Widerruf der Wahl des ihm unbequemen Aufsichtsrats herbeigeführt und gegen ein gemäß §§ 256, 271 HGB. ergangenes ihm ungünstiges Urteil Berufung eingelegt hatte, die anderweit gewählten Aufsichtsratsmitglieder aber auf Veranlassung des APV. ihr Amt niedergelegt hatten.

§ 67. (Vgl. JDR. **8** 1024, **5** 1131.) Vgl. zu § 64 VAG.

§ 68. Vgl. JDR. **10** 1181, **5** 1131.

§ 69. Vgl. JDR. **8** 1024, **5** 1132.

2. Verfassung und Verfahren der Aufsichtsbehörden.

§§ 71, 72. Vgl. JDR. **5** 1133.

§ 72. Versicherungsbeirat. VAPV. **12** 185 gibt die Bek. des RK. vom 11. Juni 1912 (RGBl. **12** 384) wieder, wonach die Zahl der Mitglieder des Versicherungsbeirats auf 54 erhöht worden ist.

§ 73. (Vgl. JDR. **10** 1181, **8** 1024, **5** 1133.) 1. Vf. der Pr. Min. f. Landw., Domänen u. Forsten, f. Handel u. Gewerbe sowie des Innern vom 24. Februar 1912, MittöffFeuerversAnst. **12** 196. Zu den Akten der laufenden Verwaltung im Sinne von § 73 VAG. gehören: in erster Linie die Beobachtung

der gesetzlichen Vorschriften im Betriebe des Vereins und die Einhaltung des Geschäftsplans, nicht dagegen: die Zulassung zum Geschäftsbetriebe, die Feststellung des Geschäftsplans, eine Bestandsverminderung im Sinne von § 14 VAG., die Auflösung eines Vereins, die Anerkennung als kleiner Verein im Sinne von § 53 VAG., die Untersagung des Geschäftsbetriebs und die Konkurseröffnung, weil alle diese Maßnahmen den Bestand des Vereins und die rechtlichen Grundlagen seiner Existenz betreffen.

2. VAPV. **12** 1. Bek. des RK. betr. das Verfahren vor dem APV. im Falle des § 1321 Abs. 3 Satz 2 RVO. (§§ 73 ff. VAG. sind anwendbar).

3. Wegen Anwendbarkeit der §§ 73 ff. VAG. vgl. die Bek. des RK. vom 11. Dezember 1912, RGBl. **12** 563, RAnz. **12** 309, VAPV. **13** 2, betr. das Verfahren vor dem APV. im Falle des § 369 Abs. 1 Satz 2 AngestVersG.

§ 74. Vgl. JDR. **5** 1133.

§ 79. Vgl. JDR. **8** 1025.

§ 80. Vgl. JDR. **5** 1133.

§ 81. Vgl. JDR. **8** 1025, **5** 1133.

§ 83. (Vgl. JDR. **10** 1181.) 1. Geschäftsbericht des APV. für 1911 s. VAP. **12** 61 ff.

2. VAPV. **13** 47 ff. enthält den Geschäftsbericht des APV. für 1912.

3. Wegen der Berichte der Aufsichtsbehörde in Österreich vgl. die Berichte der Min. d. Inn., der Just., des Hand. u. der Finanz. über: Die privaten Versicherungsunternehmungen in den im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern 1907, s. auch MittöffFeuerversAnst. **12** 46 ff.; vgl. ferner die Literatur zum VAG. (oben vor §§ 1 ff.).

4. Wegen der Berichte der schweizerischen Aufsichtsbehörde vgl. die Literatur zum VAG. (s. oben vor §§ 1 ff. VAG.), desgleichen wegen des übrigen Auslandes.

§ 84. (Vgl. JDR. **10** 1181.) BraunschwZ. **11** 119 (Braunschweig). Neben dem Verwaltungsstreitverfahren ist nicht gleichzeitig der Rechtsweg zulässig.

VI. Ausländische Versicherungsunternehmungen.

§ 85. (Vgl. JDR. **10** 1181, **8** 1025, **5** 1134.) I. Wegen der privatrechtlichen Wirkung von Verträgen mit ausländischen, im Inlande nicht zum Geschäftsbetriebe zugelassenen Gesellschaften s. oben zu § 4 VAG.

II. Voraussetzungen der Anwendbarkeit des VAG. auf ausländische Gesellschaften. 1. VAPV. **12** 135. Ein aufsichtspflichtiger Versicherungsbetrieb ausländischer Gesellschaften liegt auch dann vor, wenn deutschen Firmen Feuerversicherungsschutz lediglich auf überseeische Risiken gewährt wird (vgl. VAPV. **10** 128) oder wenn an der Amsterdamer Börse Feuerversicherungsverträge mit dort ansässigen Firmen über in Deutschland gelegene Risiken abgeschlossen werden.

2. VAPV. **12** 135. Der Abschluß von Mobiliarfeuerversicherungen fällt nicht deshalb unter das VAG., weil die im Auslande genommene Versicherung sich auch auf Sachen erstreckt, die der Versicherte mit auf Reisen nimmt und die deshalb in Deutschland einem Brande anheimfallen können.

§ 86. (Vgl. JDR. **8** 1025, **5** 1133.) Rechtliche Stellung des Hauptbevollmächtigten. I. Im Grundbuchverkehre (Legitimation). 1. VAPV. **12** 134 u. 197 ff. (APV.). Es ist unzuläſſig, im Grundbuchverkehre von den Hauptbevollmächtigten eine der Vorschrift des § 29 GBO. entsprechende Vollmachtsurkunde zu fordern. Denn es handelt sich um eine nicht einschränkbare gesetzliche Ermächtigung. Genügend ist daher die Bescheinigung des APV., daß eine bestimmte Person gemäß §§ 86, 88 VAG. zum

Hauptbevollmächtigten bestellt ist (vgl. auch Drucks. des RT. X. LP. V. Sess. Nr. 244 S. 118).

2. VAPV. **12** 197 (AG. Hamburg). Die Bescheinigung des APV., daß N. N. gemäß §§ 86, 88 VAG. zum Hauptbevollmächtigten bestellt sei, ersetzt die Vorlegung einer Vollmacht nach § 29 GBO. nicht. Ihr kommt keinerlei privatrechtliche Bedeutung bei. Sie läßt nicht erkennen, ob der Hauptbevollmächtigte ordnungsgemäß von seiner Gesellschaft nach § 29 GBO. Vollmacht erhalten hat.

3. VAPV. **12** 199 Die Bescheinigung des APV. genügt und macht die Vorlegung einer weiteren Vollmacht überflüssig (vgl. auch Predari, GBO. § 33 Anm. 7), sofern sie nicht zeitlich zu alt ist und deshalb zu Bedenken Anlaß gibt.

II. Im Prozesse. OLG. **27** 96 (Naumburg). Der nach § 86 Abs. 3 VAG. für eine ausländische Versicherungsgesellschaft bestellte Generalbevollmächtigte ist, auch wenn er nach § 115 Abs. 2 VAG. zur gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft zugelassen ist, nicht „gesetzlicher Vertreter" der Gesellschaft im Sinne des § 51 ZPO., er kann daher als **Zeuge** vernommen werden.

III. Wegen der Registerpflicht der Generalagenturen vgl. vor §§ 43 ff. VVG. unter IV 2, wegen ihrer prozessualen Stellung vgl. vor §§ 43 ff. VVG. unter V.

§ 87. (Vgl. JDR. **10** 1182, **8** 1025, **5** 1133). Beschränkungen des Geschäftsbetriebs ausländischer, im Inlande zugelassener Gesellschaften. 1. VAPV. **13** 117. Eine ausländische Gesellschaft, die das Neugeschäft im Inland eingestellt hat, ist bis zur Abwicklung des deutschen Bestandes als im Inlande zugelassene Unternehmung anzusehen. Sie darf daher mit im Inlande wohnhaften Personen Versicherungsverträge nur durch inländische Vertreter abschließen, deshalb aber auch nicht brieflich und selbst nicht mit der Abrede, daß die Prämie und die Versicherungssumme am ausländischen Hauptsitze der Gesellschaft zu zahlen seien.

2. VAPV. **12** 135. Es ist unzulässig, daß eine ausländische, in Deutschland zum Feuerversicherungsbetriebe zugelassene Gesellschaft mit Personen, die in Deutschland ihren Wohnsitz haben, Lebensversicherungen im Korrespondenzwege oder bei vorübergehendem Aufenthalte der Versicherungslustigen im Auslande durch im Auslande wohnende Vermittler abschließt.

3. Wegen der privatrechtlichen Wirkungen verbotswidrigen Handelns s. oben zu § 4 VAG.

§ 88. Vgl. JDR. **10** 1182.

§ 89. Vgl. JDR. **10** 1182.

§ 90. (Vgl. JDR. **10** 1182, **8** 1026, **5** 1136). Voß, ZVlFG. **10** 723. Das Aufsichtsamt für Privatversicherung gehört zu denjenigen „Personen", welchen von der — gemäß § 90 Abs. 2 VAG., Rundschreiben vom 30. Januar 1903 — zu bewirkenden Eintragung einer zum Prämienreservefonds für Inlandsversicherungen einer ausländischen Versicherungsunternehmung gehörigen Hypothek Mitteilung zu machen ist.

VII. Übergangsvorschriften.

§ 92. Vgl. JDR. **8** 1026, **5** 1137.
§ 96. Vgl. JDR. **8** 1027, **5** 1137.
§ 97. Vgl. JDR. **8** 1027, **5** 1137.
§ 98. Vgl. JDR. **8** 1027.
§ 101. Vgl. JDR. **5** 1138.
§ 102. Vgl. JDR. **10** 1183, **8** 1027, **5** 1138.
§§ 103, 104. Vgl. JDR. **5** 1138.

VIII. Strafvorschriften.

§ 108. (Vgl. JDR. **10** 1183.) Privatrechtliche Wirkung von Verstößen gegen § 108 VAG. 1. VAPV. **13** Anh. 10, MittöffFeuerversAnst. **13** 61, LeipzZ. **13** 411, ElsLothZ. **38** 419 (Colmar). Verstöße gegen § 108 Abs. 2 VAG. machen den Vermittler nach § 823 Abs. 2 BGB. schadensersatzpflichtig. Der Schadensersatz ist durch Rückzahlung der Prämien zu leisten; gleichgültig ist, ob die Verträge überhaupt rechtsgültig sind (vgl. auch vor §§ 43 ff. VVG. unter I 4).

2. Wegen der privatrechtlichen Wirksamkeit gesetzwidriger Versicherungsakte im übrigen s. oben zu § 4 VAG.

3. Wegen der Zeitungsabonnementsversicherung vgl. oben zu § 1 VAG.

IX. Schlußvorschriften.

§ 114. Vgl. JDR. **5** 1139.

§ 115. (Vgl. JDR. **10** 1183, **8** 1027, **5** 1139.) Wegen der Stellung des Hauptbevollmächtigten s. oben zu § 86 VAG.

§ 116. (Vgl. JDR. **10** 1183, **8** 1027, **5** 1139.) I. Transportversicherung. 1. VAPV. **12** 136. Aufsichtspflicht wird verneint und das Vorliegen einer Transportversicherung im Sinne von § 116 VAG. bejaht bei Versicherung von Juwelen und Schmucksachen sowie von Wertgegenständen überhaupt gegen alle ihnen drohenden Gefahren, obwohl das eingeschlossene sog. Wohnungsrisiko (Tragen innerhalb der Wohnung) und das sog. Körperrisiko (Tragen am Wohnorte außerhalb der Wohnung) nicht oder nicht sicher der Transportversicherung zugerechnet werden kann.

2. *Weck, Luftrecht 300 ist der Ansicht, daß § 116 VAG. auf die Luftfahrt anzuwenden ist, weil das Luftfahrzeug, auch wenn es nicht dem Zweck der Beförderung dient, doch immer durch die Fahrt in den öffentlichen Verkehr eintritt.

II. Wegen Verwechselungsgefahr der Firma von Rückversicherungsgesellschaften s. vor §§ 1 ff. VAG. unter I.

§ 119. (Vgl. JDR. **10** 1184, **8** 1029, **5** 1092.) Literatur: Schneider, Können öffentliche Feuerversicherungsanstalten Kaufmannseigenschaft haben? MittöffFeuerversAnst. **12** 104.

I. Kaufmannseigenschaft öffentlicher Versicherungsanstalten. Schneider, MittöffFeuerversAnst. **12** 104. Die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten Preußens haben keine Kaufmannseigenschaft, weil ein Gewerbebetrieb, d. h. ein auf Gewinnerzielung gerichteter Betrieb selbst dann nicht vorliegt, wenn für den betreffenden Verband, Kreis, Stadt, etwas Gewinn als Entgelt für das von ihm getragene Risiko abgeschöpft wird. Wenn die Sozietäten allerdings, was das Sozietätsgesetz (§ 32) ihnen erlaubt, die Mobiliarversicherung als Gewinnversicherung mit festen Prämien betreiben, so sind sie in dieser Beziehung Kaufleute.

2. Wegen des Verhältnisses von öffentlicher und privater Versicherung s. oben vor § 1 VAG.

3. Wegen des Vertragsrechts der öffentlichen Versicherungsanstalten s. zu § 192 VVG.

4. Wegen der öffentlichen Versicherungsanstalten im übrigen s. vor § 1 VAG., zu § 192 VVG., ferner vor §§ 81 ff., vor §§ 108 ff. u. vor §§ 116 ff. VVG.

§ 120. (Vgl. JDR. **10** 1184.) Wegen der Fragen des Versicherungsmonopols und der Zwangsversicherung s. oben vor §§ 1 ff. VAG. unter II.

§ 121. (Vgl. JDR. **10** 1184, **8** 1029, **5** 1141.) Literatur: Cohn, Kann überhaupt und gegebenenfalls von wem Ersatz für im Feuerlöschdienst verunglückte Pferde verlangt werden? MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 1 ff. — Josef, Über die Haftpflicht der Gemeinden und Dritter für Beschädigungen bei Löscharbeiten, MittöffFeuerversAnst. **13** 311 ff. — Ortmann, Über die Haftpflicht der Gemeinden für Beschädigungen bei Löscharbeiten, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 298 ff. — Wolgendorff, Kompetenz der Brandmeister und der Ortspolizei im Feuerlöschwesen, PrVerwBl. **34** 473. — Jungel, Selstbestimmungsrecht und rechtliche Natur der freiwilligen Feuerwehren, BoschersZ. **13** 80. — MasVersRdsch. **24** 211 ff. Die Haftpflicht für Feuerwehren und das mit ihr verbundene Risiko.

Feuerwehr und Feuerschutz (vgl. JDR. **10** 1273). I. Stellung der Feuerwehr im allgemeinen. 1. BayRpflZ. **12** 78, BayObLG. (Straff.) **11** 391, GewA. **11** 638, RegerE. **32** 228 (BayObLG.). Das Feuerlöschwesen ist eine öffentlich-rechtliche Aufgabe der Gemeinden und kein Geschäftsbetrieb im Sinne von § 44 Abs. 3 GewO. Deshalb Wandergewerbesteuerpflicht der Löschgerätereisenden.

2. BadRpr. **09** 13, RheinZ. **12** 431 (Karlsruhe). Eine (nach altem bad. Rechte 1865) errichtete freiwillige Feuerwehr hat keine Rechtspersönlichkeit. — Ausschließung von Mitgliedern zulässig, wenn ihr Verhalten unvereinbar ist mit dem Geiste der Kameradschaftlichkeit und der Unterordnung, die eine freiwillige Feuerwehr nicht entbehren könnte.

3. Wegen der Rechtspersönlichkeit (sächsischer) freiwilliger Feuerwehren und wegen der Haftung ihrer Mitglieder für Rechtsgeschäfte ihrer Vorstände s. SächsRpflA. **13** 526 (Dresden).

II. Haftung der Feuerwehr und der Gemeinden für Schäden bei Leistung der Löschhilfe. 1. Cohn, Kann überhaupt und gegebenenfalls von wem Ersatz für im Feuerlöschdienste verunglückte Pferde verlangt werden? MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 1 ff. Die Frage wird beantwortet einerseits hinsichtlich der dem Löschdienst gewidmeten eigenen Pferde und andererseits hinsichtlich der auf Grund gesetzlicher Bestimmungen gestellten oder requirierten fremden Pferde und bzw. einesteils für den Fall, daß der Schaden Betriebsschaden (zufällig, von niemandem zu vertreten) ist, und anderntеils für den Fall, daß er auf dem Verschulden einer Person beruht. — Im einzelnen ist zu erwähnen: Als Tierhalter gilt bei Berufsfeuerwehr der öffentliche Verband, der sie unterhält, bei gestellten oder requirierten Pferden der Eigentümer. — Für Verschulden infolge von falschen Anordnungen haftet in Preußen der Staat bzw. die Gemeinde und zwar sowohl für Beamte der Berufsfeuerwehr wie der freiwilligen Feuerwehr, da alle diese Beamten bei Ausübung ihres Amtes als Polizeibeamte gelten. — Für Betriebsschäden gestellter oder requirierter Pferde können deren Eigentümer im Gebiete des ALR. keinen Ersatz verlangen, weil weder § 904 BGB. (vgl. Knorz, Ersatz des beim Löschen von Bränden verursachten Schadens an unversicherten Sachen, MittöffFeuerversAnst. **04** 281 ff., LG. II Berlin, KGBl. **05** 1) noch auch die §§ 74, 75 Einl. z. ALR. einschlagen. Ebenso besteht für das nichtlandrechtliche Preußen keine Ersatzpflicht. Eine gesetzliche Ordnung der Ersatzpflicht besteht in Württemberg, Baden und Hessen.

2. Josef, Über die Haftpflicht der Gemeinden und Dritter für Beschädigungen bei Löscharbeiten, MittöffFeuerversAnst. **13** 311 ff. 1. Der § 83 VVG. setzt die Ersatzpflicht des Versicherers schlechthin für den Fall „eines" Brandes fest und verlangt also nicht, daß gerade dasjenige Grundstück, auf dem sich das versicherte Gebäude oder die versicherte Fahrnis befindet, vom Feuer erfaßt sein muß. Insbesondere ist der Versicherer ersatzpflichtig, auch wenn dem Versicherungsnehmer am Gebäude ein Schaden entsteht durch die Löschungsarbeiten, die zwecks Bewältigung eines

auf einem anderen Grundstück entstehenden Feuers ausgeführt wurden, sowie durch das Ausräumen seiner Habe, wofern dieses wegen eines auf einem anderen Grundstück ausgebrochenen Brandes nach Lage der Umstände notwendig erschien. Dies erfordert der Zweck der Versicherung und es sind danach die AVB. der privaten Versicherer § 1 Ziff. 2, wo von einem Brande auf dem angrenzenden Nachbargrundstücke die Rede ist, auszulegen im Sinne von Brand in der Nachbarschaft. 2. a) Der Schutz gegen Feuersgefahr liegt zwar als Angelegenheit der Polizei dem Staate ob; er liegt daneben aber auch im Interesse der Gemeinde, so daß die Einrichtung einer städtischen Feuerwehr nicht außerhalb der Aufgaben der Gemeinde liegt. Eine solche Feuerwehr bleibt eine Gemeindeeinrichtung, auch wenn der Staat sie polizeilich überwacht und fördert; folglich ist die Gemeinde nach § 904 Satz 2 ersatzpflichtig, wenn durch Eingriffe einer solchen Feuerwehr — sei es auch ohne jedes Verschulden —, besonders wenn sie von einem anderen Grundstück aus die Löscharbeiten bewirkt, an diesem ein Schaden entsteht. Der Gemeindefeuerwehr ist hiernach zur Erfüllung ihrer kommunalen Aufgaben die Handhabung der öffentlichen Gewalt anvertraut; in Preußen haftet folglich nach § 4 G. vom 1. August 1908 die Gemeinde für jeden durch Verschulden eines Mitglieds der Feuerwehr bei den Löscharbeiten angerichteten Schaden. b) Soweit eine Feuerwehr nicht als Einrichtung der Gemeinde (oder des Staates) besteht, stellt sie sich dar als nicht rechtsfähiger Verein, so daß sich die Schadensersatzpflicht im gedachten Falle gemäß § 54 BGB. regelt, mithin nach den Vorschriften über die Gesellschaft, die Ersatzpflicht also den beim Brande tätig gewesenen Mitgliedern, und zwar der Natur der Sache nach gesamtschuldnerisch obliegt. 3. Der durch die Löscharbeiten der Feuerwehr Geschädigte hat hiernach die Wahl, den Ersatz nach § 83 VVG. von seinem Versicherer zu fordern oder nach § 904 Satz 2 von der Gemeinde. Wird er vom Versicherer befriedigt, so geht nach § 67 VVG. der dem Beschädigten gegen die Gemeinde zustehende Anspruch auf den Versicherer über. Dieser soll also nach der Absicht des Gesetzes nur aushilfsweise haften, woraus sich ergibt, daß, wenn der Beschädigte von der Gemeinde befriedigt ist, diese keine Ansprüche gegen den Versicherer hat. Sie hat auch keinen Ersatzanspruch gegen den, der den Brand vorsätzlich oder fahrlässig verursacht hat. Denn die Gemeinde ist in diesem Falle nur mittelbar geschädigt, so daß § 823 BGB. ihr nicht zur Seite steht, ebensowenig § 826, da der Täter eine Schädigung der Gemeinde gar nicht in seine Vorstellung aufgenommen hat. 4. Hat die Feuerwehr ein vom Brande noch nicht erfaßtes Gebäude niedergerissen (gesprengt), so steht der Gemeinde, die hier dem Eigentümer des niedergerissenen Gebäudes aus § 904 Satz 2 ersatzpflichtig ist, kein Ersatzanspruch gegen die Eigentümer der so geretteten Gebäude zu. Denn nur, wo eine Gemeingefahr durch das Verhalten eines Privaten hervorgerufen wird, nimmt die Behörde bei Gefahr im Verzuge die zur Abwendung erforderlichen Maßregeln für Rechnung des verpflichteten Privaten vor. Mangels der gedachten Voraussetzung erfüllt die Polizei, wenn sie das zur Abwendung der Gemeingefahr Erforderliche tut, nur die ihr nach öffentlichem Rechte obliegende Aufgabe ohne Rücksicht auf die Person des Bedrohten; sie besorgt also mit diesen Maßnahmen nicht ein Geschäft für die Nächstbedrohten, so daß § 677 gegen diese nicht anwendbar ist. 5. Eine Einwirkung im Sinne des § 904 (oben 2) liegt nur vor, wenn ohne den Willen des Eigentümers eine Sache aufgeopfert oder in Benutzung genommen wird. Die Ersatzpflicht der Gemeinde aus Satz 2 ist also nicht gegeben, wenn der Eigentümer in Erfüllung seiner gesetzlichen Pflicht seine Gespanne zu den Löschungsarbeiten gestellt hat und jene hierbei geschädigt werden oder wenn hierbei ein Wehrmann an seiner Kleidung oder körperlich (ohne Verschulden des Wehrleiters, oben 2 a) Schaden erleidet.

3. a) Örtmann, Über die Haftpflicht der Gemeinde für Beschädigungen bei Löscharbeiten, MittöffFeuerversAnst. 12 Beih. 298 ff. Die Haftung für Löschschäden

ist eine Bestandteil des öffentlichen Rechtes. Landesrecht ist daher durch das BGB. nicht ohne weiteres in dieser Richtung aufgehoben. Art. 55 EGBGB. läßt das alte Recht bestehen und gestattet landesrechtliche Neuordnung. (so auch OLG. Cassel vom 12. August 1911, hinsichtlich der HessFeuerO. von 1757, bezüglich der Frage der Entschädigung eines Mitglieds der Pflichtfeuerwehr, wobei der Rechtsweg für zulässig erklärt wurde). — Die Frage wird von allgemeinen Gesichtspunkten, insbesondere vom Standpunkte des BGB. im einzelnen behandelt, vorbehaltlich der Sätze des im konkreten Falle an erster Stelle anzuwendenden partikulären, provinziellen oder lokalen Sonderrechts. — 1. Trifft den Eigentümer des brandbeschädigten Bauwerkes an dem Brande oder an der Beschädigung von Personen oder Sachen (z. B. auch Feuerwehrpferde) ein Verschulden, z. B. weil er feuergefährliche Stoffe nicht genügend verwahrt hatte, so haftet a) der Eigentümer nach § 823 Abs. 1 und 2 BGB., die beschädigten Personen aber, die Löschhilfe leisten, trifft nur ausnahmsweise (z. B. bei besonderer Waghalsigkeit) ein Mitverschulden. b) Der Versicherer, bei dem die Sachen oder Personen versichert sind, haftet ebenfalls, vorbehaltlich seiner Rechte aus § 67 VVG. c) Die Gemeinde haftet keinesfalls in höherem Maße als in den Fällen, in denen den Eigentümer keine Verantwortung trifft; man wird ihr, sei es nach § 255 BGB., sei es aus eigenem Rechte, einen Rückgriffsanspruch gegen den Eigentümer zugestehen müssen, wenn und soweit sie Ersatz leistet. — 2. Trifft weder den Eigentümer noch einen Dritten ein Verschulden, dann haftet a) wenn der Schaden durch Anordnungen beim Löschgeschäft absichtlich, also vorsätzlich herbeigeführt ist (z. B. auch Beschädigung der Nachbarmauer). α. die Gemeinde nach § 904 BGB. (so auch OLG. Hamburg, aM. Kunz, MittöffFeuerversAnst. **04** 282 ff., Cohn, das. **12** Beih. 16 ff.; LG. II Berlin, KGBl. **05** Nr. 1), nicht die Feuerwehr oder etwa gar der Kommandant persönlich, weil die Feuerwehr nur als Hilfsorgan der Gemeinde tätig ist, dessen sie sich bei Erfüllung der ihr der Gesamtheit gegenüber obliegenden Pflicht zum Feuerschutze bedient. β. Im landrechtlichen Preußen gelten statt § 904 BGB. an erster Stelle §§ 74, 75 Einl. z. ALR. (so auch Kunz, PrOVG.). γ. Das Bestehen eines Schadens wird nicht dadurch berührt, daß der Beschädigte versichert ist, wohl aber dadurch, daß er auch ohne die schädliche Anordnung infolge des Brandes eingetreten wäre, zumal dann nach § 83 VVG. der Versicherer nicht nur wegen des abgebrannten, sondern auch wegen des niedergerissenen Hauses Ersatz leisten muß. δ. Ein Rückgriffsrecht steht der Gemeinde weder αα. gegenüber dem Versicherer des Beschädigten zu noch auch ββ. gegenüber dem Beschädigten selbst (aM. Örtmann, PrVerwBl. **11** 718), insbesondere in der Regel nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag, weil die Gemeinde bei den Löscharbeiten nicht sowohl die Sonderinteressen des einzelnen als vielmehr die Interessen der Allgemeinheit wahrnehmen will, mindestens aber im Einzelfalle nicht festzustellen sein wird, wessen Interessen haben gefördert werden sollen. b) Ist der Schaden nicht im Interesse, sondern nur anläßlich der Löscharbeiten herbeigeführt, insbesondere durch Zufall (z. B. Beschädigungen der Feuerwehrleute, der gestellten oder requirierten Pferde), so ist α. bei Beschädigung von Personen oder ihrer Kleidung § 904 BGB. nicht anwendbar, ebenso nicht § 75 Einl. z. ALR., β. wohl aber bei Beschädigung von Pferden und Löschgerätschaften. γ. Eine weitergehende Haftung der Gemeinden gegenüber den Feuerwehrleuten läßt sich aus keinerlei zureichenden Gründen ableiten (ebenso Örtmann, PrVerwBl. **12** 379, Reddemann, ArchFeuerschutz **29** (12) 3 ff.). δ. Eine Entschädigung können die Feuerwehrleute nur gegenüber dem Eigentümer des beschädigten Hauses usw. und auch nur in besonderen Fällen geltend machen, und zwar aus § 677 ff. BGB., in der Regel aber nicht, weil die Feuerwehr (s. oben) im allgemeinen die Geschäfte der Allgemeinheit besorgt (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 997 ff.). b) Örtmann, PrVerwBl. **12** 379 ff. Gegen die Gemeinde hat der freiwillige Feuerwehr-

mann, dessen Kleider bei den Löscharbeiten beschädigt sind, im allgemeinen, wenn nicht landes- oder ortsgesetzliche Bestimmungen bestehen, nur auf Grund des § 823 ff. BGB. Schadenersatzansprüche. Dagegen kann er sich auf Grund von § 677 ff. BGB. an den brandbeschädigten Grundeigentümer halten, der dann seinerseits von seinem Versicherer Ersatz verlangen kann. Leistet die Gemeinde Ersatz, dann kann sie vom Grundeigentümer keinen Ersatz fordern. Wohl aber kann sie sich vom Feuerwehrmann dessen Ansprüche an jenen abtreten lassen.

4. MasVersRdsch. **24** 211 ff., „Die Haftpflicht für Feuerwehren und das mit ihr verbundene Risiko." Das Feuerpolizeirecht ist landesrechtlich geordnet (s. die Zusammenstellung 211). — Mitglieder der freiwilligen und der Pflichtfeuerwehr treten als solche in kein privatrechtliches, insbesondere in kein Vertragsverhältnis zur Gemeinde (vgl. die 214 ff. zitierten Urteile des RG., OLG. Hamm., LG. Freiberg, PrOVG.). Aus diesem Grunde kann die Gemeinde für Unfälle und Schadensfälle nur auf Grund außervertraglicher oder besonderer gesetzlicher Bestimmungen haften. Eine Haftung aus §§ 31, 89, 831 BGB. wird jetzt verneint (RG., OLG. Hamm, LG. Freiberg), weil es sich um Akte der Ausübung der öffentlichen Gewalt handelt. Es kommen also die landesrechtlichen Gesetzes- oder Gewohnheitsrechte hinsichtlich der Haftung in Ausübung öffentlicher Gewalt in Betracht, die nach Art. 77 EGBGB. in Kraft geblieben sind. Voraussetzung ist aber hierbei die Beamteneigenschaft. Diese ist bejaht worden hinsichtlich des Feuerwehrhauptmanns (LG. Freiberg) und auch — wennschon zu Unrecht — hinsichtlich der Oberfeuermänner (LG. Erfurt). Eine Haftung für gewöhnliche Feuerwehrmänner besteht aber in keinem Falle. — Nur in Elsaß-Lothringen gibt das Gesetz den Feuerwehrleuten einen Anspruch auf Unterstützung und Ruhegehalt, und nur in § 30 der (nach der Ansicht des OLG. Kassel noch zu Recht bestehenden) Feuerlöschordnung für die Städte und Dorfschaften des ehemaligen Oberfürstentums Marburg von 1757 (übereinstimmend mit der Feuerordnung für Niederhessen von 1732) ist bestimmt, daß denen, die bei dem Wehren und Löschen des Feuers an ihren Leibern und sonsten Schaden empfangen, durch die Städte Ersatz geschehen solle.

5. Hackert, PrVerwBl. **34** 711. In Preußen gibt es keine gesetzliche Bestimmung, daß den in Dienst verunglückten Mitgliedern der freiwilligen Feuerwehr Unterstützung gewährt werden muß.

6. **RG.** JW. **13** 863, R. **13** Nr. 1874. Eine (preußische) Polizeiverordnung, wonach zur Vermeidung der Überlastung einer Spritze dem Löschzuge über Land ein Mannschaftswagen beizugeben ist, stellt ein Schutzgesetz (vgl. § 368 Ziff. 8 StGB.) im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. dar. Kommt durch Aufsitzen auf die schlecht gefederte Spritze ein Feuerwehrmann zum Sturze, so haftet ihm die Gemeinde nur nach §§ 31, 89 BGB. Daß der Brandmeister als Polizeiorgan die Mitfahrt, weil nötig, angeordnet hatte, ist ohne Einfluß.

7. **RG.** 83 308 ff. Der Brandmeister einer (schlesischen) freiwilligen Feuerwehr, in deren Reihen auch die außerhalb dieser Wehr stehenden Feuerlöschpflichtigen ihre Pflicht zu erfüllen haben, ist nicht Beamter der betreffenden Ortsgemeinde. Diese haftet also für sein Verschulden nicht nach dem preuß. G. über die Haftung des Staates und anderer Verbände vom 1. August 1909.

8. MittöffFeuerversAnst. **12** 110 (Hamm). Schäden, die den auf Grund einer Provinzialpolizeiverordnung zufolge Anordnung des Gemeindevorstehers bei Löscharbeiten tätig werdenden Gespannhaltern an ihren Pferden entstehen (Stürzen infolge Glatteises) können von der Gemeinde ersetzt verlangt werden, aber nur auf Grund des preuß. G. betr. die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt vom 1. August 1909. Voraussetzung ist also, daß den die Anordnung treffenden Beamten ein Verschulden und nach § 839 BGB. eine Haftung trifft. Nicht anwendbar sind

§ 904 BGB. und §§ 74, 75 der Einl. z. ALR. (Art. 109 EGBGB., Art. 89 Nr. 1 b PrAGBGB.).

9. R. **11** 143 (BayVerwGH.). Der Bürgermeister einer bayer. Landgemeinde, der an einem Brandplatz in Handhabung der Ortspolizei gemäß § 138 der rechtsrheinischen GemeindeO. und als Mitglied des gemäß polizeilicher Vorschrift fungierenden Branddirektoriums tätig ist, handelt hierbei in der Eigenschaft als Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt.

10. Wegen des Kostenersatzes für die einer hilfeleistenden württemb. Gemeinde bei Leistung von Brandhilfe verursachte Beschädigung von Geräten usw. seitens der beteiligten Amtskörperschaft (§ 32 Abs. 2 WürttLandesfeuerlöschO.) vgl. Württ. RpflZ. **4** 258 (Min. d. Inn.).

11. RheinZ. **5** 135 ff. (Colmar). In Elsaß-Lothringen hat kraft öffentlichen Rechtes nach dem G. vom 5. April 1851 das verunglückte Mitglied einer freiwilligen Feuerwehr Unterstützungsansprüche und Anspruch auf Ruhegehalt gegenüber der Gemeinde. Eine privatrechtliche Haftung der Gemeinde für Verschulden besteht nach §§ 31, 89 BGB. nur für den Bürgermeister, nicht aber für die Feuerwehroffiziere. Hinsichtlich der letzteren greift § 831 BGB. nicht ein, weil sie selbständig handeln, und ebenso nicht § 40 des ElsLothAGBGB., weil die Ausübung einer öffentlichen Gewalt nicht in Frage steht. Auch § 40 a ElsLothAGBGB. kommt nicht in Betracht.

12. ElsLothZ. **38** 29 (Colmar). Die Ansprüche der Feuerwehrleute gegen die Gemeinde auf Unterstützung wegen erlittener Unfälle beim Löschen (G. vom 5. April 1851) gehören nicht vor die ordentlichen Gerichte, weil sie öffentlich-rechtlicher Natur sind.

13. DVersZ. **12** 91 gibt eine einheitliche Erklärung der der Vereinigung der in Deutschland arbeitenden Privat-Feuerversicherungsgesellschaften angehörenden Gesellschaften wieder, wonach sie den Ersatz von Kleidungs- und Ausrüstungsstücken der Feuerwehrleute, die beim Brande beschädigt werden, übernehmen und zwar unbedingt, wenn sie Eigentum der Feuerwehrleute sind, im übrigen aber dann, wenn die Gemeinde eine Versicherung für fremde Rechnung insoweit genommen hatte.

14. Über den Abschluß von Unfallversicherungsverträgen ür Feuerwehrleute s. zu § 179 VVG. unter III 1.

15. Wegen der Haftung des Brandbeschädigten und der Versicherungsgesellschaft für Schäden beim Löschen s. im übrigen zu § 63 VVG.

III. Vergütung der Feuerwehrdienste. 1. Gerland, PrVerwBl. **34** 642. Nach dem preuß. Kommunalabgabengesetze können für die Tätigkeit der Feuerwehr Gebühren nicht festgesetzt werden.

2. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **12** 495, HansGZ. **13** Beibl. 27. Rechtlich nicht zu beanstanden ist die Meinung des OLG., daß die Dienste der Feuerwehr auf Grund von § 612 BGB. von dem Eigentümer der Sachen zu vergüten seien, wenn dieser sich (wennschon vielleicht im Glauben an die Unentgeltlichkeit) die Dienste hat gefallen lassen und wenn die Dienste über den Rahmen des der Feuerwehr zugewiesenen, unentgeltlich zu leistenden öffentlichen Feuerschutzes hinausgegangen sind (Bewachung der Sachen).

3. MittöffFeuerversAnst. **12** 557 (LG. Braunschweig). Weder nach §§ 679 ff. BGB. noch nach §§ 812 ff. daselbst kann die Stadtgemeinde Bezahlung für die Löschungsarbeiten vom Eigentümer der beschädigten Sachen fordern.

IV. Feuerwehrdienstpflicht. 1. PrOVG. **62** 507 ff. (PrOVG.). Ein Gemeindebeschluß, der die Zahlung eines Geldbetrags an Stelle des (Feuerlösch-) Naturaldienstes zwingend anordnet, verstößt gegen § 68 Abs. 4 KommAbgG

und ist deshalb rechtsunwirksam. — An diesem Rechtszustande hat auch das G. vom 21. Dezember 1904 (betr. die Befugnis der Polizeibehörden zum Erlasse von Polizeiverordnungen über die Verpflichtung zur Hilfeleistung bei Bränden) nichts geändert.

2. PrVerwBl. **34** 874 (PrOVG.). Notare sind auch nach Erlaß des preuß G. vom 16. Juni 1909 (GS. 489) vom Feuerlöschdienst nicht befreit.

3. R. **11** 341 (KG.). Das preuß. G. betr. Hilfeleistung bei Bränden vom 21. Dezember 1904 handelt in seiner Überschrift nur von der Befugnis der Polizeibehörde zum Erlasse von Polizeiverordnungen über die Verpflichtungen zur Hilfeleistung bei Bränden. Aus seinem Texte ergibt sich aber, daß es auch die Vorbereitung zur Hilfeleistung hat regeln wollen. Deshalb können Polizeiverordnungen auch die Beteiligung an den Feuerwehrübungen regeln und sie auch auf Übungen außerhalb des Ortes erstrecken, weil das Gesetz auch von der Hilfeleistung bei Bränden in der Umgegend spricht.

4. Wegen der Rechtsgültigkeit von preuß. Polizeiverordnungen betr. Übungen der Pflichtfeuerwehr s. auch MittöffFeuerversAnst. **12** 268.

5. MecklZ. **31** 117 (Rostock). Berechtigt, die Teilnahme der Übungspflichtigen (mangels Ortsstatut alle Männer von 18—60 Jahren) zu Übungen anzuordnen, ist (nach der MecklVO. vom 4. März 1878 betr. das Feuerlöschwesen im Domanium) der Dorfschulze. Diese Anordnungen fallen unter den Begriff der „Anordnungen" im Sinne vom § 368 Ziff. 8 StGB., weil sie auf Grund allgemeiner feuerpolizeilicher Vorschriften erlassen werden.

V. Feuerlöschkassenbeiträge. 1. Über die Behandlung der Feuerlöschkassenbeiträge bei der Einkommensteuer der verschiedenen deutschen Bundesstaaten s. WallmVersZ. **47** 1 ff., 17 ff.

2. Über die Forderung des Feuerlöschwesens durch die Landesbrandversicherungsanstalt sowie zum G. vom 7. Juni 1910 (GVBl. 94) betr. die Feuerlöschkassenbeiträge der privaten Feuerversicherungsunternehmungen und zur VO. vom gleichen Tage betr. die landesbehördliche Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und die Ausführung des G. betr. die Feuerlöschkassenbeiträge der privaten Feuerversicherungsunternehmungen vgl. Kormann, Die verwaltungsrechtliche Gesetzgebung des Königr. Sachsens seit 1906, JahrböffRdGegenw. **7** (164 ff.), 199 ff.

VI. Feuerschutz. 1. PrOVG. **61** 157 ff. (PrOVG.) behandelt die Frage, welche tatsächlichen Voraussetzungen gegeben sein müssen, um eine Gemeinde polizeilich zur Anlegung einer zentralen Wasserleitung anzuhalten, wenn diese Forderung auf Grund der öffentlichen Gesundheitspflege und auf feuerpolizeiliche Gründe gestützt wird.

2. PrOVG. **60** 309 ff. (PrOVG.). Die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Eigentümers, sein Grundstück derart zu gestalten und zu unterhalten, daß die polizeilich zu schützenden öffentlichen Interessen nicht beeinträchtigt oder gefährdet werden, begreift auch die Verpflichtung des Eigentümers in sich, die nach der eigenartigen Benutzung seines Grundstücks nötigen besonderen Einrichtungen zur Verhütung und Löschung von Bränden auf dem Grundstücke zutreffen. Die Verpflichtung der Gemeinde zum Feuerschutze befreit ihn hiervon nicht. Ausgeschlossen ist die observanzmäßige Entstehung einer Verpflichtung der Gemeinde, auch diejenigen Einrichtungen zu treffen, die zur Verhütung und Löschung von Bränden auf Grundstücken nötig sind, deren eigenartige Benutzung die auf ihnen verkehrenden Personen oder die Umgebung einer Feuersgefahr besonders aussetzt (Theater, Versammlungsräume usw.). Hier können von dem Eigentümer oder Unternehmer durch polizeiliche Anordnungen wirksame Feuerlöscheinrichtungen verlangt werden.

3. Wegen der Voraussetzungen des Brandmauerzwanges (bayer. Recht) vgl. BayObLG. (Straff.) **11** 233, 249, R. **15** 671 (BayObLG.).

4. MittöffFeuerversAnst. 12 22 (SächsOVG. 4. 10. 11). Wegen der Beschaffenheit der Brandmauern (sächs. Recht).

VII. 1. PrOVG. 61 145 ff. (PrOVG. 19. 12. 11). Unter „Ortspolizeibehörde" im Sinne des nach § 121 VAG. in Kraft gebliebenen § 18 G. über das Mobiliar-Feuerversicherungswesen vom 8. Mai 1837, die gegen die Auszahlung der einem Versicherten zustehenden Brandentschädigungssumme Einspruch erheben kann, ist nicht die Polizeibehörde des Wohnorts des Versicherten, sondern die des Brandorts zu verstehen. — Für die Erhebung des Einspruch macht es keinen Unterschied, ob die Beteiligten dem Amtsbereiche dieser Polizeibehörde angehören oder nicht. — Die Erhebung des Einspruchs nach Ablauf der dafür vorgesehenen Frist ist unzulässig.

2. Wegen der Bekanntmachung der Statuten der preuß. Spritzenverbände s. PrVerwBl. 34 833.

§ 122. (Vgl. JDR. 10 1185, 1331, 8 1029, 5 1142.) Literatur: Haberstumpf, Eine Unklarheit im neuen Hilfskassengesetze, ZBlReichsVers. 12 394. — Heiden, Hilfskassen, SozMonH. 12 47. — Hoffmann, Die gesetzlichen Grundlagen und die Zukunft der freien Hilfskassen, ArbVersorg. 12 201. — Kleeis, Die Umwandlung der freien Hilfskassen in Krankenversicherungsvereine, VersBote 12 219. — Prager, Die Staatsaufsicht über die Hilfskassen, BayRpflZ. 12 301. (Vgl. auch ZBlReichsVers. 12 295.) — Seelmann, Das Weiterbestehen der jetzigen Hilfskassen, VersBote 12 14. — Stier-Somlo, Praktische Fragen zum Rechte der Ersatzkassen, ZBlReichsVers. 12 329. — Zorn, Die Entwicklung der Hilfskassen, Leipzig 1912.

Hilfskassen. 1. Wegen des Inkrafttretens des RGes. betr. Aufhebung des Hilfskassengesetzes vgl. die jetzt auch in VAPV. 12 48 abgedruckte Kais. VO. vom 13. Mai 1912 und das Rundschreiben des APV. an die der Reichsaufsicht gemäß § 2 VAG. unterstellten eingeschriebenen Hilfskassen betr. den Übergang der Aufsicht auf das APV. vom 29. Mai 1912, VAPV. 12 48. Ein ähnliches Rundschreiben ist an die der Reichsaufsicht gemäß § 3 Abs. 1 VAG. unterstellten eingeschriebenen Hilfskassen ergangen. — Fragen der Anpassung der Satzungen der Hilfskassen an das VAG. behandelt VAPV. 12 108 ff.

2. VAPV. 13 102 ff. behandelt die vom APV. beobachteten Mißstände und die von ihm ergriffenen Maßnahmen bei Überleitung unter das neue Recht und gibt einige Ausführungen zu den RGes. vom 20. Dezember 1911 und vom 12. Mai 1901 (vgl. JDR. 10 1185).

3. Wegen der Fusion bei Hilfskassen vgl. zu § 14 VAG. (Haberstumpf).

4. VAPV. 13 22 (RekEntsch.) behandelt die Versagung der Genehmigung zum Auflösungsbeschlusse einer eingeschriebenen Hilfskasse wegen formellen Mangels der Beschlußfassung (§ 22 Abs. 1 HilfskassenG., § 32 Abs. 1 BGB. u. Statut).

5. Landesrechtliche preußische und hessische Hilfskassen (§ 75 Abs. 4 KrankVG.) unterstehen jetzt dem VAG. auf Grund der VO. des Min. f. Handel u. Gewerbe und des Innern vom 16. März 1912, VAPV. 12 48, vgl. ferner VAPV. 12 108 ff.

§ 124. Vgl. JDR. 5 1142.

§ 125. (Vgl. JDR. 8 1031, 5 1142.) Wegen der Verhältnisse in Bayern vgl. zu § 3 VAG., vor §§ 108 ff. VVG., vor §§ 116 ff. VVG. und zu § 192 u. § 193 VVG.

Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag.

Vorbemerkung zum VVG. Die Rechtslehre und Rechtsprechung zum VVG. hat sich in bedeutsamster Weise weiter entwickelt, mag auch auf manchen Gebieten die Rechtsprechung weniger stark geflossen sein, als es in früheren Jahren der Fall war. Vorüber sind die Zeiten, da das klassische Werk Ehrenbergs, das wie so manches andere Meisterwerk nur ein Torso geblieben ist, für die wissenschaftliche Bearbeitung des Versicherungs-

rechts alleinige Grundlage und Führer besonders dort war, wo die Erkenntnis und Entwicklung durch die Vielgestaltigkeit der Landesrechte gehindert war, die ihrerseits der wissenschaftlichen Stütze entbehrten und überdies zumeist nicht einmal kodifiziert waren. Wie beim BGB. und bei anderen Reichsgesetzen hat auch beim VVG. die Wissenschaft durch die Vorarbeiten zur Kodifikation und das Verarbeiten des kodifizierten Rechtes unendlich gewonnen. Die wissenschaftliche Durcharbeitung des Versicherungsrechts hat zudem, obwohl das VVG. nun schon auf eine vierjährige Geltungsdauer zurückblicken kann, ihren Höhepunkt noch nicht erreicht. Erst jetzt beginnt, wie es die Entwicklung der wissenschaftlichen Bearbeitung anderer neuerer Gesetze ähnlich zeigt, das systematische Eindringen in die Tiefe des VVG., das Erkennen der feinen Beziehungen der einzelnen Vorschriften des Gesetzes unter sich und zu Vorschriften anderer Rechtsgebiete. Wird auch diese Arbeit abgeschlossen sein, dann wird uns die Wissenschaft auch dasjenige Handbuch des privaten Versicherungsrechts bescheren und bescheren können, das die Fortführung der von Ehrenberg geleisteten Grundlegung und zugleich die Fortsetzung seines Werkes darstellen wird. Denn an einer solchen großen wissenschaftlichen systematischen Darstellung fehlt es noch. Sie ist aber notwendig. Mögen auch — eine der schlechten Folgen von Kodifikationen — heutzutage mehr und mehr die kommentatorischen Bearbeitungen, besonders von der Praxis bevorzugt werden, so kann doch gerade das Versicherungsrecht einer systematischen Bearbeitung um deswillen nicht entbehren, weil das VVG. nicht alle Versicherungszweige regelt und doch erst die wissenschaftliche Verwertung aller Erscheinungsformen der Praxis zu klaren theoretischen Erkenntnissen und damit wiederum zu einer Förderung der Praxis führen kann.

An bedeutsamen Gesamtbearbeitungen haben uns die beiden Berichtsjahre 1912 und 1913 namentlich die Neubearbeitung des Werkes von Manes, den Ergänzungsband zum Versicherungslexikon gebracht. Die Einzelbearbeitungen sind in den Vorbemerkungen zu den einzelnen Abschnitten und Titeln hervorgehoben. Im übrigen ist auf die Entwicklung hinzuweisen, die die beginnende Bearbeitung der Geschichte der Versicherung und ihrer einzelnen Zweige gemacht hat. Ebenso wichtig ist die planmäßige Förderung des Unterrichtswesens, zunächst allerdings mehr auf dem Gebiete des Mittelschulbetriebs; doch wird auch die Verwirklichung der besonders von Posener gegebenen Anregung zur Schaffung einer Versicherungsakademie nicht als aussichtslos bezeichnet werden können und vielleicht schon bald in Erfüllung gehen. Das Gebiet der Versicherungswissenschaft, von der das Versicherungsrecht ja nur einen Zweig bildet, ist derart abgeschlossen und durchgearbeitet, daß die wissenschaftliche Zusammenfassung seiner einzelnen Disziplinen zu einer besonderen Versicherungshochschule recht wohl möglich ist. Freilich wäre zu wünschen, daß nirgends die Verbindung mit den Universitäten aufgegeben werden möchte. Denn nur so kann verhütet werden, daß die einzelnen Disziplinen den Zusammenhang mit dem Gesamtgebiete der Geistes- und Naturwissenschaften verlieren und sich in fachschulmäßiger Richtung entwickeln. Die Ausgestaltung der bei einzelnen Universitäten eingerichteten Versicherungsinstitute und -seminare in einer auch auf die Bedürfnisse der Praxis Rücksicht nehmenden Weise, besonders durch Heranziehung hervorragender Praktiker, dürfte der richtige Weg sein. Ein Zeichen der beginnenden Orientierung ist auch die gleichzeitige Herausgabe mehrerer Versicherungsbibliotheken (Mittler u. Sohn in Berlin, Brandes in Hannover und Steinebach in Hannover).

Was die Stellung der nichtversicherungsfachlichen Praxis besonders der Gerichte anlangt, so ist auch jetzt noch bisweilen die Unkenntnis der im VVG. enthaltenen Vorschriften, ja des VVG. überhaupt festzustellen. Über einen Fall, in welchem alle Instanzen — AG., LG. u. OLG. — von der Vorschrift des § 64 VVG. keine Kenntnis hatten, vgl. den sich hierüber lustig machenden Aufsatz in WallmVersZ. **47** 553. Das muß anders werden. Ebenso muß die Praxis mehr und mehr davon Abstand nehmen, die Bestimmungen des Versicherungsrechts ergänzend aus dem BGB. heraus auslegen und erklären zu wollen. Das Versicherungsrecht ist das Recht eines in sich geschlossenen Wirtschaftsgebiets und muß daher aus der Entwicklung und aus den Bedürfnissen des Versicherungswesens erfaßt und verstanden

werden, unter verständiger Berücksichtigung der Interessen sowohl der Versicherer wie der Versicherungsnehmer.

Die Zeitschriften auf dem Versicherungsgebiete sind derart zahlreich, daß eine weitere Vermehrung besonders der kleineren nicht wünschenswert ist. Dagegen wäre die Zusammenlegung einzelner dieser kleineren Zeitschriften zu erstreben oder aber die Beschränkung einzelner auf bestimmte Gebiete der Versicherung, etwa der Lebens-, der Unfall-, der Sachschadenversicherung, sehr zu begrüßen. Die Berücksichtigung aller dieser kleineren Zeitschriften ist unmöglich. Es mußte mit Auswahl verfahren werden.

Wegen der Verwertung der ausländischen Rechtslehre und Rechtsprechung wird auf die Vorbemerkung vor § 1 ff. VVG. verwiesen.

Allgemeine Literatur: I. Ausgaben des VVG.: Hager-Bruck, Kommentar zum VVG. 3. Aufl. Berlin 1913. — II. Gesamtdarstellungen des Versicherungsrechts. 1. Lehrbücher: Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 995—1087. 2. Aufl. 1912. Wolf, Privatversicherungsrecht, Bd. II, 6 der Holzendorff-Kohlerschen Enzyklopädie, 7. Aufl. Berlin, 1913/1914. — 2. Sonstige Gesamtdarstellungen: Manes, Versicherungswesen. 2. Aufl. Leipzig 1913.—Derselbe, Moderne Versicherungsprobleme. 2. Aufl. Berlin 1913. — Derselbe, Versicherungslexikon. Ergänzungsband für die Jahre 1908—1912. Tübingen 1912. — Emminghaus, Das Versicherungswesen. 3. Aufl. Leipzig 1912. — Günther, Das Versicherungswesen in v. Wieses Wirtschaft und Recht der Gegenwart I 572 ff. Tübingen 1912. — Moldenhauer, Das Versicherungswesen. II. Die einzelnen Versicherungszweige. Leipzig 1912 (Göschen). — Rohrbeck, Versicherungstechnik oder Versicherungswissenschaft, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 218 ff. — Stephinger, Versicherung und Gesellschaft. Jena 1913. — Untersuchungen über das Versicherungswesen in Deutschland, herausgegeben vom deutschen Verein für Sozialpolitik (Schriften des Vereins, 137. Bd. Leipzig 1913). — III. Berichte, Kalender und Entscheidungssammlungen: Schäfer, Deutscher Feuerversicherungskalender für die Jahre 1913 und 1914. Hannover 1912 u. 1913. — Assekuranz-Kompaß, Internationales Jahrbuch für das Versicherungswesen. 1912 u. 1913. — Elsner, Repertorischer Assekuranz-Almanach. 1912 u. 1913. — Neumann, Jahrbuch für das Versicherungswesen im Deutschen Reiche. 1912 u. 1913. Berlin 1912 u. 1913. — Wallmanns deutscher Versicherungskalender. 1912 u. 1913. Berlin-Lankwitz 1912 u. 1913. — Journal of the Insurance Institute of Great Britain and Ireland. London 1911, 1912, 1913. — Norsk Forsikring — Aarbok for 1911, 1912. Christiania 1911, 1912. — Dausk Forsikring Aarbok 1911, 1912, Kopenhagen 1911, 1912. — Brüders, Rechtsprechung in Transportversicherungssachen, ZVersWiss. **12** 1060 ff., 1277 ff. — Derselbe, Entscheidungen aus dem Gebiete des privaten Versicherungswesens, ZVerWiss. **13** 107 ff., 243 ff., 536 ff. — Ehrenzweig, Die Judikatur des österr. obersten Gerichtshofs in Privatversicherungssachen seit der Prozeßreform. Wien 1912. — Über die Entwickelung des Versicherungswesens in Deutschland in der Zeit von Anfang 1912 bis Anfang 1914, vgl. die Berichte in AssekJahrb. **34** III 113 ff. und **35** III 117 ff. — Über die Entwickelung des Versicherungswesens in den auswärtigen Staaten in der Zeit von Anfang 1912 bis Anfang 1914 vgl. die Berichte in AssekJahrb. **34** III 3 ff. 267 ff. und **35** III 3 ff., 266 ff. — IV. Wegen der Literatur zur Kartell- und Monopolfrage vgl. die Vorb. vor dem VAG. — V. Zusammenstellungen von Versicherungsliteratur: Neumann, Systematisches Verzeichnis der Literatur des deutschen Sprachgebiets über das private Versicherungswesen vom Anfange des 19. Jahrhunderts bis zur Gegenwart. Berlin 1913. — Derselbe, Die deutsche Versicherungsliteratur des 18. Jahrhunderts, ZVersWiss. **12** 317 ff. (Allgemeines), 604 ff. (Feuerversicherung), 786 ff. (Viehversicherung), 792 ff. (Hagelversicherung), 800 ff. (Kreditversicherung), 967 ff. (Personenversicherung); auch als Sonderabdruck. Berlin 1912. — VI. Versicherungsunterricht: Schäfer, Die Organisation des feuerversicherungswissenschaftlichen Unterrichts, SasKisVersZ. **12** 38 und MittöffFeuerversAnst. **12** 184 ff. (Vortragsbericht von Worms). — Derselbe, Betrachtungen und Materialien zur Frage des versicherungswissenschaftlichen Fortbildungsunterrichts. 2. Aufl. Hannover 1912. — Posener, Eine Unterrichtsanstalt für Versicherungswesen, ZVersWes. **12** 81 ff. — Dorn, Der versicherungswissenschaftliche Unterricht, ZVersWiss. **13** 1 ff. — Sehling, Sammlung von Fällen aus dem Handels-, Wechsel- und Versicherungsrecht. 4. Aufl. Leipzig 1912 (dem Versicherungsrechte sind die Aufgaben 275—301 gewidmet). — Worms, Übungen aus dem Rechtsgebiete der Feuerversicherungspraxis. Hannover 1912. — Materialien zur Berücksichtigung des Versicherungswesens im Schulunterrichte, herausgegeben vom deutschen Vereine für Versicherungswissen-

schaft. Berlin 1912. — VII. Zeitschriften, Periodika und Abkürzungen s. vor §§ 1 ff. VAG. — VIII. Im übrigen s. die Literaturangaben vor den einzelnen Paragraphen. —

Erster Abschnitt. Vorschriften für sämtliche Versicherungszweige.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung zu §§ 1—15 VVG. Im wesentlichen beherrschen die alten Streitfragen das Feld. Eine höchst dankenswerte Bearbeitung haben die Fragen der Versicherungspflicht durch Dörstling gefunden; auch der Abschluß des Versicherungsvertrags ist mehrfach, insbesondere durch Biedermann eingehend untersucht. Sehr verdienstlich ist die Arbeit Keups über die Anfechtung. Der Versicherungsschein hat durch Jacobi erneute Bearbeitung gefunden. Zu eingehenden Auseinandersetzungen gaben die Bestimmungen über die Verwirkungsklausel und die Klagfrist Anlaß, eine befriedigende und wissenschaftlich einwandfreie feste Praxis hat sich jedoch noch nicht entwickelt. Der Konkurs auf dem Gebiete der Sachversicherung ist neuerdings von Buerschaper behandelt worden. Wehberg hat einige neuen Arbeiten zur Frage des Einflusses des Krieges auf schwebende Versicherungsverträge gebracht.

Literatur zu §§ 1 ff.: I. Allgemeine Bedeutung und geschichtliche Entwickelung des Versicherungswesens: Czuber, Die kulturelle Bedeutung des Versicherungswesens, MittöffFeuerversAnst. **12** 7 ff. — Derselbe, Die kulturelle Bedeutung des Versicherungswesens. Sonderabdruck a. d. Versicherungswissenschaftlichen Mitteilungen. Wien 1911. — Derselbe, Die historische Entwicklung des Versicherungswesens. Wien 1913. — Broecker, Der VII. Internationale Kongreß für Versicherungswissenschaft in Amsterdam, ZVersWiss. **12** 1258 ff. — Engelbrecht, Ursprung und Verbreitung der kleinen Feuerversicherungsvereine, Archiv des deutschen Landwirtschaftsrats. Berlin 1912. — Haacke, Die bergische Feuerversicherungsgesellschaft (1802—1833), ihre Gründung, Entwicklung und Wirksamkeit, Ztschr. des Bergischen Geschichtsvereins. Elberfeld 1912. — Hahn, Zur Organisation der versicherungsgeschichtlichen Forschung, MittöffFeuerversAnst **12** 177 ff., 334 ff. — Kleeberg, Fünfundzwanzig Jahre Wasserleitungsschädenversicherung, ZVersWiss. **12** 737 ff. — Kohler, Einfluß der Erfindungen auf die Rechtsentwicklung, DJZ. **12** 25 ff., bes. 28. — Manes, Deutschlands weltwirtschaftlicher Aufschwung und seine Versicherung, AssekJahrb. **35** I 97 ff. — Rosenmöller, Versuche zur Gründung einer Hagelversicherungsanstalt in den Jahren 1774 und 1793, ZVersWiss. **12** 590 ff. — Schaefer, Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft der Feuerversicherung. Bd. 1 der Abhandlungen aus dem Gebiete der Feuerversicherungswissenschaft. Hannover 1912. — Derselbe, Die Brandkonvention der Königsberger Zünfte der Kaufleute und Mälzenbrauer, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 156 ff., 230 ff. — Derselbe, Urkundliche Beiträge und Forschungen zur Geschichte der Feuerversicherung in Deutschland. Bd. 5 und 6 der Abhandlungen aus dem Gebiete der Feuerversicherungswissenschaft. Hannover 1912 und 1913. — Über die Geschichte der deutschen Feuerversicherung vgl. die Darstellungen von Schaefer, Hahn, Wörner, Stör, Luttenberger, Gottschämmer, Knott, Tappert, Lübstorff, Nolte, Müller, Sieg, v. Schmeling und Kretzschmar in dem Sammelwerke „Das deutsche Feuerversicherungswesen", §§ 2—23. — II. Besondere Versicherungsarten: Fürth, Die Mutterschaftsversicherung. Jena 1911. — Leyers, Neue Zweige des privaten Versicherungswesens (Tuberkuloseversicherung, Versicherung gegen Geburtsgebrechen, Ehescheidungsversicherung, Wertsachenversicherung, Rechtshilfeversicherung), ZVersWes. **12** 168 ff. — Pollaczek, Zur Abonnentenversicherung, DJZ. **13** 637 ff. — Schneider, Zur Frage der sog. Abonnentenversicherung, DJZ. **13** 284 ff. — Derselbe, Zur Abonnentenversicherung, ZVersWiss. **13** 256 ff. — Weygand, Die Grundzüge der Kundenversicherung (Generalversicherung der Speditions- und Lagergüter). Berlin 1914. — Denkschrift über die Abonnentenversicherung, Reichstagsdrucksache Nr. 644. Berlin 1912/13. — Im übrigen vgl. vor §§ 49 ff., §§ 159 ff., §§ 179 ff. und zu § 187 VVG. — III. Ausländisches Recht: Dr. B., Der Schutz des Versicherten in den modernen Vertragsgesetzen, ÖsterrRev. **13** 145 ff., 158 ff. — Adler, Teilentwurf eines österr. Versicherungsgesetzes, AllgÖstGerZ. **12** 185 ff. — Berliner, Der Entwurf des österreichischen Versicherungsvertragsgesetzes, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 97 ff. — Hamburger, Bemerkungen zum österr. Entwurf eines VVG., LeipzZ.

13 448 ff., 522 ff. — Hirschel, Der Rückkauf in der Volksversicherung (nach § 152 des Österr. Gesetzentwurfes über den Versicherungsvertrag), ÖstZVersWiss. 12 372 ff. — Leimdörfer, Der Bericht des Justizausschusses betreffend den Entwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag, ÖstZVersWiss. 12 234 ff. — Schneider, Der neueste österreichische Entwurf zum Versicherungsvertragsgesetz, ZVersWiss. 13 102 ff. — Valer, Einiges über ungarisches Versicherungsrecht, AssekJahrb. 35 I 78 ff. — Guyer, Kommentar zum schweiz. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908. Zürich 1912. — Rabel, Streifzüge im schweizerischen Zivilgesetzbuche, RheinZ. 12 135 ff., bes. 185 ff. — Roelli, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetze über den Versicherungsvertrag. Bern 1912/1913. — Macgillivray, Insurance law releting to all risks other than marine and including life, fire, accident. London 1912. — Avellis, Nordamerikanische Feuerversicherung unter besonderer Berücksichtigung des Staates New York, ZVersWiss. 12 66 ff. — IV. Kriegsrecht: Binder, Brüder, Florschütz usw., Versicherung und Krieg, Heft 26 der Veröff. d. deutsch. Vereins f. VersWiss. Berlin 1914. — Fitger, Über die Notwendigkeit internationalen Rechtes im Seeversicherungswesen für Kriegszeiten, WallmVersZ. 47 825 ff. = Mitt. des Verb. f. internat. Verständigung 13 1 ff. — Derselbe, Die Seeversicherung im Weltverkehre, WeltwirtschArch. 13 101 ff. — La Fontaine, Pasicrisie Internationale. Paris 1912. — Furlan, Zur Abänderung der Versicherungsklausel in den deutsch-niederländischen Verträgen, LeipzZ. 12 907 ff. — Holland, Artikel 23 h der Haager Landkriegsordnung, ZVölkRuBundesstaatsR. 6 213 ff. — Loreburn-Niemeyer, Privateigentum und Seekrieg. München 1914, bes. S. 7 ff. — Schramm, Die Verhandlungen und Beschlüsse der Londoner Seekriegsrechtskonferenz. Berlin 1911. — Schücking, Das Werk vom Haag. Leipzig 1913. — Strupp, Die Bedeutung des Art. 23 h der Haager Landkriegsordnung und die anglo-amerikanische Auffassung vom Einflusse des Krieges auf die Schuldverhältnisse Privater, NiemeyersZ. 23 II 118 ff. (153 ff.). — Wehberg, Völkerrechtliche Probleme im Versicherungsrechte, VersAnn. 13 501 ff., 533 ff. — Derselbe, Die Transportversicherung und die Zerstörung neutraler Prisen im Balkankriege, VersAnn. 12 781 ff. — Derselbe, Die Okkupation des feindlichen Landes und das Versicherungswesen, WallmVersZ. 47 985 ff., 1001 ff. — Derselbe, Deutsch-englische Versicherungsverträge im K iegsfalle, AssekJahrb. 34 I, 40 ff. — Derselbe, Die Rechtslage der Versicherungsgesellschaften im Kriegsfalle, VersAnn. 12 193 ff. — Derselbe, Die Bedeutung des neuen amerikanischen Schiedsprojektes für das Versicherungswesen, VersAnn. 13 109 ff., 123 ff., — Derselbe, Die Seekriegsversicherung und das Verfahren vor den italienischen Prisengerichten, WallmVersZ. 47 70 ff. — Derselbe, Die Erklärung des Präsidenten von Lloyds auf dem Kopenhagener Seerechtskongresse, ÖstZVersWiss. 13 144 ff. — Derselbe, L'interprétation de l'article 23 h du Règlement concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre; Révue du droit international et legislation comparée 15 (1913) 197 ff. — Derselbe, Der Haager Schiedshof und die Versicherungsgesellschaften, AssekJahrb. 35 I 42 ff. — Derselbe, Kommentar zu dem Haager Abkommen betreffend die friedliche Erledigung internationaler Streitigkeiten, 1911. — Derselbe, Das Problem eines internationalen Staatengerichtshofs, 1912. — Derselbe, Die Erfüllung von Lebensversicherungsverträgen in Kriegszeiten, VersZ. 46, 1689 ff. (s. zu § 175 VVG.). — V. Bedingungen: Kahlo, Versicherungsbedingungen und Prämien, Friedenau 1912 und 1913. — Kirchmann, Die Inhaberklausel in den Normativbedingungen der in Deutschland arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften, LeipzZ. 13 188 ff., 271 ff., 367 ff. (s. zu § 3 VVG.). — Kronbourg, Die Versicherungsbedingungen der in Österreich-Ungarn operierenden Versicherungsgesellschaften in vergleichender Übersicht. Wien 1912. — Richter, Aperçu sommaire des conditions d'assurance des Compagnies belges et étrangères travaillant en Belge. Berlin 1912. — Sammlung von Versicherungsbedingungen deutscher Versicherungsanstalten V 1 (Lebens-, Unfall- und Haftpflichtversicherung), Berlin 1912 und V 2 (Transport-, Feuer-, Hagel-, Vieh-, Einbruchdiebstahl-, Glasversicherung und sonstige kleinere Zweige). Berlin 1913. — VI. Prozeßrecht: Freudenthal, Schutz des mittellosen Klägers, R. 12 549 ff. — Bodensieck, Die Institution des Schiedsgerichts im allgemeinen unter besonderer Erörterung der Frage, ob die Nichtanrufung des ..... Schiedsgerichts der Ärztekommission ..... seitens des Versicherungsnehmers ..... für den Versicherer eine verzichtbare prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 247 Abs. 3 ZPO. bildet, ZVersWes. 12 503 ff., 515 ff. (s. zu § 64 VVG.). — Saskis VersZ. 12 1 ff., Die Schweigepflicht des Arztes bei der gerichtlichen Ermittelung der Schuld am Unfalle. — VII. Strafrecht: Baumann, Der Versicherungsbetrug im Sinne des § 265 des Reichsstrafgesetzbuchs. Stuttgart 1911. — Belzner, Die Verwertung der Kenntnis von Abläufen nach Dienstaustritt und ihre Strafbarkeit, ZVersWes. 12 713 ff. und WallmVersZ. 47 505 ff. — Fuld, Unlauterer Wettbewerb im Versicherungsgewerbe,

MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 416 ff. — Dietz, Das Delikt des Versicherungsbetrugs nach § 265 StGB. Diss. Mainz 1911. — Kreteler, Der Versicherungsbetrug. Cassel 1912. — Thiel, Der strafrechtliche Schutz der Versicherung in seiner geschichtlichen Entwicklung, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 435 ff. — SaskisVersZ. **13** 133 ff., 137 ff., Die Aufdeckung von Brandstiftungen.

Vor §§ 1 ff. I. Geschichtliche Entwickelung und allgemeine Bedeutung des Versicherungswesens. (Vgl. JDR. **10** 1188.) 1. Czuber, Mittöff. FeuerversAnst. **12** 7 ff., behandelt die kulturelle Bedeutung des Versicherungswesens, betont die Pflicht der Schule zur Pflege des Verständnisses für den Versicherungsgedanken, weil physische Existenz ohne wirtschaftliche Integrität und Sicherheit kein Glück, sondern eine Qual sei.

2. Manes, Deutschlands weltwirtschaftlicher Aufschwung und seine Versicherung, AssekJahrb. **35** II 97 ff. untersucht, ob dem gewaltigen weltwirtschaftlichen Aufschwung Deutschlands ein gleicher Aufschwung des deutschen Versicherungswesens entspricht. Dies sei nicht der Fall. Der Grund hierfür ist, daß die deutschen Versicherer zu vorsichtig sind gegenüber neuartigen Risiken, daß sie nicht genügend Zutrauen zur deutschen Expansivkraft und zur Leistungsfähigkeit der Versicherungstechnik haben. Ganz auffallend und bedauerlich ist das Zurückbleiben der deutschen Seeversicherung und die Vorliebe der deutschen Exporteure und Schiffahrtsunternehmungen für die englischen Seeversicherer. Bedenklich ist auch die standesmäßige Zersplitterung des Versicherungswesens (Volksversicherung). Die Verwendung der Versicherung zu politischen Zwecken („Volksfürsorge" der sozialdemokratischen Gewerkschaften und Genossenschaften) ist zwar bedauerlich, aber sie ist nichts Neues: auch die Bismarcksche Sozialversicherungsgesetzgebung hatte politische Zwecke.

II. Besondere Versicherungsarten (Vgl. JDR. **10** 1189). A. Abonnentenversicherung. 1. Schneider, Zur Frage der sog. Abonnentenversicherung, DJZ. **13** 284 ff., weist zunächst darauf hin, daß ein Verbot der Abonnentenversicherung die — an sich leicht zu Mißständen führende — Verbindung der Versicherung mit einem anderen Rechtsgeschäfte doch nicht verhindern könne. Die Abonnentenversicherung könne in gewisser Weise für die Verbreitung einer wahren Volksversicherung vorbildlich sein. Eine wirtschaftliche Gefahr könne nur aus der unbeaufsichtigten Abonnentenversicherung erwachsen. Ein einfaches Ausrotten der Abonnentenversicherung sei verfehlt, dagegen sei eine verschärfende Änderung des § 108 VAG. erforderlich. Dort, wo der Verleger selbst den Versicherer im „Nebenbetriebe" spiele und infolgedessen von der Reichsaufsicht frei sei, müsse er sich durch heimtückische Bedingungen davor schützen, nicht zu schwer am Risiko zu tragen. Dort, wo dagegen der Zeitungsverleger für seine Abonnenten bei einer Versicherungsanstalt Versicherung nehme und das Versicherungsverhältnis infolgedessen der Aufsicht unterliege, könne von den Aufsichtsbehörden wenigstens den ärgsten Mißständen entgegengearbeitet werden; der eine Mißstand bestehe allerdings auch hier, daß angesichts der geringfügigen Prämie allzuwenig geleistet werden könne.

2. Pollaczek, Zur Abonnentenversicherung, DJZ. **13** 637 ff. Ein tiefgreifender Unterschied zwischen der beaufsichtigten und der unbeaufsichtigten Abonnentenversicherung besteht nicht. Auch bei der beaufsichtigten Abonnentenversicherung liegt meistens eine wirkliche Versicherung gar nicht vor. Denn der Versicherungsvertrag ist ein aleatorischer Vertrag, der Versicherer trägt beim Vorliegen der bedingungsmäßigen Voraussetzungen das Risiko. Der Vertrag verliert den aleatorischen Charakter und ist kein Versicherungsvertrag mehr, wenn der Versicherer die Möglichkeit eines Verlustes für sich nicht durch versicherungstechnische, auf mathematischer Grundlage beruhende Maßnahmen ausschließt, sondern auf juristischem Wege, indem der Zeitungsverleger mit der Versicherungsgesellschaft, bei der die Abonnenten versichert sind, vereinbart: Der Versicherungsbank steht das Recht zu . . . . den Vertrag mit einer Frist von einem Monate zum Schlusse eines Monats

zu kündigen, wenn die von der Bank gezahlten Entschädigungen die bezahlten Prämien, von denen 20 pCt. als Verwaltungskosten in Abzug zu bringen sind, übersteigen.

B. Über die Kautions- und Depositenversicherung, die Kredit-, Hypotheken- und Hypothekenausfallversicherung, sowie die Kapitalanlageversicherung vgl. zu § 187 VVG.

C. Über die Mietverlustversicherung vgl. vor §§ 49 ff. VVG.

D. Über die Betriebsverlustversicherung vgl. zu § 89 VVG.

E. Über die Prozeßkostenversicherung vgl. zu § 150 VVG.

F. Über sonstige neue Sachversicherungsarten vgl. vor §§ 49 ff. VVG. unter XI.

G. Über sonstige neue Personenversicherungsarten vgl. vor §§ 159 ff. VVG. unter I u. II und zu § 179 VVG. unter I u. II.

III. Anwendung ausländischen Rechtes. (Vgl. JDR. **10** 1189). 1. Die Unterwerfung der Parteien unter ausländisches Recht, insbesondere in Deutschland und Österreich, ZVersWes. **13** 293 ff. a) Die zunehmende Internationalisierung des Wirtschaftslebens bringt es mit sich, daß das internationale Privatrecht an Bedeutung gewinnt. Dies gilt ganz besonders für die Transportversicherung. b) Nicht können die Parteien ausländisches Recht für anwendbar erklären hinsichtlich der Frage, ob der Vertrag gültig ist. Diese Vorfrage für die dann erfolgende Anwendung des ausländischen Rechtes muß der Richter nach denjenigen Rechtssätzen beurteilen, welche nach dem Rechte seines Staates dann anzuwenden sind, wenn die Parteien sich über das anzuwendende objektive Recht nicht verständigt haben. c) Für Deutschland gilt: Im übrigen kann ausländisches Recht in vollem Umfange für anwendbar erklärt werden, sofern es nicht gegen zwingende Vorschriften des deutschen Rechtes oder gegen allgemein gültige Rechtsgrundsätze der öffentlichen Ordnung verstößt. d) Die Entsch. des **RG.** vom 22. Juni 1909 ist eine Fehlentscheidung. Wenn die Kontrahenten eines Transportversicherungsvertrags sich den an der Rotterdamer Börse festgesetzten sog. Beurse-Conditien unterwerfen, ist das holländische Versicherungsrecht anzuwenden.

2. Über einen interessanten Fall von Anwendung spanischen Versicherungsrechts auf einen zwischen Deutschen abgeschlossenen Transportversicherungsvertrag vgl. VersAnn. **13** 557 (LG. Frankfurt a. M.).

3. Vgl. auch vor §§ 129 ff. VVG. unter II 2.

4. Wegen des Völkerrechts und des italienischen Lebensversicherungsmonopols (Entschädigung der in Italien arbeitenden ausländischen Lebensversicherungsgesellschaften, Zuständigkeit des Haager Schiedshofs?) vgl. vor §§ 1 ff. VAG. unter III 10, 11, 12, 13 (Rocca und Wehberg).

IV. Kriegsversicherung. (Vgl. JDR. **10** 1190) 1. Wehberg, Die Seekriegsversicherung und das Verfahren vor den italienischen Prisengerichten, Wallm. VersZ. **46** 70 ff. Die nationalen Prisengerichte urteilen über die Wegnahme von Schiff und Ladung nicht unparteiisch, weil sie die Handlungen ihres eigenen Staates beurteilen sollen. Neuerdings sind immer mehr die Grundzüge eines allen Nationen gemeinsamen internationalen Seekriegsrechts hervorgetreten, dessen Anwendung durch die nationalen Prisengerichte aber nicht mit der erforderlichen Unparteilichkeit erfolgt. Abhilfe schaffen kann nur ein internationaler Prisenhof, wie ihn Deutschland auf der 2. Haager Friedenskonferenz vorgeschlagen hat. Für den türkisch-italienischen Krieg kommt das Abkommen über die Errichtung eines internationalen Prisenhofs noch nicht in Betracht. Die italienischen Prisengerichte entscheiden nach folgenden Grundsätzen: Das Eigentum an den erbeuteten Schiffen und Waren geht erst mit der Entscheidung des Prisenhofs auf den italienischen Staat über. Ist daher ein Schiff „nur für Seegefahr" versichert und geht es infolge gewöhnlicher Seegefahr in der Zeit zwischen Wegnahme und Urteil unter, so haftet der Versicherer. Italien ist

verpflichtet, jede Prise binnen angemessener Frist aburteilen zu lassen. Das Verfahren (2 Instanzen) wird dann näher beschrieben: ein vorbereitendes Verfahren (Bericht des Kommandeurs des Kriegsschiffs, Verwahrung der Prise, Verkauf der dem Verderb ausgesetzten Ladung, Inventarisierung, Beweiserhebung über die für die Wegnahme wesentlichen Umstände, dann Abgabe der Akten an den Staatskommissar, der vor dem Prisengerichte das Interesse des Staates zu vertreten hat und darüber entscheidet, ob Freigabe oder mündliche Verhandlung vor dem Prisengericht erfolgen soll) und dann das eigentliche Verfahren vor dem Prisengericht (Aufforderung an die Interessenten, ihre schriftlichen Gründe für die Freilassung der Prise einzureichen, Termin zur Hauptverhandlung, Urteil nach den Grundsätzen des italienischen Seekriegsrechts).

2. Wehberg, Der Haager Schiedshof und die Versicherungsgesellschaften, AssekJahrb. **35** II 42 ff., gibt einen sehr interessanten Überblick über die Entwicklung des Haager Schiedshofs, seiner Zuständigkeit und der für ihn geltenden Verfahrensvorschriften. Ein Streitfall, an welchem die Versicherungsgesellschaften interessiert waren, ist schon entschieden worden: es ist dies der Streit zwischen Japan und mehreren europäischen Staaten über den Inhalt der Niederlassungsverträge. Nach dem Urteile des Schiedshofs sind die von europäischen Versicherungsgesellschaften auf japanischen Staatsgrundstücken errichteten Gebäude — Europäer können das Grundstück nur pachten, nicht erwerben — steuerfrei.

3. Wehberg, Die Transportversicherung und die Zerstörung neutraler Prisen im Balkankriege, VersAnn. **12** 781 ff. Erst durch die Artt. 48 und 49 der Londoner Deklaration wurde eine Prüfung der Frage möglich, ob eine Zerstörung neutraler Prisen im Einzelfalle rechtmäßig war. Zugleich wurden aber auch die Voraussetzungen für die Zerstörung so festgelegt, daß sich jeder Reeder und jeder Versicherer unterrichten kann, unter welchen Voraussetzungen das Schiff der Zerstörung unterliegt und wann diese Zerstörung rechtmäßig war. Bei der Beurteilung, ob mit Zerstörungen zu rechnen ist, muß namentlich die Tatsache berücksichtigt werden, ob eine der Kriegsparteien in der Nähe des Kriegsschauplatzes viele Häfen hat oder nicht.

4. Wehberg, Die Okkupation des feindlichen Landes und das Versicherungswesen, WallmVersZ. **47** 985 ff., 1001 ff. Der Verfasser gibt einen Abriß der — besonders für die Feuer- und Einbruchsversicherung wichtigen — Bestimmungen des Haager „Abkommens über die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs“ (Artt. 43 ff.).

5. ÖstZVersWiss. **13** 145 ff. druckt die Erklärung des Präsidenten von Lloyds auf dem Kopenhagener Seerechtskongreß ab: a) Nach Erklärung eines Krieges zwischen England und einem anderen Staate sind alle Verträge zwischen englischen Staatsangehörigen und Untertanen des kriegführenden Staates so lange wirkungslos, als nicht der Krieg beendet ist. b) Die vor dem Kriege abgeschlossenen Versicherungen bleiben in der Schwebe und die auf Grund dieser Versicherungen erhobenen Ansprüche können, wenn der Versicherer dies einwendet, erst nach dem Friedensschluß erledigt werden. c) Das englische Gesetz verbietet jedoch den englischen Versicherern nicht, den Angehörigen des anderen Staates auch zu Kriegszeiten Ersatz für Schäden zu leisten, welche diese vor oder während des Krieges erlitten haben. Der Einwand unter b muß vom Versicherer vorgebracht werden, von Amts wegen wird er nicht berücksichtigt.

6. Wehberg, Die Erklärung des Präsidenten von Lloyds auf dem Kopenhagener Seerechtskongreß, ÖstZVersWiss. **13** 144 ff., wendet sich gegen die Erklärung des Präsidenten. Sie sei gegenüber dem zwingenden Charakter des im öffentlichen Rechte begründeten Verbots jeder Unterstützung an den Kriegsgegner unerheblich. Der Chief Justice Lord habe in dem Falle Furtado gegen Rodgers entschieden, daß ein vor Ausbruch der Feindseligkeiten geschlossener Versicherungsvertrag genau

so nichtig sei, wie ein erst während des Krieges geschlossener, denn beide widersprächen dem Interesse des Staates in gleicher Weise. Diese Bestimmung des common law sei von Amts wegen zu berücksichtigen. Die Versicherungsgesellschaften, die die Versicherungssummen auszahlten, hätten gerichtliche Verfolgung wegen Landesverrats zu gewärtigen.

7. Wehberg, Deutsch-englische Versicherungsverträge im Kriegsfalle, AssekJahrb. **34** I 40 ff., behandelt zunächst eingehend die Stellungnahme der einzelnen Staaten in der Zeit bis zur 2. Haager Friedenskonferenz und schildert dann die Entstehungsgeschichte des Art. 23 h und des Streites über seinen Sinn unter nochmaliger Präzisierung seines eigenen Standpunkts.

8. Wehberg, Die Rechtslage der Versich.-Gesellschaften im Kriegsfalle. Vers. Ann. **12** 193 ff., erörtert die Frage, ob englische Versicherurgsaktiengesellschaften durch die Eröffnung des Krieges aufgelöst werden, wenn sich eine oder einige Aktien in den Händen feindlicher Ausländer befinden. Die Frage wird im Prinzip verneint.

9. Strupp, Die Bedeutung des Art. 23 h der Haager Landkriegsordnung und die anglo-amerikanische Auffassung vom Einflusse des Krieges auf die Schuldverhältnisse Privater, NiemeyersZ. **23** II 118 ff. (153 ff.). Bei Lebensversicherungen kann der Versicherungsnehmer, weil durch den Krieg die Prämienzahlung endigt, damit aber „notwendigerweise" der Versicherungsanspruch erlischt, nur eine Entschädigung verlangen, die nach den tatsächlich gezahlten Prämien zu berechnen ist. Anders nur, wenn ein bevollmächtigter Agent im Feindeslande wohnt und ihm die Prämien gezahlt werden. Güterversicherungen sind ungültig, wenn sie zwar vor Kriegsbeginn abgeschlossen waren, der Versicherungsfall aber erst im Verlaufe des Krieges eintritt.

10. Furlan, Zur Abänderung der Versicherungsklausel in den deutsch-niederländischen Verträgen, LeipzZ. **12** 907 ff., regt mit Rücksicht darauf, daß das englische Recht die Versicherung von Feindesgut nicht anerkennt, für den deutschen Getreidehandel an, die englischen Versicherungsgesellschaften nicht als „anerkannt gute Gesellschaften" im Sinne der Getreidekauf- und Transportverträge anzusehen. Diese Verträge bestimmen, daß der Käufer für die Kosten der Verladung der Ware, für ihre Versicherung und den Transport bis zum Bestimmungshafen (cost, insurance, freight: cif-Verträge) zu sorgen hat. Die für den deutschen Importhandel geltenden sog. deutsch-niederländischen Verträge bestimmen, daß die Policen von „anerkannt guten Gesellschaften" sein müssen. Er schlägt deshalb vor, die Versicherung nur noch bei deutschen Versicherungsgesellschaften zu nehmen, oder aber, nicht mehr Cif-Verträge einzugehen, sondern nur „Free on bord"- oder „Kost- und Fracht"-Geschäfte, bei denen die Wahl des Versicherers den Importeuren völlig freisteht.

11. Holland, ZVölkR. u. BundesstR. **6** 213 ff., kommt zu folgendem Ergebnis: It is most unfortunate that the clause, after its transformations had escaped the vigilance of our delegates at the conference, is now covered by the British ratification, on November 27, 1909, of Convention No. IV. The most excellent way out of the difficulty thus resulting would be that the clause should be, by general agreement, expunged from the Reglement, as void for unintelligibility. Failing such agreement, the British view of its meaning must, of course, be maintained; with a confident expectation that it would also commend itself to any wellconstituted tribunal of arbitration.

12. Hierzu bemerkt Kohler, daß die Konvention rechtsbeständig geworden ist, selbst wenn die englischen Delegierten und die englische Regierung ihre Tragweite nicht erkannt haben.

13. Fitger, Über die Notwendigkeit internationalen Rechtes im Seeversicherungswesen für Kriegszeiten, WallmVersZ. **47** 825 ff. Mitt. d. Verb. f. internat. Verständigung **13** 1 ff. Nach englischem Rechte ist ein Nichtengländer, der eine eng-

lische Seeversicherungspolice in den Händen hat, nicht mehr versichert, sobald sein Land mit England in Krieg gerät. Die erst während des Krieges geschlossenen Verträge sind ungültig, die vor Ausbruch des Krieges geschlossenen Verträge sind gültig, es kann aus ihnen aber nicht geklagt werden, wenn der Versicherungsfall während des Krieges eingetreten ist. Art. 23 h der Anlage zum Haager Abkommen, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Seekriegs, richtet sich gegen diesen englischen Rechtszustand. Die Bestimmung kann aber bei formeller Auslegung auch als nur auf Verträge innerhalb eines okkupierten Gebiets bezüglich verstanden werden. Die englische Regierung und die englischen Versicherungsinteressenten stehen auf diesem Standpunkte. Es bedarf daher einer anderweiten völkerrechtlichen Regelung des Problems.

14. Fitger, Die Seeversicherung im Weltverkehre, WeltwirtschArch. **13** 101 ff. Versicherungen zwischen Engländern als Versicherern und Angehörigen einer fremden Macht sind ungültig, wenn sie nach Ausbruch des Krieges abgeschlossen werden. Bestanden sie schon, dann bleiben Ersatzansprüche, die vor Kriegsausbruch erwachsen sind, bestehen, sind aber bis zum Friedensschluß unklagbar. Eine Änderung sollte 1907 das Haager Abkommen durch die Vorschrift bringen, daß die „Aufhebung oder zeitweilige Außerkraftsetzung der Rechte und Forderungen von Angehörigen der Gegenpartei oder die Ausschließung ihrer Klagbarkeit" verboten sei. Ein Ausschluß der Seeversicherung war nicht beabsichtigt, ist aber, was auch Edward Grey ausgesprochen hat, dadurch herbeigeführt, daß jene Vorschrift als Art. 23 h in das Abkommen betr. den Landkrieg aufgenommen worden ist.

15. Über die Haftung des Feuerversicherers für Kriegsschäden s. zu § 84 VVG.

V. Versicherungsbedingungen. (Vgl. JDR. **10** 1192.) 1. Wegen des Begriffs der allgemeinen Versicherungsbedingungen s. VAPV. **12** 132 (vgl. zu § 9 VAG. unter I).

2. Über die Auslegung der allgemeinen Versicherungsbedingungen vgl. § 1 VVG. unter VI, 4, über die Stellung des Revisionsgerichts bei der Auslegung vgl. unten VI, 6.

3. Wegen des Abdrucks der allgemeinen Versicherungsbedingungen im Versicherungsscheine vgl. zu § 9 VAG. unter II.

4. VAPV. **12** 196 Nr. 109. Das APV. hat durch Beschluß vom 5. Oktober 1912 auf Grund von § 10 Abs. 3 VAG. auf Widerruf genehmigt, daß bei solchen Versicherungen gegen Unfall- und Haftpflichtschäden, deren Abschluß im Börsenverkehr erfolgt, die Vorschrift des § 10 Abs. 1 VAG. unter der Voraussetzung außer Anwendung bleibt, daß die maßgebenden Allgem. Versicherungsbedingungen auf dem Versicherungsschein abgedruckt sind.

5. Die am 9. Mai 1911 vom Pr.Min. des Inneren genehmigten Allgemeinen Versicherungsbedingungen der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten für Feuerversicherung sind abgedruckt WallmVersZ. **46** 220 ff., 227 ff., 253 ff.

6. Kahlo, Versicherungsbedingungen und Prämien, gibt nach einem einheitlichen Schema für jedes einzelne Lebensversicherungsunternehmen an, wie die Bedingungen in bezug auf Aufenthalt und Reise, Berufsänderungen, Duell, Gewinnbeteiligung, Invalidität, Kriegsrisiko, Selbstmord usw. lauten.

7. Über die Kriegsversicherungsbedingungen der deutschen Lebensversicherungsanstalten vgl. MasVersRdsch. **24** 65 ff.

8. Über die Kriegsversicherungsbedingungen der in Deutschland tätigen ausländischen Lebensversicherungsgesellschaften vgl. MasVersRdsch. **24** 135 ff.

VI. Prozeßrecht. (Vgl. JDR. **10** 1192.) 1. Streitwert. HessRspr. **11** 164 (LG. Gießen). Der Streitwert bei einer Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit

des Versicherungsvertrags bemißt sich nach der Höhe der gesamten noch ausstehenden Versicherungsprämien. Da die Doppelversicherung nicht unzulässig ist, kann ein höherer Streitwert nicht damit begründet werden, daß der Kläger insofern noch ein besonderes Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit habe, als er erst nach rechtskräftiger Feststellung eine andere Versicherung wirksam abschließen könne.

2. Gerichtsstand. a) MittöffFeuerversAnst. **13** 647 (Colmar). Der Sitz von Generalagenturen und von Hauptbevollmächtigten begründet für Klagen gegen die Gesellschaft keinen allgemeinen Gerichtsstand im Sinne des § 21 ZPO. b) Vgl. auch zu § 48 VVG.

3. Zeugnisrecht und Zeugnisverweigerungsrecht. a) OLG. **27** 96 (Naumburg). Der nach § 86 Abs. 3 VAG. für eine ausländische Versicherungsgesellschaft bestellte Generalbevollmächtigte ist, auch wenn er nach § 115 Abs. 2 VAG. zur gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft zugelassen ist, nicht „gesetzlicher Vertreter" der Gesellschaft im Sinne des § 51 ZPO., er kann daher als Zeuge vernommen werden. b) PosMSchr. **12** 157 (Posen). Der Versicherungsagent hat keinen Anspruch auf Zeugengebühren. c) Über die Zeugnispflicht und das Zeugnisverweigerungsrecht des Haftpflichtversicherers s. zu § 150 VVG.

4. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **12** 24, LeipzZ. **12** 244, WallmVersZ. **46** 369. Schreibt die Police hinsichtlich einer Diebstahlsversicherung vor, daß der Nachweis des Diebstahls während des Transports durch ein Attest der betreffenden Eisenbahn-, Post- oder Sammelstellenverwaltung zu führen sei, so liegt darin nicht eine — innerhalb des gesetzlich geregelten Zivilprozesses — unzulässige Beschränkung hinsichtlich der Beweismittel (Konventionalprozeß), sondern die vertragliche Festlegung der Voraussetzungen des Versicherungsanspruchs.

5. Über den Schutz mittelloser Kläger gegen Versuche des haftpflichtversicherten Beklagten, die Zwangsvollstreckung zu verschleppen, um auf diese Weise den subsistenzlosen Kläger zu einem Vergleiche mit niedrigerer Abfindung geneigt zu machen, vgl. Freudenthal, Schutz des mittellosen Klägers, R. **12** 549 ff. Wenn der beklagte und in 1. Instanz verurteilte Haftpflichtversicherungsnehmer nach § 713 Abs. 2 ZPO. Sicherheit hinterlegt, kann der Kläger nach § 940 ZPO. eine einstweilige Verfügung beantragen, durch die dem Beklagten aufgegeben wird, vorläufig die dem Kläger im ersten Urteile zugesprochene Unterhaltsrente zu entrichten.

6. Stellung des Revisionsgerichts bei Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen und Revisionsbegründung. a) **RG. 81** 117, MittöffFeuerversAnst. **13** 409, VAPV. **13** Anh. Nr. 721, JW. **13** 316, WallmVersZ. **47** 2257, MasVers. Rdsch. **25** 196, ZVersWes. **13** 470, DJZ. **13** 354, R. **13** Nr. 391. Das RG. erklärt eine von der Auffassung der Vorinstanz abweichende Auslegung der Bedingungen für zulässig — trotz der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz —, weil es sich dabei regelmäßig nicht um die Feststellung eines auf ein bestimmtes und einzelnes rechtliches Verhältnis gerichteten Vertragswillen handle, sondern um die Aufstellung von Grundsätzen, welche für viele gleichartige Versicherungsverhältnisse gleich maßgebend seien. Eine Bindung der Revisionsinstanz an die einander vielleicht widersprechenden Auslegungen der Versicherungsbedingungen von seiten der verschiedenen Berufungsgerichte sei bei dem Charakter der Versicherungsbedingungen ausgeschlossen. Die Vorinstanz habe mit ihren Feststellungen keine tatsächlichen Feststellungen getroffen, sondern rechtliche. — Vgl. auch zu § 1 VVG. b) **RG.** VAPV. **13** Nr. 749, HansGZ. **13** Beibl. 285, LeipzZ. **14** 289, WarnE. **13** Nr. 277, R. **13** Nr. 1232. Das Revisionsgericht hat bei der Nachprüfung richterlicher Auslegung von Versicherungsbedingungen eine freiere Stellung als sonst. c) **RG.** JW. **13** 690, VersAnn. **13** 429, ZVersWes. **13** 598. Die Auslegung der allgemeinen Ver-

sicherungsbedingungen unterliegt der freien Nachprüfung des Revisionsgerichts. d) **RG.** LeipzZ. **12** 857. Die Revision gegen ein Urteil über einen lediglich ausländischem Rechte unterstehenden Versicherungsvertrag kann nicht darauf gestützt werden, daß ein sog. typisches Rechtsverhältnis vorliege, auf welches Rechtsgrundsätze allgemeiner Natur anzuwenden seien, welche nicht dem fremden Rechte eigentümlich seien, daß es sich z. B. um die Beurteilung ganz typischer Versicherungsurkunden handele.

7. Über die Voraussetzungen und den Umfang der Tätigkeit der Schiedsgutachter, über deren Verhältnis zu den Parteien, über die Bildung der Schiedsgutachterkommission und die Ernennung von Gutachtern durch das Gericht, das Verfahren vor der Kommission, formelle und materielle Mängel des Gutachterverfahrens, den vertraglichen Ausschluß der Anfechtbarkeit und das Verhältnis des Schiedsgutachterverfahrens zur gerichtlichen Geltendmachung der Versicherungsansprüche vgl. zu § 64 VVG. und zu § 184 VVG.

8. Prozeßkosten. OLG. **27** 40 (München). Wenn eine Versicherungsgesellschaft für die bei ihr versicherte Stadtgemeinde mit dem Prozeßbevollmächtigten der Stadtgemeinde korrespondiert und ihm die erforderlichen Informationen erteilt, so gehören die Schreibgebühren für die an sie erteilten Abschriften von Schriftsätzen, Protokollen und Beschlüssen zu den nach § 91 ZPO. zu erstattenden Prozeßkosten. Denn wie es ein billiges Verlangen ist, daß eine prozessierende Stadtgemeinde über den Gang und die jeweiligen Ergebnisse des Prozesses die genauesten Aufschlüsse erhält, so ist es auch nicht unbillig, wenn an ihrer Stelle die Versicherungsgesellschaft diese Aufschlüsse erhält und dadurch die Schreibgebühren verursacht.

9. Über zivilrechtliche Klagen auf Grund des Gesetzes betr. den unlauteren Wettbewerb s. Fuld unten vor §§ 1 ff. unter VII.

10. Über die Tatbestandswirkung von Vorprozessen des Haftpflichtversicherungsnehmers mit dem verletzten Dritten im Verhältnisse zwischen Haftpflichtversicherer und Versicherungsnehmer vgl. zu § 150 VVG. unter III.

11. Über Prozessuales (Zuständigkeit der Rheinschiffahrtsgerichte) in der Rheinkaskoversicherung vgl. vor §§ 129 ff. VVG. unter VIII.

VII. Strafrecht. 1. Baumann, Der Versicherungsbetrug im Sinne des § 265 des Reichsstrafgesetzbuchs (Stuttgart 1911). Der Verf. behandelt nach einer kurzen rechtshistorischen Einleitung zunächst den Brandversicherungsbetrug nach seinen Tatbestandsmerkmalen und den Stadien der Begehung (Vorbereitungshandlung, Versuch, Vollendung), dann in gleicher Weise den Seeversicherungsbetrug, dann die Teilnahmeformen, die Strafen und die Zuständigkeit, sowie das Verhältnis zum gemeinen Betruge; daran schließt sich eine Behandlung der Überversicherung in ihrer Stellung zum Versicherungsbetruge, des Verhältnisses des § 265 zu den §§ 306 ff. u. 326, sowie zu §§ 303 u. 305 StGB. und schließlich des Versicherungsbetrugs im Vorentwurfe zu einem deutschen Strafgesetzbuche (1909).

2. Über die Gestaltung des Versicherungsbetrugs im künftigen deutschen Strafgesetzbuche vgl. Lucas, Die Beschlüsse der Strafrechtskommission XI, DJZ. **12** 1376 und Ebermayer, Die Beschlüsse der Strafrechtskommission 2. Lesung XVII, DJZ. **13** 1156, sowie Hegler, Vgl. Darst. d. deutsch. u. ausl. Strafrechts, Bes. Teil Bd. 7, 443 ff.

3. Belzner, Die Verwertung der Kenntnis von Ablaufen nach Dienstaustritt und ihre Strafbarkeit, ZVersWes. **12** 713 u. WallmVersZ. **47** 505 ff. Die Ablaufsregister der Versicherungsgesellschaften, aus denen sich Adresse, Versicherungssumme und Ablauftermin jeder einzelnen Versicherung ergibt, sind ängstlich behütete Geschäftsgeheimnisse der Gesellschaften im Sinne des § 17 Abs. 2 UnlWG. vom 7. Juni 1909. Dies gilt auch von den Maximalkontrollbüchern der Generalagenturen. Diese gehören nicht dem Agenten, sondern der Gesellschaft. Er erlangt von ihrem Inhalte durch eigene Handlungen Kenntnis, wenn er sie sich abschreiben läßt. Geschieht

dies, um später von den Abschriften zu Wettbewerbszwecken Gebrauch zu machen, so verstößt die Entnahme der Abschriften gegen die dem Agenten nach § 84 HGB. auferlegte Treuepflicht, also gegen Gesetz und gute Sitten.

4. Ebenso VAPV. **13** Nr. 714 (BayObLG.), vgl. vor §§ 43 ff. VVG. unter VI 1.

5. Fuld, Unlauterer Wettbewerb im Versicherungsgewerbe, MittöffFeuerverf. Anst. **12** Beih. 416 ff. Der Versicherungsagent kann sich gegenüber einer auf § 14 UnlWG. gestützten Unterlassungs- und Schadensersatzklage nicht darauf stützen, eine ihm vorgesetzte Persönlichkeit habe ihm die Richtigkeit der unrichtigen Angabe versichert. — Auch die öffentlich-rechtlichen Feuersozietäten genießen den Schutz des § 14. — Nicht die klagende Gesellschaft hat die Beweislast für die Unwahrheit der behaupteten Tatsache, sondern es ist Sache des Beklagten, den Wahrheitsbeweis zu erbringen. — Der Unterlassungsanspruch ist nicht dadurch bedingt, daß die unwahre Behauptung bereits zu einer Schädigung geführt hat, es genügt, daß sie geeignet ist, zu einer Schädigung zu führen. In dieser Beziehung genügen schon geringere Verdächtigungen, wie z. B. die Gesellschaft sei bei der Erledigung ihrer Verpflichtungen inkulant. — Ein öffentliches Interesse an der Übernahme der Strafklage des § 15 liegt wegen des erheblichen Interesses der Allgemeinheit an der Güte und Solidität von Versicherungsunternehmungen regelmäßig vor. Dies gilt insbesondere bei den der öffentlichen Rechtsordnung inkorporierten Versicherungsunternehmungen. — Der gegenüber den Klagen aus §§ 14, 15 vorgebrachte Einwand, es handele sich nur um vertrauliche Mitteilungen, an welchen der Mitteilungsempfänger ein berechtigtes Interesse gehabt habe, ist unbegründet: bei Behauptungen, welche lediglich auf dem Gebiete des Wettbewerbes liegen, besteht kein berechtigtes Interesse. — Der Unterlassungsanspruch gegen die Gesellschaft wegen der Behauptungen ihrer Agenten und Vertreter kann weder dadurch, daß diese Gesellschaft kein Verschulden trifft, noch dadurch, daß sie den Entlastungsbeweis des § 831 BGB. führen könnte, entkräftet werden. Auch die Bestimmung in den Agentenverträgen, daß der Agent für seine Äußerungen bei Ausübung seiner Tätigkeit allein hafte, ist gegenüber dem Unterlassungsanspruche bedeutungslos. Die Strafbarkeit der Gesellschaftsorgane ist dadurch bedingt, daß die Handlung mit ihrem Wissen — nicht Vorwissen — erfolgte, es genügt, daß sie davon in irgendeinem Zeitpunkte Kenntnis erhielten. — Der Schadensersatzanspruch gegen den Agenten ist vom Nachweis eines Verschuldens nicht abhängig, der Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft kann dagegen nur unter den Voraussetzungen des § 831 BGB. erhoben werden. — Die §§ 14, 15 beziehen sich nur auf Tatsachenäußerungen, § 1 bezieht sich auch auf Urteile und Kritiken. Eine Kritik ist dann, wenn eine Nachprüfung möglich ist, zugleich eine Tatsachenbehauptung. Reine Kritiken fallen dann unter § 1, wenn sie gegen die guten Sitten verstoßen. Die Herabsetzung der Konkurrenz ist stets sittenwidrig.

6. **RG.** BayRpflZ. **13** 255. Lebensversicherungsprämien sind kein „Aufwand" im Sinne des § 240 Abs. 1 KO.

7. RegersE. **31** 410 (KG.). Das VVG. ist gegenüber den §§ 2, 24 PrG. über das Feuerversicherungswesen vom 8. Mai 1837 als das mildere im Sinne des § 2 Abs. 2 StGB. anzusehen.

8. **RG** (Strafs.) **45** 118, JDR. **10** zu § 51 VVG. unter I 2. Die Strafbestimmung des § 20 Abs. 1 PrG. vom 8. Mai 1837 ist durch § 51 VVG. aufgehoben.

9. Zustimmend Galli, DJZ. **12** 714.

10. **RG.** R. **12** Nr. 830. Durch das Verlangen des Angeklagten, der sich einem anderen gegenüber erboten hatte, er wolle dessen versichertes Haus anzünden, ihm einen Teil der Versicherungssumme zukommen zu lassen, kann das Tatbestandsmerkmal des § 49 a StGB., wonach das lediglich mündlich ausgedrückte Erbieten an die Gewährung von Vorteilen irgendwelcher Art geknüpft sein muß, nicht als

erfüllt gelten. Die Vorteile müssen eine selbständige, von der Verbrechensverübung unabhängige Natur haben, sie dürfen nicht lediglich in der Beteiligung an dem aus dem Verbrechen zu ziehenden Gewinne bestehen.

11. **RG.** GoltdA. **11** 192. § 277 StGB. ist anzuwenden, gleichviel, ob das Zeugnis als von einem beamteten oder einem nicht beamteten Arzt herrührend ausgestellt wird. Auch die Fälschung von Zeugnissen der ersteren Art fällt nur unter § 277, nicht unter § 267 StGB.

12. Über die ärztliche Schweigepflicht des Vertrauensarztes der Gesellschaft und § 300 StGB. vgl. unten zu § 160 VVG.

13. VAPV. **12** 116, DVersZ. **12** 77. Die Übernahme sämtlicher Kosten eines Strafprozesses durch den Haftpflichtversicherer ist zulässig, unzulässig dagegen die Mitübernahme der Kosten der Strafvollstreckung.

14. Wegen Firmenschutz und unlauteren Wettbewerb vgl. auch vor §§ 1 ff. VAG. unter I.

15. Vgl. auch zu § 1 VAG. unter II 1 (Heine) und II 2 (**RG.** GoltdA. **13** 275).

VIII. Firmen- und Registerrecht. 1. Lilie, Wann muß die Generalagentur einer Versicherungsgesellschaft als Zweigniederlassung zum Handelsregister angemeldet werden? ZVersWes. **13** 175. Die Voraussetzungen für die Eintragungspflicht sind folgende: a) Die Niederlassung muß außerhalb des Ortes des Hauptgeschäftes bestehen. b) Sie muß eine gewerbliche Einrichtung der Gesellschaft selbst und nicht eine solche des Agenten sein. Die Unkosten müssen grundsätzlich von der Gesellschaft getragen werden. c) Der Geschäftsbetrieb muß nach seiner Organisation auf längere Dauer berechnet sein. d) Die Niederlassung muß als Mittelpunkt wenigstens für einen bestimmten Kreis der geschäftlichen Beziehungen eingerichtet sein und gleichartige Geschäfte wie die Hauptniederlassuug betreiben. Nicht ist erforderlich, daß alle Zweige des Hauptgeschäfts betrieben werden. e) Die Zweigniederlassung muß gegenüber dem Hauptgeschäfte eine gewisse Selbständigkeit haben und muß so organisiert sein, daß sie auf Grund ihres Geschäftsbetriebes beim Wegfalle der Hauptniederlassung als eigene Handelsniederlassung fortbestehen könnte. α. Es müssen also von der Zweigniederlassung aus die wesentlichen Geschäfte selbständig abgeschlossen — nicht nur vermittelt — werden. β. Der Leiter der Zweigniederlassung muß äußerlich selbständig sein und eine gewisse Freiheit der Entschließung haben. Er darf nicht an die schematischen Anweisungen der Hauptniederlassung gebunden sein und muß ermächtigt sein, über die Erfüllung der von ihm abgeschlossenen Verträge bei Eintritt des Versicherungsfalls selbständig zu beschließen, also Ansprüche anzuerkennen, Vergleiche zu schließen usw. γ. Die Zweigniederlassung muß mit einem nach innen gesonderten Vermögen ausgestattet sein, es genügt nicht, daß sie blos als Zahlungsstelle die Prämien einzieht und die Entschädigungen auszahlt. δ. Es muß für die Zweigniederlassung eine besondere Buchführung bestehen. — Bei den Generalagenturen und Subdirektionen werden in der Regel nicht alle diese Eintragungsvoraussetzungen erfüllt sein.

2. Vgl. auch zu § 30 VAG., zu § 88 VAG. und vor §§ 43 ff. VVG. unter IV.

IX. Stempelrecht, Steuerrecht und Anlagezwang in Staatspapieren vgl. vor §§ 1 ff. VAG. unter IV und zu §§ 54 u. 59 VAG.

X. Wegen des Verhältnisses des Staates zum Versicherungswesen — Monopol- und Kartellfragen — vgl. vor §§ 1 ff. VAG. unter II und unter III.

XI. Wegen der Versicherungsstatistik vgl. vor §§ 1 ff. VAG. unter VII.

§ 1. (Vgl. JDR. **10** 1193.) Literatur: I. Begriff des Versicherungsvertrags: Wörner, Die Erweiterung des Versicherungsbegriffs, MittöffFeuerversAnst. **13** 179 ff. — Rohrbeck, Einiges zur Theorie der Versicherung,

MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 288 ff. — Weiß, Das Wesen der Versicherung, ÖsterrRev. **13** 87 ff., 101 ff. — Schneider, Der Begriff des Versicherungsverhältnisses, ÖsterrRev. **13** 26 ff. — Derselbe, Nochmals zum Begriffe des Versicherungsverhaltnisses, ÖsterrRev. **13** 81 ff. — v. Frankenberg, Haupt- u. Nebenversicherungen, Österr. Rev. **13** 309 ff., 314 ff.

II. Vertragsabschluß: Bartmann, Der Abschluß von Versicherungsverträgen bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. **13** 78 ff. — Biedermann, Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens von Willenserklärungen und Anzeigen im Versicherungsrecht unter Berücksichtigung der im Versicherungsverkehr üblichen Formvereinbarungen, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 241 ff. — Blumhardt, Die Willenserklärung im Versicherungsantrage, ÖsterrRev. **13** 19 ff. — Gottschalk, Der Abschluß des Versicherungsvertrags, ZVersWes. **12** 199 ff. — Derselbe, Der Abschluß des Versicherungsvertrags bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. **13** 663 ff. — Illemann, Anspruchsrechte der Versicherungsgesellschaften bei Verlust oder Beschädigung von Postsendungen, ZHandWissuPrax. **5** Heft 1. — Jasper, Ein Beitrag zur Bedeutung von Nachtragserklärungen, ZVersWes. **12** 93 ff. (s. zu § 159 VVG.). — Josef, Mündliche Abreden zwischen dem Agenten und dem Versicherungslustigen beim Antrag auf Versicherung, ZVersWes. **13** 395 ff. — Hanzlick, Zur Versicherung Minderjähriger, ZVersWes. **13** 251 ff. — MasRdsch. **25** 115 ff., Wer ist gesetzlich befähigt, als Versicherungsnehmer einen Versicherungsvertrag abzuschließen? — III. Versicherungspflicht: Dörstling, Die Versicherungspflicht im Privatrechte, ZVersWiss. **13** 602 ff., 814 ff. — Josef, Versicherung des Eingebrachten durch den Mann, LeipzZ. **12** 839 ff. — IV. Vertragsauslegung: Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 290 ff. — V. Nichtigkeit: Fuld, Die Versicherungsverträge mit ausländischen zum Versicherungsbetriebe nicht zugelassenen Gesellschaften, MittöffFeuerversAnst. **12** 203 ff. (s. zu § 4 VAG.). — Strecker, Privatrechtliche Gültigkeit der Versicherungsverträge der zum Geschäftsbetriebe nicht zugelassenen Versicherungsgesellschaften, R. **12** 365 ff. (s. zu § 4 VAG.). — VI. Anfechtbarkeit: Keup, Inwiefern ist die Sachschadenversicherung wegen Irrtums und wegen arglistiger Täuschung anfechtbar? Mitt öffFeuerversAnst. **13** Beih. 38 ff. — Dr. B., Das Widerspruchs- nnd Anfechtungsrecht des Versicherten, ÖsterrRev. **13**, 13 ff.

I. Begriff des Versicherungsvertrags. (Vgl. JDR. **10** 1193.) 1. Wörner, Die Erweiterung des Versicherungsbegriffs, MittöffFeuerversAnst. **13** 179 ff., betont, daß, wie bei der Sozialversicherung, so auch bei der Privatversicherung, insbesondere bei der Feuerversicherung mehr und mehr die Schadensprophylaxe an Bedeutung gewinne, daß infolgedessen die von dem französischen Versicherungstheoretiker Edmond About verfochtene Theorie, die Versicherung habe wiederherstellenden (schadenersetzenden) und vorbeugenden Charakter, an Berechtigung von Tag zu Tag gewinne.

2. Rohrbeck, Einiges zur Theorie der Versicherung, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 228 ff., polemisiert zunächst gegen die von Manes im Ergänzungsband seines Versicherungslexikons, von Marschner und von Krosta (JDR. **10** zu § 1 VVG. unter I 2) gegebenen Formulierungen des Versicherungsbegriffs. Nach ihm ist „Versicherung diejenige wirtschaftliche Einrichtung, die infolge ihrer besonderen technischen Grundlagen der Einzelwirtschaft innerhalb des Rahmens dieser Technik es ermöglicht, besonders zweckmäßig und vorteilhaft Kapital zu erwerben und zu erhalten, sich Renten zu sichern oder sich gegen wirtschaftliche Einwirkungen zu schützen, die ohne diesen Schutz ihr Vermögen verringern oder wenigstens ihr Einkommen zu schmälern geeignet wären". Der Verf. behandelt dann „die wirtschaftliche Natur des Menschen und die Versicherung", ferner das Wert- und Preisproblem und die Versicherung und schließlich das Versicherungswesen und die Kulturaufgaben der Zeit. Allgemein bestehe zwischen den Absichten und den Erfolgen der Versicherung ein unleugbarer Widerstreit und die Schattenseiten der Ausdehnung der Versicherung seien unverkennbar. Die Lebensversicherung habe ihren Charakter geändert: während früher die vorzüglich die Interessen der Familie wahrende Todesfallversicherung überwogen habe, werde jetzt immer häufiger die Form der gemischten Versicherung gewählt, welche den Einzelinteressen des Versicherungsnehmers besser diene. Außerdem wachse die Vorliebe für die Zwangsversicherung, bei welcher das

selbstverschuldete Unglück vom unverschuldeten grundsätzlich nicht geschieden werde, woraus sich dann eine oft bedenkliche Benachteiligung der wirtschaftlich kräftigeren Elemente ergebe. Ähnlich sei es bei der Unfallversicherung. Während infolge der gesteigerten Maschinenverwendung die persönliche Unfallgefahr wachse, werde durch die Unfallzwangsversicherung die selbständige Überlegung der Gefährdeten geschwächt. Für die Unfallverhütungsvorschriften habe die große Masse der dadurch begünstigten Arbeiter kein entsprechendes Verständnis. Ebenso sei es bei der Haftpflichtversicherung: die gesetzliche und vertragliche Haftpflicht werde zwar ständig erweitert, da aber die Haftpflichtversicherung sich entsprechend ausdehne, trete eine Stärkung des Verantwortlichkeitsgefühls und der Überlegung nicht ein. In der Feuerversicherung trete die vorbeugende Tätigkeit des Versicherungsnehmers noch am stärksten hervor. Bei der rein elementaren Hagelversicherung endlich werde infolge der Versicherung nicht selten die naturgemäße Bodenbenutzung — mit Rücksicht auf die ständige Hagelgefahr Viehzucht an Stelle von Getreidebau — verhindert. Die Ausdehnung der Versicherung habe also auch seine erheblichen Schattenseiten. Eine schrankenlose Ausdehnung der Versicherung sei weder wünschenswert noch möglich.

3. Wegen der Unzulässigkeit der Versicherung des subjektiven Liebhaberwerts s. VAPV. **12** 9 ff. (vgl. zu § 52 VVG.).

II. Vertragsabschluß. (Vgl. JDR. **10** 1194.) 1. Gottschalk, Der Abschluß des Versicherungsvertrags, ZVersWes. **12** 199 ff. a) Der Versicherungsantrag geht entweder vom Versicherer aus (z. B. bei der Versicherung durch Automaten) oder von dem Versicherungsnehmer. Der Antrag muß so bestimmt sein, daß der andere Teil durch seine Erklärung das Zustandekommen des Vertrags herbeiführen kann. Er muß daher die wesentlichen Merkmale des künftigen Vertrags enthalten, d. h.: die Gefahr, gegen welche Versicherung genommen werden soll; die Gegenstände oder Personen, welchen die Gefahr zustoßen kann; das Interesse an der Versicherung; die Dauer der Versicherung; die Höhe des Entgelts; die Leistung des Versicherers. b) Gegenüber sonstigen Vertragsanträgen weicht der Versicherungsantrag dadurch ab, daß schon mit ihm (§ 16 VVG.) und durch ihn (§ 160 VVG.) Pflichten des Antragstellers entstehen. Gleichwohl liegt ein echter Vertragsantrag vor. Die Antragsannahme kann in jeder beliebigen Form erklärt werden, ist nicht von der Aushändigung des Scheines abhängig. Die Frage der Annahme ist von der Frage des Beginns der Versicherung durch Einlösung der Police zu scheiden. Bedingungen, nach denen der Versicherungsvertrag erst mit der Zahlung der ersten Prämie wirksam wird, werden durch § 38 VVG. nicht ausgeschlossen. c) In der Annahme des Antrags unter Abänderung liegt ein neuer Antrag. § 150 Abs. 2 BGB. wird durch § 5 VVG. abgeändert. α. Ist die Ausstellung eines Versicherungsscheins ausgeschlossen, so greift lediglich das BGB. Platz. Schon in der vorbehaltlosen Annahme des eine Abweichung enthaltenden Bestätigungsschreibens oder in der Prämienzahlung kann eine Annahme des neuen Antrags liegen. β. Ist die Ausstellung eines Versicherungsscheins verabredet und die Verabredung des § 5 VVG. getroffen, erklärt aber der Versicherer schon vor der Aushändigung des Scheines die Annahme, z. B. telephonisch oder telegraphisch, so ist § 5 unanwendbar. γ. Ist die Vereinbarung des § 5 VVG. nicht oder doch ohne die Widerspruchsklausel getroffen, so gilt lediglich das Recht des BGB.: in der vorbehaltlosen Annahme des vom Antrag abweichenden Scheines oder in der Zahlung der Prämien kann eine Genehmigung des Policeninhalts liegen. δ. Liegen sämtliche Voraussetzungen des § 5 vor, so kommt der Vertrag durch die Annahme des in dem Scheine liegenden neuen Antrags zustande. Die Frist des § 5 ist eine gesetzliche Annahmefrist, deren Versäumung — abweichend von §§ 146, 148 BGB. — als Annahme gilt. Bis zu der Genehmigung des abweichenden Scheines bezügl. bis zum Ablaufe der Annahmefrist ist der Vertrag noch nicht zu-

stande gekommen. Der Versicherer haftet also nicht, wenn inzwischen der Versicherungsfall eintritt. Dies gilt auch, wenn der Versicherungsnehmer schon die erste Prämie gezahlt hat. Denn durch die Prämienzahlung wird das Widerspruchsrecht des Versicherungsnehmers nicht beseitigt. — § 5 gilt auch, wenn die dem Versicherungsscheine beigefügten Allgemeinen Versicherungsbedingungen andere sind als die des Antrags. d) Der zeitliche Umfang der Bindung des Versicherungslustigen ergibt sich aus §§ 145, 147 Abs. 2 BGB., § 81 VVG. e) Die Annahmeerklärung des Versicherers muß dem Versicherungsnehmer zugegangen sein. Es genügt nicht, wenn der Versicherer sie seinem Agenten zur Aushändigung übersendet. Eine Ausnahme von der Zugangstheorie ist § 10 VVG. § 10 ist aber auf den werdenden Vertrag, auf die Annahmeerklärung unanwendbar.

2. Wegen des Abschlusses von Verträgen mit den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten s. Gottschalk, MittöffFeuerversAnst. **13** 663 ff., und Bartmann, MittöffFeuerversAnst. **13** 78 ff., vgl. zu § 192 VVG.

3. Biedermann, Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens von Willenserklärungen und Anzeigen im Versicherungsrecht unter Berücksichtigung der im Versicherungsrecht üblichen Formvereinbarungen, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 241 ff. Beim Versicherungsvertrag ist es erforderlich, daß der Versicherer ständig über den Umfang seines Risikos genau unterrichtet ist. Deshalb findet hier ein besonders lebhafter Austausch von Erklärungen statt. Diese Erklärungen sind zum Teil Willenserklärungen im Sinne der §§ 116 ff. BGB., zum Teil nur Mitteilungen, Erklärungen zur Kenntnisnahme. A. Da das Gesetz für die einzelnen Erklärungen keine Form vorschreibt, können sie auch mündlich erfolgen und werden dann mit dem Aussprechen wirksam. § 81 VVG. enthält eine Ausnahme von § 147 BGB. B. In der Zeit zwischen der Äußerung und dem Zugehen der Erklärung kann diese verstümmelt werden, Verzögerungen erleiden, ganz verloren gehen. Wann wird sie wirksam? Bis wann trägt der Absender die Gefahr? 1. Für empfangsbedürftige Erklärungen gilt § 130 BGB. Wird ein Brief in der Wohnung des Adressaten einem Dienstboten oder Familienangehörigen übergeben und kommt er dann weg oder wird er uneröffnet liegen gelassen, so gilt die Erklärung als abgegeben. Das Einlegen in den Briefkasten darf aber nicht zur Unzeit oder trotz Verbots erfolgen. Ein an einem Sonntagnachmittag in einen Geschäftsbriefkasten geworfener Brief gilt als erst am folgenden Morgen zugegangen. Eingeschriebene Sendungen gehen zu, wenn sie dem Adressaten oder einem Bevollmächtigten ausgehändigt werden. Kann die Aushändigung nicht erfolgen, weil in der als Bestellungsort bezeichneten Räumlichkeit weder der Adressat noch ein Bevollmächtigter angetroffen wird, so ist die Erklärung dem Adressaten nicht zugegangen. Wird die Annahme von seiten eines erwachsenen Familienmitglieds verweigert, so ist dies einer vorsätzlichen Verhinderung des Zugehens von seiten des Adressaten gleichzustellen. Wegen der Übermittlung durch den Gerichtsvollzieher vgl. § 132 BGB. — Der Versicherer ist, da er aus der Versäumung von Pflichten Rechte herleitet, zur steten Annahmebereitschaft zwar nicht verpflichtet, er kann aber keine Rechte daraus herleiten, daß er nicht annahmebereit war. In geringerem Maße gilt dies auch vom Versicherungsnehmer. — Geht die Erklärung nicht zu, weil der Adressat dies verhindert, so muß er sich so behandeln lassen, als sei sie ihm zugegangen. Vgl. auch § 10 VVG. 2. Bei den Erklärungen zur Kenntnisnahme gilt ebenfalls § 130 BGB. Ein fingiertes Zugehen sieht § 104 VVG. vor. Die nicht zugegangene Anzeige ist nicht wirksam. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Anzeigepflicht unter allen Umständen verletzt wäre. Vielfach tritt die Rechtsfolge der Nichterfüllung nur bei schuldhafter Nichterfüllung ein. Außerdem schließt die Anzeigepflicht nicht schlechthin die Gefahr der Übermittlung in sich. Die Gefahr der Übermittlung trifft den Versicherer. — Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Anzeigepflicht zu regeln, ist im allgemeinen der Parteiverein-

barung überlassen, so hinsichtlich der Vertragsstrafe (s. aber § 343 BGB.) und der Kündigung. Dieses Parteibelieben ist aber durch §§ 6, 33 VVG. eingeschränkt. Die Folgen einer Verletzung der Anzeigepflicht von Gefahrumständen regeln die §§ 16 ff. VVG. C. Wenn im Vertrag eine bestimmte Form für die Erklärungen oder für ihre Übermittlung vorgesehen wird (Formular! Erklärung nur gegenüber der Direktion!), so darf sich der andere Teil nicht ohne weiteres über sie hinwegsetzen, an die Nichtbeobachtung dürfen aber zu schwere Folgen nicht geknüpft werden, sofern bei der gewählten Erklärungsart der mit der Vorschrift beabsichtigte Erfolg erreicht worden ist. 1. In der Vertragsbestimmung, daß eine Erklärung direkt an den Versicherer zu richten sei, liegt eine Einschränkung der dem Agenten nach § 43 VVG. an sich zustehenden Vollmacht. Dem Versicherungsnehmer gegenüber sind solche Einschränkungen wirksam, sofern er sie kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt (§ 47 VVG.). Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die Einschränkung in den Bedingungen deutlich zum Ausdrucke gekommen ist, der Versicherungsnehmer die Bedingungen aber nicht gelesen hat. Die Bedingungen sind — darauf achtet das Kaiserl. Aufsichtsamt für Privatversicherung — in der Regel durch Hervorhebung der Überschriften u. dergl. so übersichtlich gestaltet, daß auch der weniger gewandte Versicherungsnehmer sich darin zurechtfinden kann. Die binnen 24 Stunden an die Direktion zu richtende Anzeige des Einbruchsdiebstahls ist schuldhaft unterlassen, wenn sie nur an die Generalagentur gesandt wird, obwohl die Bedingungen ganz unzweideutig sind. 2. Ist Schriftlichkeit ausbedungen, so ist eine mündlich abgegebene Erklärung im Zweifel unwirksam. Für Willenserklärungen ergibt sich das aus § 125 BGB. Der Versicherer hat wegen des Umfanges seines Geschäftsbetriebs das größte Interesse an festen schriftlichen Unterlagen für seine Entschließungen. Veranlaßt der Empfänger einer nicht formgerechten Willenserklärung etwas darauf, so liegt darin in der Regel ein Verzicht auf die Rüge des Formmangels. — Bei den Mitteilungen zur Kenntnisnahme ist die Nichtbeachtung der Schriftform milder zu beurteilen. Es kommt darauf an, ob mit der mündlich erstatteten Anzeige der Zweck, dem Gegner sichere Kenntnis zu verschaffen, erreicht ist. Dies ist zu verneinen, wenn eine Anzeige mündlich bei dem Agenten erfolgt. Gibt der Agent aber diese mündliche Anzeige schriftlich an die Gesellschaft weiter, so liegt darin eine Geschäftsführung für den Versicherungsnehmer. Für ein Verschulden des Agenten bei der Absendung haftet der Versicherungsnehmer. Der Anzeigepflicht ist erst mit der Absendung der schriftlichen Anzeige durch den Agenten genügt. Insoweit das Gesetz vorschreibt, (§§ 16, 24, 33 VVG.), daß die irgendwie erlangte Kenntnis des Versicherers die Geltendmachung der Folgen der Verletzung der Anzeigepflicht ausschließt, kann sich der Versicherer nicht auf die Formvorschrift berufen. 3. Ist für die Anzeige die Benutzung eines bestimmten Formulars vorgeschrieben, so hat die Nichtbeachtung keine Nachteile zur Folge, sofern die Anzeige alle wesentlichen Angaben enthält. 4. Durch die Vereinbarung eigenhändiger Unterschrift erreicht der Versicherer nicht unbedingt, daß der Versicherungsnehmer persönlich unterschreibt. Es genügt, wenn er eine eigenhändige Unterschrift ohne jeden Zusatz vollziehen läßt. So das RG. Die Entscheidung bringt manche Gefahren mit sich. 5. In der Vereinbarung, daß gewisse Erklärungen mittels eingeschriebenen Briefes zu erfolgen haben, liegt die Vereinbarung einer bestimmten Form der Erklärung selbst und die Vereinbarung einer bestimmten Form der Übermittlung. Wird die Erklärung statt schriftlich mündlich abgegeben, so gilt das oben über den Mangel der verabredeten Schriftform Gesagte. Die eingeschriebene Übermittlung hat folgende Zwecke: a) besonders sorgfältige postalische Behandlung, b) Pauschalschadensersatz, c) persönliche Aushändigung an den Adressaten oder an einen zur Entgegennahme von Postsendungen befugten Vertreter, d) Quittung des Empfängers. Die Beobachtung der besonderen Übermittlungsform liegt, soweit a, b, d in Betracht kommen, im Interesse des-

jenigen, der die Gefahr der Übermittlung trägt, d. h. bei Willenserklärungen im Interesse des Absenders, bei den Anzeigen im Interesse des Empfängers. Soweit der Empfänger die Gefahr trägt, genügt der Absender seiner Anzeigepflicht nicht schlechthin mit der Anzeige, sondern erst mit der ordnungsmäßigen. Geht der Brief verloren, so hat er nicht angezeigt. Erreicht er dagegen, mag er eine Erklärung oder eine Anzeige enthalten, ordnungsmäßig und rechtzeitig sein Ziel, so kann sich der Empfänger nach Treu und Glauben nicht auf die leere Form berufen. Durch die Einschreibeklausel wird aber weiter bezweckt, daß der Brief dem Adressaten erst mit der Aushändigung an ihn selbst oder an seinen Vertreter „zugeht", also erst mit dem Zeitpunkte der Kenntnisnahme: Der Zeitpunkt des Zugehens ist zugunsten des Adressaten verschoben. Wird die Willenserklärung durch einfachen Brief zugesandt, so wird sie daher erst mit dem Augenblicke der wirklichen Aushändigung an den Adressaten wirksam. Vgl. **RG.** VAPV. **07** Anh. 5. Die Form des eingeschriebenen Briefes ist für den Empfänger auch ein Hinweis auf die besondere Bedeutung des Inhalts, ein Anlaß zur beschleunigten Erledigung. Den Schaden, der dem Empfänger durch Verzögerungen entsteht, weil er den einfachen Brief nicht sofort erledigt, trägt der Absender. 6. Vereinbarungen, daß eine auf das Vertragsverhältnis bezügliche Erklärung dem Erklärungsgegner schon dann als zugegangen gelten sollen, wenn sie in einem Briefe an seine Adresse abgesandt sind, sind wirksam — gegen Reichel, DJZ. **16** 1534 ff. —, kommen aber im Versicherungsrechte kaum vor. 7. In dem Verlangen telegraphischer Anzeige des Versicherungsfalls liegt außer der Vereinbarung der Schriftform noch die einer äußerst raschen Übermittlungsform. Ein gewöhnlicher Brief bringt stets Verzögerungen mit sich; für den dadurch entstehenden Schaden haftet der Absender.

4. Über den Vertragsabschluß bei Abonnementsversicherungen insbesondere vgl. unten zu § 6 VVG. unter V.

5. Über das Zustandekommen des Schlachtviehversicherungsvertrags durch Erklärung des Agenten vgl. unten zu § 43 VVG. Ziff. 3 unter 1 (Colmar).

6. Hanzlick, Zur Versicherung Minderjähriger, ZVersWes. **13** 251 ff. Versicherungsverträge mit Minderjährigen, welche länger als ein Jahr nach der Vollendung des 21. Lebensjahrs fortdauern sollen (§§ 1822 Abs. 5, 1643 BGB.), sind nur dann wirksam, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorliegt oder nachträglich beigebracht wird (§ 1829 BGB.). Der Versicherer kann dies aber dadurch umgehen, daß er den gesetzlichen Vertreter veranlaßt, die Versicherung nach §§ 74 ff., 179 VVG. im eigenen Namen, aber für Rechnung des Minderjährigen abzuschließen.

7. Über die Person des Versicherungsnehmers bei der Kollektivunfall (Schüler-) versicherung vgl. VAPV. **12** 112.

8. Wer ist gesetzlich befähigt, als Versicherungsnehmer einen Versicherungsvertrag abzuschließen? MasVersRdsch. **25** 125 ff. Der Aufsatz gibt eine Übersicht darüber, wer bei Abschluß eines Versicherungsvertrags für juristische Personen, Verbände, Gesellschaften und Vereinigungen des öffentlichen Rechtes oder des Privatrechts zur Vertretung des Versicherungsnehmers berufen ist.

9. **RG.** VersAnn. **13** 161. Der Regimentskommandeur ist bei Versicherungen des Regiments gegen die aus dem Krümperfuhrwerksbetriebe sich ergebende gesetzliche Haftpflicht der verfassungsmäßig berufene Vertreter der Heeresverwaltung.

10. Wegen mittelbarer Stellvertretung beim Versicherungsvertragsabschlusse vgl. Josef, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 177 ff., s. unten zu § 81 VVG.

11. Über Unfallversicherungsverträge für Mitglieder freiwilliger Feuerwehren

vgl. MasVersRdsch. **24** 211 ff., bes. 220. Die Verträge sind nicht mit den Feuerwehren selbst, sondern mit den Gemeinden abzuschließen.

12. J o s e f, Mündliche Abreden zwischen dem Agenten und dem Versicherungslustigen beim Antrag auf Versicherung, ZVersWes. **13** 395 ff. s. zu § 43 VVG. Ziff. 1 unter III 1.

13. VAPV. **12** Nr. 661, ZVersWes. **12** 412 (Karlsruhe). Wenn der Versicherungsnehmer mit dem Agenten mündlich vereinbart, daß der Abschluß des Haftpflichtversicherungsvertrags davon abhängig sei, daß auch der Unfallversicherungsvertrag zum Abschlusse komme, so ist dies dem Versicherer gegenüber wirksam, auch wenn der Versicherungsinspektor die Anträge an den Versicherer ohne diesen Bedingungszusatz weitergegeben hat. Dies gilt auch, wenn in den Versicherungsbedingungen die Gültigkeit mündlicher Nebenabreden ausgeschlossen wird. Denn es liegt dann nicht eine N e b e n abrede vor, vielmehr die Vereinbarung einer Bedingung für die Wirksamkeit des ganzen Vertrags.

14. Hierzu P e t e r s e n, Rechtsprechung, ZVersWiss. **13** 108.

15. VAPV. **13** Nr. 770 (Nürnberg). Die Frage, wann der Versicherungsvertrag als abgeschlossen zu gelten hat, läßt sich nicht auf Grund der §§ 3, 5, 35 VVG. beantworten, sondern nur auf Grund der §§ 145 ff. BGB. und, bei der Feuerversicherung, des § 81 VVG. Sowohl der Antrag, wie die Annahme sind empfangsbedürftige Willenserklärungen, der Vertrag ist daher noch nicht abgeschlossen, wenn der Versicherer die Annahme des ihm übermittelten Antrags für sich beschließt oder durch die Unterschrift des Versicherungsscheins und durch die Ergänzung seiner Listen äußert oder diesen Schein seinem Beamten zur Beförderung an den Antragsteller übergibt. Erst mit der Aushändigung des Scheines wird der Vertrag wirksam (§ 130 BGB.). Für die Anwendung des § 151 BGB. fehlen im Versicherungsverkehre die Voraussetzungen. Fraglich kann nur sein, ob der Antrag nicht nach §§ 146—149 BGB., § 81 VVG. schon erloschen war. Der Zeitpunkt des Erlöschens bestimmt sich im Falle des § 151 BGB. nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden. Bei der Feuerversicherung gilt die Frist des § 81 VVG., welche unter Abwesenden mit der Absendung des Antrags beginnt — und zwar im Falle der Absendung an den Agenten schon mit der Absendung an diesen. Dies gilt auch, wenn der Agent selbst der Antragsteller ist und seinen eigenen Antrag als Agent des Versicherers entgegennimmt. § 181 BGB. steht nicht entgegen. Nach Ablauf der mit diesem Zeitpunkte beginnenden Frist ist der Antrag erloschen, ohne daß es auf einen von dem zwingenden § 82 VVG. etwa abweichenden Willen des Antragstellers ankäme. Die verspätete Annahme des erloschenen Antrags gilt dann als neuer Antrag und mußte dem Versicherungsnehmer erst zugehen, ehe er angenommen werden konnte. Wenn zur Zeit des Zugehens dieses neuen, nunmehr vom Versicherer gestellten Antrags der Versicherungsfall schon eingetreten und dem Versicherungsnehmer schon bekannt war, so ist der Versicherer nach § 2 Abs. 2 VVG. von der Leistung frei, selbst wenn ihm der Versicherungsnehmer schleunigst die Annahme des neuerlichen Gegenantrags erklärt.

16. SächsOLG. **33** 262 (Dresden). Wenn der Versicherungsnehmer dem Versicherungsinspektor einen Antrag auf Lebensversicherung und einen auf Krankenversicherung als voneinander abhängige Anträge übergibt, so kann der Versicherer nur alle Anträge oder keinen annehmen. Dies gilt auch dann, wenn der Versicherungsinspektor nur den einen Antrag an den Versicherer weitergegeben hat. Der Inspektor ist für die Übermittlung der Anträge nur Bote. Daran vermag auch ein vorgedruckter Vermerk auf dem Lebensversicherungsantrage, wonach Nebenabmachungen mit dem Vertreter der Gesellschaft gegenüber unverbindlich sind, nichts zu ändern. Denn dadurch werden nur Abmachungen getroffen, welche von den

Versicherungsbedingungen abweichen, nicht aber Abmachungen, durch welch der Versicherungsantrag eingeschränkt, von einer Bedingung abhängig gemacht wird.

17. Petersen, Entscheidungen, ZVersWiss. **13** 107, wendet sich gegen die Entsch. des OLG. Dresden: wenn der Versicherungsnehmer gleichzeitig drei Anträge stellt, auf Lebens-, Invaliditäts- und Krankenversicherung dergestalt, daß die Anträge voneinander abhängig sein sollen, und übermittelt der Agent sie nicht als voneinander abhängige Anträge, so kann der Versicherungsnehmer den Vertrag nur nach §§ 120, 122 BGB. anfechten.

18. Mitwirkung des Vertrauensarztes einer Versicherungsgesellschaft und Bedeutung von Belehrungen, die er über die Fragen des Antragsformulars gibt. **RG.** LeipzZ. **12** 777, WallmVersZ. **46** 145, VAPV. **13** Nr. 725, MasVersRdsch. **25** 21, R. **12** Nr. 2601. Der Vertrauensarzt der Gesellschaft soll dazu mitwirken, daß die Beantwortung der Fragen des Formulars nicht laienhaft erfolgt, sondern daß sie den Kern der Frage trifft. Die Belehrungen des Vertrauensarztes haben daher weitergehende Bedeutung als die eines Agenten. Gewiß darf der Antragsteller sich auch durch den Arzt nicht zu einer wissentlich unwahren Angabe verleiten lassen. Wenn er aber wahrheitsgemäße Angaben macht und der Sachverständige vom medizinischen Standpunkt aus die Aufnahme in die Deklaration für nicht erforderlich erachtet, so entlastet dies den Antragsteller.

19. OLG. **24** 217, R. **12** Nr. 2437 (KG.). Die Zusendung der Polize enthält die stillschweigende Annahme des Versicherungsantrags.

20. Über den Abschluß des Hagelversicherungsvertrags vgl. VAPV. **13** Anh. 85 (Marienwerder), s. zu § 108 VVG.

III. Versicherungspflicht und Verwandtes. 1. Dörstling, Die Versicherungspflicht im Privatrecht, ZVersWiss. **13** 602 ff., 814 ff. § 1. Das bürgerliche Recht kennt zahlreiche Fälle einer privatrechtlichen Versicherungspflicht. § 2. Zweck der Versicherungspflicht ist nicht, den Verpflichteten zahlungsfähig zu erhalten, der Versicherungspflichtige soll vielmehr dadurch die Gefahr decken, welche ein anderer trägt. Derjenige, der die Gefahr trägt, ist nicht versicherungspflichtig. § 3. Voraussetzungen der Versicherungspflicht: Sie ist klar ausgesprochen im § 1045 BGB. für den Nießbraucher, klar verneint im § 390 HGB. für den Kommissionär. In den übrigen Fällen kommt es darauf an, ob die Versicherungsnahme einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Dies beurteilt sich nach dem Werte des betr. Gegenstandes, nach der ihn bedrohenden Gefahr und nach der Zeitdauer, während welcher der Verpflichtete die Sorge übernimmt. Wesentlich ist, ob die Versicherung „üblich" ist. Die Feuerversicherung von Gebäuden ist allgemein üblich, die von Fahrnis meistens auch. Eine Hagelversicherung ist grundsätzlich nicht üblich. Eine Viehversicherung ist — namentlich für kleinere Landwirte — für Rindvieh und Pferde üblich. Die Transportversicherung ist für den Kaufmann üblich, die Automobilversicherung für den Automobilbesitzer, die Einbruchsdiebstahlversicherung für Juweliere, die Glasversicherung für Geschäftshäuser, die Haftpflichtversicherung für größere gewerbliche Anlagen, geschäftliche Betriebe, Automobilbesitzer, die Rückversicherung für Versicherungsgesellschaften. § 4. Inhalt und Umfang der Versicherungspflicht besteht vielfach darin, daß für die Aufrechterhaltung bestehender Versicherungsverträge gesorgt wird. Oft ist die Versicherung auch erst neu zu nehmen. Die Versicherungspflicht kann sich auch auf den imaginären Gewinn beziehen. Stets muß als Versicherer eine „als erstklassig bekannte Gesellschaft" gewählt werden. Die Versicherung ist bald Versicherung im eigenen Namen für eigene Rechnung, bald Versicherung für fremden Namen für fremde Rechnung, bald Versicherung im eigenen Namen für fremde Rechnung. Da die Ersatzsumme einem anderen als dem Versicherungspflichtigen zukommen soll, darf der Versicherungspflichtige die

Versicherung im eigenen Namen und für eigene Rechnung nur abschließen, wenn dem anderen kraft Gesetzes dingliche Rechte an der Versicherungsforderung zustehen. Die üblichste Versicherungsform wird aber die der Versicherung im eigenen Namen für fremde Rechnung (§§ 74 ff. VVG.) sein. § 5. Das Unterlassen der Versicherungsnahme ist Verletzung einer Sorgfaltspflicht, sei es in vorsätzlicher, grob fahrlässiger oder in leicht fahrlässiger Weise. Keine Art der Schädenvorbeugung vermag das Unterlassen der Versicherungsnahme völlig zu entschuldigen. Anders ist es mit der sog. Selbstversicherung, der sog Eigendeckung, wenn also jemand, der eine große Anzahl gleichartiger Risiken hat, in seinem eigenen Vermögen einen der Prämien entsprechenden Betrag beständig zurücklegt zu einem Schädendeckungsfonds. Diese Selbstversicherung ist ein vollwertiges Surrogat echter Versicherung. Dem Unterlassen der Versicherungsnahme steht es gleich, wenn der Verpflichtete sich solche Fehler zuschulden kommen läßt, welche die Unwirksamkeit des Vertrags oder das Freisein des Versicherers von der Leistungspflicht zur Folge haben. Die Folgen des schuldhaften Nichtversicherns sind einerseits: die Verpflichtung zum Schadensersatz in Höhe der wahrscheinlichen Entschädigungssumme unter Abzug der ersparten Prämien, falls der Versicherte die Kosten zu tragen gehabt hätte; andererseits: die Berechtigung des Nichtversicherten, auf Kosten des Nichtversicherungsnehmers selbst die Versicherung zu nehmen. Die den Einzelfällen charakteristischen Rechtsfolgen unterlassener Versicherung werden im besonderen Teile (§§ 6—10) behandelt. § 6 behandelt die Versicherungspflicht bei *dinglichen Rechtsverhältnissen*. 1. *Beim Nießbrauch* (§§ 1045, 1046, 1080 BGB.) liegt eine Versicherung im eigenen und fremden Interesse vor, der Nießbraucher tritt nicht als Vertreter auf. Versichert werden nur Sachen und Rechte. Mit *Gierke*, *Biermann* und *Greiff-Planck* wird die Pflicht zur Hagelversicherungsnahme bejaht. Da aber die Früchte mit der Trennung in das Eigentum des Nießbrauchers *oder* in das des Substanzeigentümers fallen — je nachdem der Versicherungsfall noch während des Nießbrauchs oder später eintritt —, liegt eine Versicherung für fremde *oder* eigene Rechnung vor. Am einfachsten ist es, wenn der Nießbraucher die Versicherung für eigene Rechnung im eigenen Namen abschließt. Wird der Nießbrauch beendigt, so gehen Rechte und Pflichten aus der Versicherung auf den Eigentümer über, der Versicherer kann ihm während der laufenden Versicherungsperiode nicht kündigen. — Zur Haftpflichtversicherungsnahme ist der Nießbraucher nicht verpflichtet; hat der Eigentümer schon versichert, so bleibt die Versicherung für ihn bestehen, soweit er während des Nießbrauchs die Gefahr trägt (z. B. nach § 836 BGB.), soweit dagegen die Gefahr auf den Nießbraucher übergeht (z. B. nach § 833 BGB.), tritt der Nießbraucher — sofern es sich um einen geschäftlichen Betrieb handelt — in die Rechte und Pflichten des Versicherungsnehmers ein (§ 151 VVG.). — Der dinglich Wohnungsberechtigte ist nach § 1039 BGB. nicht versicherungspflichtig. 2. Die Versicherungspflicht des *Eigentümers eines verhypothezierten Grundstücks* wird entgegen der herrschenden Ansicht auf Grund von § 1134 BGB. bejaht. Der Eigentümer hat die Versicherung im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu nehmen, der Hypothekar ist durch die §§ 1127 ff. BGB., §§ 99 ff. VVG. hinreichend gesichert. Die Versicherungspflicht bezieht sich nur auf Sachen und Rechte. Die Hypothek erstreckt sich auf die Versicherungsforderungen für alle der Hypothek unterliegenden Gegenstände, also auch auf die Versicherungsforderung für bestehende, aber nicht bezahlte Mietzinsen, nicht aber auf die für Mietzinsverluste, d. h. für Verluste, welche der Eigentümer durch das Nicht*bestehen* von Mietzinsansprüchen, durch das Leerstehen der Wohnung erleidet. 3. Genau so ist es bei *Grund- und Rentenschulden* und bei *Reallasten*. 4. Beim *Erbbaurechte* besteht keine Versicherungspflicht, der Berechtigte übernimmt aber oft vertraglich die Pflicht zur

Versicherungsnahme. 5. Beim Fahrnispfand besteht keine Versicherungspflicht des Eigentümers. Und wenn er freiwillig versichert, erstreckt sich das Pfandrecht nicht auf die Versicherungsforderungen. Auch der Pfandgläubiger ist nicht versicherungspflichtig, er ist nur zur Verwahrung, nicht zur Erhaltung des Pfandes verpflichtet. Anders beim gewerblichen Pfandleiher: er ist nach den meisten Landesgesetzen — öffentlich-rechtlich! — zur Versicherungsnahme gegen Feuer und Einbruchsdiebstahl verpflichtet. 6. Der Finder ist nach § 966 BGB. auch zur Versicherungsnahme verpflichtet. Die Versicherung wird als Versicherung für fremde Rechnung, am einfachsten „für Rechnung wen es angeht" genommen. Diese Versicherungspflicht wird aber praktisch nur bei stark qualifizierten, insbesondere hochwertigen Objekten. 7. Beim Besitz ist zu unterscheiden. a) Der redliche Eigenbesitzer ist frei von jeder Haftung, er braucht auch nicht zu versichern. Bei redlichem Fremdbesitze richtet sich das Vorhandensein einer Versicherungspflicht nach dem dem Fremdbesitze zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse (Nießbrauch, Fahrnispfand usw.). b) Nach Eintritt der Rechtshängigkeit ist der Besitzer versicherungspflichtig. Die Versicherung erfolgt für eigene Rechnung oder noch zweckmäßiger „für fremde oder eigene Rechnung". Ersterenfalls hat der siegreiche Eigentümer kein Aussonderungsrecht im Konkurse des Besitzers, letzterenfalls hat er es. c) Der unredliche Besitzer ist zur Versicherungsnahme verpflichtet, ebenso d) der deliktische Besitzer. — Was hinsichtlich des Besitzers gilt, gilt nach § 1007 BGB. auch hinsichtlich des frühern Besitzers und nach § 2023 BGB. hinsichtlich des Erbschaftsbesitzers. § 7. behandelt die Versicherungspflicht bei obligatorischen Rechtsverhältnissen 1. Beim Gläubigerverzug ist der Schuldner zur Versicherungsnahme und -erneuerung nach §§ 300, 304 BGB. verpflichtet, es sei denn, daß das Unterlassen bei der „wirtschaftlichen Qualifikation" der zu leistenden Sache keine grobe Fahrlässigkeit enthalten würde. Bei Gläubigerverzug des Käufers nach Handelsrecht (§§ 373, 374, 347 HGB.) hat der Verkäufer „in sicherer Weise" zu hinterlegen und, sofern dies kaufmännischer Sorgfalt entspricht, bei der Hinterlegung auch für Versicherung zu sorgen. Was die Art und Weise der Versicherung anlangt, so genügt es, wenn der Schuldner dafür sorgt, daß die vorhandene für eigene Rechnung genommene Versicherung nicht unwirksam wird. Tritt dann während des Verzugs der Versicherungsfall ein, so ist der Versicherer zur Zahlung der Entschädigungssumme an den Schuldner verpflichtet. Der Versicherer kann die Leistung nicht mit der Begründung verweigern, der versicherte Schuldner habe infolge des Gefahrüberganges kein Interesse mehr an der Sache: Das Interesse des versichernden Schuldners bestehe darin, daß er infolge seiner Versicherungspflicht zur Auskehrung der Entschädigungssumme an den Gefahrtragenden verpflichtet sei (**RG. 26 217 ff.**). 2. Beim Rücktritt (§§ 347, 350 BGB.) sind beide Vertragsgegner zur Versicherungsnahme verpflichtet. 3. Bei der Miete besteht keine Versicherungspflicht. 4. Das gleiche gilt bei der Pacht, und zwar auch in den Fällen der §§ 586—588. 5. Bei der Leihe hat der Entleiher die Pflicht zur Versicherungsnahme, und zwar als Versicherer für fremde Rechnung. 6. Bei der Verwahrung (§ 688 BGB.), dem Kommissions-, Speditions- und Lagergeschäft (§§ 390, 407, 417 HGB.) besteht an sich keine Versicherungspflicht. Es kann aber ein stillschweigend erteilter Auftrag zur Versicherungsnahme vorliegen. Handelsgebräuche spielen dabei eine wesentliche Rolle. So übernimmt der Spediteur durch die Berechnung einer Assekuranzprämie die Verpflichtung, für die Transportversicherung des Gutes Sorge zu tragen. Und dem Lagerhalter ist ein Auftrag zur Versicherung schon dadurch erteilt, daß der Wert der Sache in den Begleitpapieren angegeben ist. 7. Beim Werkvertrage besteht grundsätzlich keine Versicherungspflicht, es sei denn, daß sich in gewissen Kreisen ein abweichender Gebrauch herausgebildet hat, wie z. B. im Berliner Pelzhandel über die Versicherung gegen Feuer

und Diebstahl. 8. Auch im Falle einer Verpflichtung zur Vorlegung von Sachen an einem anderen Orte kann der Besitzer zum Nehmen einer Transportversicherung verpflichtet sein. 9. Beim Kaufe ist zu unterscheiden. a) Ist der Kauf aufschiebend bedingt abgeschlossen oder zwar unbedingt abgeschlossen, soll aber das Eigentum erst später übergehen, so besteht keine Pflicht des Käufers zur Versicherungsnahme. Anders beim auflösend bedingten Kaufe: hier hat der Käufer die Pflicht, eine Versicherung zu nehmen, sofern der Verkäufer ein unmittelbares wesentliches Interesse an der Versicherung hat. Die wirtschaftliche Qualifikation des Objektes zur Versicherung wird aber oft fehlen, besonders, wenn die auflösende Bedingung mit aller Wahrscheinlichkeit binnen kurzem eintreten wird. b) Besonderheiten gelten ferner bei denjenigen Verkaufsfällen, für welche das Gesetz den Gefahrübergang besonders geregelt hat. Im Falle des § 446 BGB. ist die Versicherungspflicht zu verneinen. Ebenso ist es beim Erbschaftskauf (§ 2380 BGB.) und beim Versendungskaufe (§ 447 BGB.). Bei letzterem werden aber die Verhältnisse oft so liegen, daß der Versender infolge eines ausdrücklichen oder stillschweigenden handelsgebräuchlichen Auftrags zur Versicherungsnahme verpflichtet ist. c) Wenn endlich der Käufer eine ihm zugegangene Ware zwar abnimmt, aber nicht annehmen will, so hat der Käufer bei entsprechender wirtschaftlicher Qualifikation der Ware die Pflicht zur Versicherungsnahme. Dies gilt sowohl im Falle des § 379 HGB., als auch für den nicht handelsrechtlichen Kauf und im Falle des § 362 Ab. 2 HGB. Der Empfänger unbestellter Zusendungen endlich ist nie versicherungspflichtig. 10. Dienstvertrag, Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag. Wer durch Dienstvertrag oder Auftrag die Verwaltung eines fremden Vermögens übernommen hat — Prokurist, Handelungsbvollmächtigter, Direktor einer Aktiengesellschaft, Vorstand eines Versicherungsvereins —, wird sehr oft zur Versicherungsnahme (Feuerversicherung, Rückversicherung, Unfall- und Haftpflichtversicherung) verpflichtet sein und muß dann als Stellvertreter abschließen. Ebenso der zur Geschäftsführung bestellte Gesellschafter. Der Korrespondentreeder ist zur Versicherungsnahme für die Fracht, Ausrüstungskosten und Havereigelder verpflichtet. Der auftraglose Geschäftsführer ist je nach Lage des Falles zur Versicherungsnahme verpflichtet. Im § 8 wird die Versicherungspflicht bei familienrechtlichen Verhältnissen besprochen. 1. Eheliches Güterrecht: Bei der Verwaltungsgemeinschaft ist der Ehemann zur Versicherungsnahme verpflichtet (§ 1374) und zwar auf seine Kosten (§ 1385). Die Versicherung ist eine solche für fremde und eigene Rechnung. Wenn anstatt dessen der Mann die Versicherung im eigenen Namen und für eigene Rechnung genommen hatte und dabei das eingebrachte Gut irrtümlich als sein Eigentum bezeichnet hatte, ist die Versicherung doch gültig. — Die dinglichen Rechte der Frau an der Entschädigungssumme ergeben sich aus § 1381. — Das gleiche wie bei der Verwaltungsgemeinschaft gilt auch für das eingebrachte Gut bei der Errungenschaftsgemeinschaft und bei der Fahrnisgemeinschaft (§§ 1525, 1550), jedoch mit der Maßgabe, daß die Kosten der Versicherung hier nicht dem Manne, sondern dem Gesamtgute zur Last fallen (§ 1529). Eine Versicherungspflicht des Mannes hinsichtlich des Gesamtguts der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Fahrnis- und der Errungenschaftsgemeinschaft ist zu verneinen (§§ 1456, 1547, 1519), nach § 1443 ist er zur Versicherungsnahme nur berechtigt. 2. Elterliche Gewalt: Der Vater, nach §§ 1684, 1686 gegebenenfalls die Mutter, nach § 1693 schließlich auch der Beistand der Mutter sind zur Versicherungsnahme verpflichtet, und zwar in der Form der Versicherung für fremde und eigene Rechnung. Die Kosten fallen dem Vater bezügl. der Mutter zur Last. Nimmt der elterliche Gewalthaber die Versicherung im eigenen Namen und für eigene Rechnung, so gilt das Entsprechende, wie unter 1 für das eingebrachte Gut der Frau. Auch hier findet dingliche Surrogation statt (§ 1646). Unterläßt der elterliche Gewalthaber die ge-

botene Versicherungsnahme, so ist das Vormundschaftsgericht nach § 1667 berechtigt, das Risiko gegebenenfalls selbst durch Versicherungsnahme zu decken. 3. Vormundschaft: Der Vormund hat genau wie der elterliche Gewalthaber für die Versicherungsnahme zu sorgen, der Mündel trägt aber die Versicherungskosten. Der Versicherungsabschluß kann erfolgen in direkter Stellvertretung und in der Form der Versicherung für fremde Rechnung. S. auch § 1822 Abs. 5 BGB. Keine Pflicht zur Versicherungsnahme besteht für den Gegenvormund und den Gemeindewaisenrat: beide haben nur zu überwachen, aber nicht selbständig zu verwalten. — Die gleichen Grundsätze gelten für die Vormundschaft für Volljährige (§ 1897) und für die Pflegschaft (§ 1915). S. aber noch § 1902. § 9 behandelt die Versicherungspflicht in erbrechtlichen Verhältnissen. 1. Eine Pflicht zur Versicherungsnahme kommt praktisch nur in Frage, wenn nach Annahme der Erbschaft die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet worden ist und nun der Erbe den Gläubigern für die Verwaltung verantwortlich ist. Die Versicherung wird im eigenen Namen und für eigene Rechnung genommen. Die Kosten der Versicherung sind dem Erben nach § 1978 gegebenenfalls aus dem Nachlasse zu ersetzen. Da die Gefahr eines Haftpflichtschadens nicht auf dem Nachlasse, sondern auf dem ganzen Vermögen des Erben ruht, bezieht sich die Versicherungspflicht nie auf Haftpflichtversicherungen. 2. Das gleiche gilt hinsichtlich des Vorerben (§§ 2130 Abs. 1, 2131), nur hat der Vorerbe kein Recht auf Kostenersatz (§ 2124). 3. Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker: Der Nachlaßpfleger ist zur Versicherungsnahme auf Kosten des Nachlasses verpflichtet, insbesondere auch zur Versicherung gegen Haftpflichtschäden. Er schließt ab in direkter Stellvertretung des Erben, wenn dieser aber ungewiß ist, „für Rechnung, wen es angeht". Ähnlich ist es hinsichtlich des Nachlaßpflegers, nur daß er auch den Nachlaßgläubigern gegenüber für die Versicherungsnahme haftet (§ 1985); ihnen gegenüber besteht aber nie eine Verpflichtung zum Abschluß einer Haftpflichtversicherung. Ebenso ist es hinsichtlich des Testamentsvollstreckers. § 10. Resultat der Untersuchung ist, daß in Deutschland — anders als z. B. in Amerika — gegenwärtig eine privatrechtliche Versicherungspflicht nur in Ansehung von Schadensversicherungen anerkannt ist, nicht aber in Ansehung von Personenversicherungen.

2. Josef, Versicherung des Eingebrachten durch den Mann, LeipzZ. **12** 839 ff. Dadurch, daß der Mann die Sachen seiner Frau versichert, erwirbt er nicht „mit Mitteln des eingebrachten Gutes" (§ 1381 BGB.), durch die Ausstellung des Versicherungsscheins auf seinen Namen gibt er außerdem unzweideutig zu erkennen, daß er „nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben will". Der Mann ist auch nicht verpflichtet, die Versicherungsforderung auf die Frau zu übertragen, sondern nur, die ihm selbst erworbene Forderung vom Versicherer einzuziehen und sie zur Wiederherstellung des Eingebrachten zu verwenden. Daß er nach §§ 1363, 1045 Abs. 1 BGB. verpflichtet ist, die Versicherung auf den Namen der Frau zu nehmen, läßt noch nicht den Schluß zu, daß er auch verpflichtet wäre, die im eigenen Namen geschlossene Versicherung auf die Frau zu übertragen.

3. SpeduSchiffZ. **12** 244 (HK. Berlin). Nach Handelsgebrauch ist im Versand von Bildern bei Transportversicherungen der gewöhnliche, d. h. der bei normalem Reiseverlauf eintretende Bruch regelmäßig von der Versicherung ausgeschlossen. Bruch wird nur vergütet, wenn dem Transportmittel selbst ein Unfall zustößt. Soll eine Entschädigung für gewöhnlichen Bruch gewährt werden, so ist hierfür eine Extraprämie — je nach der Reisedauer in Höhe des Vier-, Sechs-, Zehn- oder noch Mehrfachen der gewöhnlichen Prämie — zu zahlen. Der Spediteur ist nur verpflichtet, in der üblichen Weise bei einer zuverlässigen Gesellschaft gegen Zahlung der gewöhnlichen Prämie zu versichern.

4. LeipzZ. **12** 953, ElsLothJZ. **13** 12 (Colmar). Wenn der Mieter nach dem Mietvertrage zum Abschluß einer Feuerversicherung verpflichtet ist und dementsprechend abschließt, ist im Zweifel anzunehmen, daß er die Versicherung als Vertrag zugunsten des Vermieters abschließen wollte, so daß diesem der Anspruch auf die Brandentschädigung zustehen sollte.

5. Über die Verpflichtung des Korrespondentreeders gegenüber den Parteiinhabern, das Schiff unter Versicherung zu bringen, vgl. **RG.** HansGZ. **13** 124.

6. Über die Verpflichtung des Lagerhalters, dem Einlagerer davon Kenntnis zu geben, daß die Waren aus den versicherten Räumen entfernt worden sind, vgl. WallmVersZ. **46** 67 (Hamburg).

7. Wegen der Sachversicherungspflicht vgl. auch vor §§ 49 ff. VVG. unter I u. II, wegen der Versicherungspflicht auf dem Gebiete der Feuerversicherung insbesondere vgl. vor §§ 81 ff. VVG. unter I 1 u. II.

8. Über die Wirkung der Cif-Klausel vgl. DVersZ. **12** 5, s. unten vor § 129 VVG.

IV. Änderung und Auflösung des Vertrags. (Vgl. JDR. 10 1196.) 1. **RG. 77** 70, VersAnn. **12** 231. Die vereinbarte Form der Kündigung mittels „eingeschriebenen" Briefes wird dadurch ersetzt, daß der Adressat als Beklagter von dem Inhalte der ihm zugestellten Klagschrift Kenntnis nimmt, sofern aus ihr die unzweideutige Erklärung, das Versicherungsverhältnis nicht fortsetzen zu wollen, ersichtlich ist.

2. KGBl. **13** 27 (LG. Berlin I). Wenn in dem Versicherungsvertrage bestimmt ist, daß die Kündigung 3 Monate vor Ablauf der Versicherung erfolgen müsse, so ist § 193 BGB. anzuwenden: die Erklärungsfrist beginnt mit dem Beginne des Versicherungsverhältnisses. § 193 enthält nur eine Auslegungsvorschrift. Bei einer dreimonatigen Frist ist aber die Anwendung des § 193 BGB. als dem Parteiwillen nicht widersprechend anzusehen. Anders würde es bei ganz kurzen Kündigungsfristen sein.

3. Über die Aufhebung bestehender Versicherungsverträge mit Privatversicherungsgesellschaften infolge der Einführung der staatlichen obligatorischen Versicherung vgl. die vorzügliche Entsch. des Schweiz. Bundger. **37**¹ 503—535, ergangen zu § 59 G. betr. die Gebäudebrandversicherung im Kanton Graubünden.

4. Nachträgliche Änderung eines bestehenden Versicherungsverhältnisses bei einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. VAPV. **13** Nr. 733 (Celle). Nach § 41 Abs. 3 VAG. wird ein bestehendes Versicherungsverhältnis durch Satzungsänderungen nur berührt, wenn der Versicherte der Änderung ausdrücklich zustimmt. Diese ausdrückliche Zustimmung kann auch durch schlüssige Handlungen erklärt werden.

5. VAPV. **12** Nr. 688 (AG. Stuttgart). Der Versicherungsnehmer kann neue Versicherungsbedingungen auch dadurch annehmen, daß er sofort von dem in ihnen vorgesehenen Kündigungsrechte Gebrauch macht.

6. Vgl. auch zu § 41 und zu § 43 VAG. unter II.

V. Culpa in contrahendo. (Vgl. JDR. **10** 1196.) 1. Ritter, ABürgR. **37** 198 (gegen Maier, Versicherungsvertragsrecht 25). Nach BGB. kann von einer Haftung des Versicherers wegen verzögerter Annahme des Vertragsantrags keine Rede mehr sein.

2. MittöffFeuerversAnst. **13** 289 (Hamm). Der Versicherer (Versicherungsgesellschaft, öffentliche Feuersozietät) haftet nicht für den Agenten bezügl. Kommissar, wenn dieser nachlässigerweise den Versicherungsantrag nicht rechtzeitig weitergibt.

3. Vgl. auch zu § 43 VVG. Ziff. 1 unter I 11 (LG. Berlin III).

VI. Vertragsauslegung. (Vgl. JDR. 10 1197) 1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 290 ff. Versicherungsverhältnisse sind in ganz besonderem Maße von dem Grundsatze der Beobachtung von Treu und Glauben

beherrscht. Damit soll nicht gesagt sein, daß es eine Steigerung von Treu und Glauben gäbe, sondern daß das Vertragsrecht, wie es sich aus dem Gesetz und den Bedingungen ergibt, etwas Starres an sich hat und daß daher ganz besonders häufig die aus Gesetz und Bedingungen sich ergebende Regelung ohne Heranziehung der Grundsätze über Treu und Glauben lückenhaft und mißverständlich wäre. Bei der Auslegung von Bedingungen ist auch darauf zu achten, wie der Versicherer sie in seinen Prospekten erläutert. Einzelheiten vgl. zu den einzelnen Paragraphen.

2. VersAnn. **13** 468, R. **13** Nr. 1945 (Hamburg). Auf eine Verwirkungsklausel des Abonnementsversicherungsvertrags kann sich der Verleger nach Treu und Glauben nicht berufen, wenn er an ihrer Einhaltung ein vernünftiges und angemessenes Interesse nicht hat.

3. **RG.** HansGZ. **13** Beibl. 13, WallmVersZ. **47** 129. Die Verkehrsanschauung wird erheblich, wenn bei allen an dem betreffenden Zweige des Verkehrslebens beteiligten Kreisen sich einheitliche Anschauungen herausgebildet haben. Nach der Verkehrsanschauung zu forschen liegt aber dann kein Anlaß vor, wenn es sich um die Deutung einer vom Versicherer gestellten und vom Versicherten angenommenen Vertragsbedingung handelt und der Sinn, in welchem der Versicherer die von ihm herrührende Bestimmung gemeint hat, ermittelt ist, auch feststeht, daß der Versicherungsnehmer die Willensmeinung des Vertragsgegners erkannt hat.

4. **RG.** VAPV. **13** Nr. 721, JW. **13** 316, MittöffFeuerversAnst. **13** 409, ZVer. Wes. **13** 470, WallmVersZ. **47** 2257, MasVersRdsch. **25** 196, R. **13** Nr. 309, DJZ. **13** 354. Soweit ein Versicherungsverhältnis in Ermangelung anderweitiger besonderer Vereinbarung durch die allgemeinen Versicherungsbedingungen geregelt wird, ist für eine Auslegung der Bedingungen gemäß dem Vertragswillen im Einzelfalle kein Raum. Die Frage ist vielmehr dahin zu stellen, welchen Sinn die betreffende Bestimmung in ihrer allgemeinen Geltung hat. Dieser Sinn ist dann gegen jeden Versicherungsnehmer maßgebend.

5. Über die Verwendung des den Agenten zur Kundenanwerbung zur Verfügung gestellten Materials (Prospekte, Sammlungen von Schadenfällen) zur Auslegung von Versicherungsbedingungen vgl. unten zu § 43 Ziff. 1 unter I 2 (Josef), 7 (Kiel) und 8 (**RG.**) und zu § 163 VVG. unter 3 (**RG.**).

6. ZVersWes. **12** 603 unter II (KG.). Daraus, daß der Versicherer aus Kulanz bei geringen Beträgen Schadensersatz geleistet hat, obwohl er nach seiner Auslegung der Versicherungsbedingungen hierzu nicht verpflichtet ist, läßt sich eine ausdehnende Auslegung der Bestimmungen über die Haftung des Versicherers nicht herleiten.

7. LeipzZ. **12** 955, VAPV. **12** Nr. 675, HansGZ. **12** Beibl. 138 (Hamburg). Versicherungsbedingungen sind im Zweifel gegen den Versicherer auszulegen.

8. Ebenso LeipzZ. **12** 795 (Colmar).

9. Ebenso MittöffFeuerversAnst. **12** 206 (Frankfurt a. M.).

10. Über die Auslegung von Versicherungsverträgen nach Treu und Glauben vgl. auch vor §§ 179 ff. VVG. unter A II 3 (Celle), unter D 2 (**RG.**), zu § 6 VVG. unter I 2 (Hamburg).

VII. Nichtigkeit. (Vgl. JDR. **10** 1197). 1. Über die Nichtigkeit von Verträgen ausländischer Versicherungsunternehmungen, die im Deutschen Reiche zum Geschäftsbetriebe nicht zugelassen sind, vgl. zu § 4 VAG. unter II.

2. Über die Frage der Nichtigkeit der Satzungen von Pensionskassen s. vor §§ 159 ff. VVG. unter VIII.

VIII. Anfechtbarkeit. (Vgl. JDR. **10** 1198). A. Anfechtungsrecht des Versicherers. 1. Keup, Inwiefern ist die Sachschadenversicherung wegen Irrtums und wegen arglistiger Täuschung anfechtbar? MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 38 ff. Im allgemeinen: 1. Die Grundsätze des BGB. über die Irrtums- und Täuschungsanfechtung sind an sich auch für die Sachschadenversicherung anwend-

bar. Auf diesem Standpunkte steht auch die Begründung des Entwurfes. Die freie Anwendung der Bestimmungen des BGB. führt aber zu großen Härten und zu einer bedenklichen Unsicherheit. Aufgabe der Rechtspflege und Wissenschaft ist es, einer übertriebenen Anwendung des Anfechtungsrechts entgegenzutreten. 2. Als Gegenstand der Anfechtung kommen in Betracht a) die Erklärungen vor und beim Vertragsabschlusse, b) die Erklärungen bei Gefahrerhöhung während der Vertragsdauer und c) die Erklärungen bei Feststellung des Schadens nach Eintritt des Versicherungsfalls. Zu a: Die Anfechtung würde dazu führen, daß der Vertrag als von Anfang an nichtig gilt. Irrtum und arglistige Täuschung berechtigen aber nach den Sondervorschriften des VVG. in vielen Fällen zum Rücktritt oder zur Kündigung. Diese Sonderregelungen schließen das Anfechtungsrecht des BGB. aus. Zu b: Bei der Gefahrerhöhung kann es sich nur um ein Anfechtungsrecht des Versicherers handeln. Grund der Anfechtung wäre der Irrtum des Versicherers über die Gefahrumstände. Gegenstand der Anfechtung würde sein die Willenserklärung des Versicherers, trotz der Gefahrerhöhung keine höheren, sondern dieselben Prämien zu verlangen. Wirkung der Anfechtung wäre nicht die Auflösung des Vertrags, sondern nur die Nichtigkeit der Erklärung über die Prämienhöhe. Eine solche Anfechtung ist angesichts der Regelung in den §§ 23—31 VVG. unzulässig. Zu c: Bei Verletzung der Anzeige- und der Auskunftspflicht nach Eintritt des Versicherungsfalls (§§ 33, 34 VVG.) gibt das VVG. keine besonderen Rechtsbehelfe, nur bei der Feuerversicherung und der Hagelversicherung (§§ 96, 113 VVG.) besteht ein — von Täuschung und Irrtum unabhängiges — Kündigungsrecht, welches aber nur für die Zukunft wirkt. Die Rechtssätze des BGB. über Anfechtung wegen Irrtum und Täuschung sind anzuwenden. Im besonderen: 3. Das Anfechtungsrecht des Versicherungsnehmers wegen Irrtums: a) Wenn der Versicherungsnehmer den Antrag unterschreibt, nur um den Agenten los zu werden und ohne zu wissen, was er unterschreibt, so will er eine Erklärung unbekannten Inhalts unterschreiben, irrt also nicht und kann nicht anfechten. b) Dagegen kann er anfechten, wenn ihm der Agent unrichtige Angaben über den Inhalt der allgemeinen Versicherungsbedingungen gemacht hat, z. B. über die Höhe der Prämien. Er kann anfechten sowohl wegen rein tatsächlichen Irrtums als auch wegen Irrtums über die rechtlichen Verhältnisse, nicht aber wegen Irrtums über die Rechtsfolgen. c) Er kann daher anfechten, wenn er nicht gewußt hat, daß der Versicherer eine Gegenseitigkeitsgesellschaft war. Er kann dagegen nicht anfechten, wenn er dies zwar gewußt hat, ihm aber unbekannt war, daß dies seine Nachschußpflicht zur Folge hat. d) Wenn der Erwerber eines versicherten Grundstücks glaubt, er sei an den bestehenden Versicherungsvertrag nicht gebunden (§ 70 VVG.), ihn deshalb auch nicht kündigt und bei einer anderen Gesellschaft neu versichert, so hat er sich über eine wesentliche Eigenschaft des Grundstücks, über die im Verkehre wesentliche Eigenschaft des Versichertseins geirrt und könnte an sich anfechten, wenn § 60 VVG. für diesen Tatbestand nicht besondere Befugnisse des Versicherungsnehmers vorgesehen hätte, welche das Anfechtungsrecht ausschließen. Unter e) führt Verf. dann Fälle auf, die auf der Grenze zwischen echtem Irrtum und Irrtum im Beweggrunde liegen. f) Kein Irrtum liegt vor, wenn lediglich der Vertragsgegenstand falsch bezeichnet ist. Die falsche Bezeichnung ist unerheblich, es bedarf keiner Anfechtung. g) Die Rechtzeitigkeit der Anfechtung braucht der Anfechtende im Streitfalle nicht darzutun, sie ist auch nicht von Amts wegen zu berücksichtigen, der Versicherer hat die Verspätung der Anfechtung darzutun und zu beweisen. 4. Das Anfechtungsrecht des Versicherungsnehmers wegen arglistiger Täuschung wird wesentlich beeinflußt durch die Stellung der Versicherungsagenten (§§ 43—48 VVG.), welche in der Regel nur Vermittlungsagenten sind. a) Ist der Agent Abschlußagent (§ 45 VVG.), so ist er Bevollmächtigter des Versicherers, dieser hat daher für das arglistige Verhalten einzustehen, wie für eigene Arglist. Dies

gilt auch dann, wenn der Versicherer von der Arglist des Abschlußagenten keine Kenntnis hatte; denn der Abschlußagent ist kein „Dritter" im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB. b) Inwieweit wegen eines arglistigen Verhaltens des Vermittlungsagenten der Versicherungsnehmer anfechtungsberechtigt ist, läßt sich nicht auf Grund von § 44 VVG. beantworten; denn § 44 bezieht sich nur auf die Fälle, wo „nach den Vorschriften dieses Gesetzes" — also nicht des BGB. — die Kenntnis des Versicherers erheblich ist. Maßgebend ist lediglich § 123 BGB. Auch der Vermittlungsagent ist kein „Dritter" im Sinne des § 123 Abs. 2, der Versicherungsnehmer ist daher dem die Täuschung nicht kennenden Versicherer gegenüber zur Anfechtung berechtigt. Unter c und d wird die arglistige Täuschung über die Nachschußprämie und über den Vertragsstempel behandelt. Im ersteren Falle kann die Anfechtung begründet sein, im letzteren dagegen nicht. e) Gleichgültig ist, ob die Täuschung zu einem echten Vertragsirrtum oder nur zu einem Irrtum im Beweggrund geführt hat. 5. Das Recht des Versicherers zur Anfechtung wegen Irrtums greift insoweit nicht Platz, als die §§ 16—22 VVG. ihm ein Rücktrittsrecht gewähren oder ausdrücklich versagen. Abgesehen vom Irrtum über Gefahrumstände berechtigt aber jeder Irrtum unter den Voraussetzungen des § 119 BGB. den Versicherer zur Anfechtung. Nur wegen Irrtums über die Zahlungsunfähigkeit des Versicherungsnehmers kann er nicht anfechten, das ergibt sich aus dem Zwecke des § 38 VVG. 6. Wegen arglistiger Täuschung kann der Versicherer stets anfechten, sofern die Voraussetzungen des § 123 BGB. vorliegen. Anders als beim Irrtum ist eine Anfechtung auch wegen arglistiger Täuschung über Gefahrumstände zulässig. Das Anfechtungsrecht greift auch noch Platz nach Ablauf der im § 20 VVG. für das Rücktrittsrecht gesetzten Frist. Außerdem kann sich der Versicherer bei arglistiger Täuschung über die Gefahrumstände auch im Falle des § 21 VVG. durch Anfechtung von der Leistungspflicht freimachen und behält dann nach § 40 VVG. seinen Prämienanspruch für die laufende Versicherungsperiode. Gegenstandslos ist die Täuschungsanfechtung in den durch die §§ 51 Abs. 2, 59 Abs. 3 VVG. geregelten Fällen. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung über die Kreditwürdigkeit ist durch § 38 VVG. ausgeschlossen. Die für das Rücktrittsrecht gegebene Sonderregel des § 19 VVG. ist für die Täuschungsanfechtung unanwendbar, es bleibt bei der im § 166 BGB. getroffenen Regelung. Die Täuschungsanfechtung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Agent den Versicherungsnehmer durch unzutreffende Auslegung der Fragen zu der unrichtigen Beantwortung veranlaßt hat: nur bei unklaren und zweideutigen Fragen kann sich der Versicherungsnehmer auf diese Auslegung berufen. Unterdrückt der Agent wider den Willen des Versicherungsnehmers die Anzeige eines ihm mitgeteilten Gefahrumstandes, so kommt es darauf an, ob der Agent „Dritter" im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB. ist oder nicht. Ist der Agent nur Vermittlungsagent, so gilt er als Dritter, und der Versicherer kann dann nur anfechten, wenn der Versicherungsnehmer die Täuschung kannte oder kennen mußte. Ob er sie hätte kennen müssen, hängt von den Umständen ab. Läßt er die Antworten auf die Fragen nach den Gefahrumständen vom Agenten niederschreiben, so muß er sich überzeugen, ob der Agent die ihm aufgegebenen Antworten auch richtig wiedergegeben hat. Tut er es nicht, so muß er für die Arglist des Agenten eintreten. Dieser ist sein Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB. Ist der Agent dagegen Abschlußagent, so kann der Versicherer nicht wegen arglistiger Täuschung anfechten, sofern der Umstand dem Agenten mitgeteilt worden war (§ 166 BGB.). 7. Die Wirkung der Anfechtung ist Nichtigkeit des Vertrags. Der Versicherungsnehmer muß die ihm gewährte Versicherungssumme wieder zurückgeben, der Versicherer ist infolge des analog anzuwendenden § 40 VVG. dagegen nicht zur Rückgewähr der Prämien verpflichtet. Vor Erklärung der Anfechtung kann der Vertrag von dem Anfechtungsberechtigten nach § 144 BGB. bestätigt werden. So kann der Versicherungsnehmer nicht mehr wegen arglistiger

Täuschung über die Prämienhöhe anfechten, wenn er später die wirkliche Höhe erfährt und vorbehaltlos bezahlt. 8. Ein vertraglicher im voraus erklärter Verzicht auf das Anfechtungsrecht ist zulässig, außer im Falle des § 5 VVG. und für den Fall der Arglist der Gesellschaft oder ihres Abschlußagenten. Zweifelhaft ist die Rechtswirksamkeit eines Verzichts auf das Anfechtungsrecht wegen Arglist des Vermittlungsagenten. Üblich und wirksam ist der Verzicht der Gesellschaften auf die Anfechtung des Vertrags nach Ablauf einer gewissen Vertragszeit. 9. Dies alles gilt auch für die öffentlichen Feuerversicherungsgesellschaften in Preußen (G. vom 25. Juli 1910). Diese sind zwar kraft öffentlichen Rechtes verpflichtet, jedes Gebäude ihres Bezirkes gegen Brandschaden zu versichern, sofern nicht die gesetzlichen Ausschließungsgründe vorliegen, der Versicherungsvertrag selbst untersteht aber dem VVG. und dem BGB. Das gilt auch gegenüber denjenigen Versicherungsnehmern, die infolge öffentlichen Rechtes gezwungen sind, ihre Gebäude bei der Anstalt versichern zu lassen. Weder durch den Annahmezwang, noch durch den Versicherungszwang wird das Recht, den Versicherungsvertrag wegen Irrtums oder Täuschung anzufechten, berührt. § 24 G. in Verbindung mit § 5 Ziff. 3 der Normativbedingungen erklärt aber für die Gebäudeversicherung nur die §§ 16—21 VVG. für anwendbar, nicht auch den § 22 VVG., der das Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung über die Gefahrumstände vorbehält. Die Anstalten können daher nicht anfechten, sondern nur binnen Monatsfrist zurücktreten und die Entschädigung verweigern. Ob dies nach § 5 Ziff. 2 der Normativbedingungen auch für die Mobiliarversicherung zu gelten hat, ist zweifelhaft. Durch § 14 der Normativbedingungen wird außerdem das Anfechtungsrecht des Versicherers wegen Verletzung der Anzeige- und Auskunftspflicht (vgl. oben 2 c) durch das Leistungsverweigerungsrecht ausgeschlossen. Das Anfechtungsrecht des Versicherungsnehmers wird durch die Bedingungen nicht beschränkt, es gilt also das unter 3 und 4 Gesagte. Nach § 192 Abs. 2 VVG. finden aber die §§ 43—48 VVG. keine Anwendung; an die Stelle der Agenten treten die Beamten der Anstalt. Insoweit diese Organe der Anstalt sind, gilt § 31 BGB., im übrigen sind die Statuten maßgebend.

2. Über das Anfechtungsrecht des Versicherers, wenn der Versicherungsnehmer mit dem Agenten die Abhängigkeit seines Antrags vom Eintritt einer Bedingung vereinbart, diese Vereinbarung aber in den schriftlichen Antrag und den Versicherungsschein nicht mitaufgenommen wird, s. Josef, ZVersWes. **13** 395 ff., vgl. zu § 43 VVG. Ziff. 1 unter III 1.

B. Anfechtungsrecht des Versicherungsnehmers. 1. Mitt öffFeuerversAnst. **13** 673, KGBl. **13** 54 (LG. II Berlin). Der Versicherungsnehmer kann den Vertrag wegen arglistiger Täuschung durch den Agenten anfechten, ohne daß es darauf ankommt, ob den Versicherungsnehmer ein konkurrierendes Verschulden trifft. Der Agent ist kein „Dritter" im Sinne von § 123 Abs. 2 BVG., kein an dem Geschäfte Beteiligter, sondern ein Vertreter der Interessen der Gesellschaft. Es kommt infolgedessen darauf, ob der Versicherer von der arglistigen Täuschung Kenntnis oder nur infolge von Fahrlässigkeit keine Kenntnis gehabt hat, nichts an. Der Versicherer kann ein derartiges Anfechtungsrecht auch nicht durch eine Policenbestimmung ausschließen, wonach etwaige mit dem Agenten getroffene, aber nicht in den Versicherungsantrag aufgenommene Sonderabreden für den Versicherer unverbindlich sind.

2. Petersen, Rechtsprechung, ZVersWiss. **13** 109. Der Versicherungsnehmer kann den Versicherungsvertrag wegen arglistiger Täuschung durch den Agenten anfechten, ohne daß es auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Versicherers selbst ankommt. Der Agent ist zwar kein Vertreter des Versicherers im technischen Sinne, aber doch Vertreter seiner Interessen, sein Vertrauensmann und daher nicht „Dritter" im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB.

3. Vgl. auch oben zu § 1 VVG. unter II 17.

4. Hagen, JheringsJ. **61** 229 ff. (s. unten vor §§ 43 ff. unter I 1). Der Versicherungsagent ist kein „Dritter" im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB.

5. Vgl. auch zu § 43 VVG. Ziff. 1 unter III 2.

C. Über die Anfechtbarkeit des Verzichts des Versicherten auf weitere Entschädigungsansprüche s. LeipzZ. **12** 793 (Colmar), vgl. unten zu § 11 VVG.

D. Über die Anfechtbarkeit von Vergleichen über die Höhe von Entschädigungsansprüchen s. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **13** 409, vgl. unten zu § 11 VVG.

E. Über die Anfechtbarkeit von Anerkenntnissen und Deckungszusagen in der Haftpflichtversicherung vgl. zu § 158 VVG.

IX. Versicherungsfall und Umfang der Leistung des Versicherers. (Vgl. JDR. **10** 1198.) 1. Wegen der Hypothekenversicherung s. VAPV. **12** 9.

2. Wegen der Haftpflichtversicherung vgl. zu § 153 VVG. unter I und zu § 12 VVG. unter III 6 ff.

3. Über die Todeserklärung bei Verschollenheit als surrogierenden Versicherungsfall bei der Lebensversicherung s. zu § 171 VVG. unter 1.

4. Wegen des Versicherungsfalls bei der Viehversicherung s. zu § 116 VVG. unter II.

5. Über die Zulässigkeit eines dem Unfallversicherten aus der Versicherung erwachsenden, den wirtschaftlichen Nachteil übersteigenden Gewinns vgl. vor §§ 179 ff. VVG. unter A I.

6. VersAnn. **13** 6 (Celle). Privatrechtliche Versicherungsansprüche, die dem Verletzten zustehen, sind auf dessen Schadensersatzansprüche gegenüber Dritten nicht anzurechnen.

7. **RG.** R. **12** Nr. 3472. Der Ehemann, welcher Ersatz der ihm infolge einer Verletzung seiner Ehefrau erwachsenen Auslagen von dem Ersatzpflichtigen verlangt, braucht sich die seiner Frau von einer Versicherungsgesellschaft gezahlte Entschädigung nicht anrechnen zu lassen, auch nicht in Höhe des ihm zustehenden Nießbrauchs.

X. Abtretung und Verpfändung von Versicherungsansprüchen. 1. LeipzZ. **13** 876, DJZ. **13** 1208 (Hamburg). Wenn zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer vereinbart ist, daß die Abtretung der Ansprüche aus der Versicherung nur durch eine öffentlich beglaubigte Erklärung auf der Police erfolgen kann, ist der Versicherungsnehmer dem Zessionare gegenüber im Falle formloser Zession nicht berechtigt, die Nichtigkeit der Zession geltend zu machen.

2. HansGZ. **12** Beibl. 160 (Hamburg). Wenn die Ansprüche des Versicherungsnehmers aus dem Versicherungsvertrage gepfändet und überwiesen sind, ist auch der Anspruch auf Herausgabe der im Besitz eines Dritten befindlichen Police mitgepfändet und mitüberwiesen.

3. SchlHolstAnz. **12** 329 (Kiel). Hat der Dienstherr eigene Sachen und Sachen seiner Dienstboten gegen Brandschaden zu eigenen Gunsten versichert und später nach Eintritt des Versicherungsfalls von dem Anspruch auf die Entschädigungssumme einen Teilbetrag abgetreten, der den Betrag der Entschädigungssumme für die eigenen Sachen nicht übersteigt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Abtretung sich nur auf die Ansprüche aus der Versicherung der eigenen Sachen bezieht.

4. Wegen der Abtretung und Verpfändung von Haftpflichtversicherungsansprüchen vgl. zu § 156 und zu § 157 VVG.

§ 2. (Vgl. JDR. **10** 1200.) 1. MittöffFeuerversAnst. **13** 289 (Hamm). Ist der Versicherer (Feuersozietät) zur Annahme bestimmter Versicherungen (Gebäudeversicherungen) verpflichtet, soweit nicht die Voraussetzungen des statutenmäßigen Ablehnungsrechts gegeben sind, so beginnt die Versicherung mit dem Eingange des Antrags bei dem Sozietätskommissare. Dies gilt auch, wenn das Versicherungsreglement bestimmt, daß keine Versicherung ohne Genehmigung der Direktion zustande kommt. Denn die Genehmigung ist, sofern die Versicherung statutenmäßig überhaupt annehmbar ist, reine Formsache, sie m u ß erfolgen. Anders bei der Mobiliarversicherung, wo es im freien Ermessen der Direktion steht, ob sie den Antrag annehmen will oder nicht. Hier beginnt die Versicherung erst mit der Genehmigung der Direktion und die Bestimmung des Reglements, wonach als Beginn der Versicherung die Mittagsstunde des Tages gelten soll, an welchem der Versicherungsantrag beim Sozietätskommissar eingereicht ist, hat nur die Bedeutung, daß die Genehmigung der Direktion, w e n n sie tatsächlich vorliegt, auf jene Mittagsstunde zurückwirkt.

2. MittöffFeuerversAnst. **13** 289 (Hamm). Ist nach dem Statute zum Zustandekommen des Vertrags die Genehmigung der Direktion erforderlich, so bedarf es keiner Ablehnung des Antrags, wenn er der Direktion erst nach dem Versicherungsfall und zu einer Zeit zugeht, wo der Versicherungsfall sowohl der Direktion als auch dem Antragsteller bekannt ist.

3. Vgl. auch VAPV. **13** Nr. 770 (Nürnberg), s. oben zu § 1 VVG. unter II 15.

§ 3. (Vgl. JDR. **10** 1201.) L i t e r a t u r: J a c o b i, Der Versicherungsschein, Diss. 1911. — K i r c h m a n n, Die Inhaberklausel in den Normativbedingungen der in Deutschland arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften, LZ. **13** 188 ff., 271 ff., 367 ff. — D e r s e l b e, Einiges aus der Praxis der Lebensversicherungsgesellschaften im Konkursfalle des Versicherungsnehmers, LZ. **14** 131 ff. (s. zu §§ 166 VVG.).

I. D e r V e r s i c h e r u n g s s c h e i n i m a l l g e m e i n e n. 1. *J a c o b i, Der Versicherungsschein (Diss. 1911). Begriff (10—21), rechtliche Natur (22—48), Recht (49—80) des Versicherungsscheins. Der Versicherungsschein ist eine von dem Versicherer ausgestellte Urkunde über einen abgeschlossenen Versicherungsvertrag (18, 21). Der Versicherungsnehmer kann verlangen, daß in den Schein sämtliche Bestimmungen des Vertrags aufgenommen werden (19) (aA. M a n e s, Komm. 29 § 3 Anm. 4). Der Schein ist von dem Versicherer zu unterzeichnen. Der Versicherungsnehmer kann eigenhändige Unterschrift des Versicherers verlangen und eine Unterschrift im Wege mechanischer Vervielfältigung zurückweisen (52—54) (aA. anscheinend nur D a m m, MittöffFeuerversAnst. **10** 406 ff.). Der Versicherungsnehmer kann auf die Unterzeichnung durch den Versicherer verzichten (14). — Der Versicherungsschein ist im Zweifel und grundsätzlich Beweis-, nicht Dispositivurkunde, und zwar s c h l i c h t e B e w e i s u r k u n d e, nicht Wertpapier (22—27, 39). So auch im Falle des § 4 Abs. 2 VVG. (26). Der Versicherungsnehmer kann hiernach regelmäßig die Leistung gegen das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis, daß die Schuld erloschen sei, verlangen. Dies gilt, auch wenn dem Versicherungsnehmer bekannt ist, wo der Schein sich befindet (56) (aA. M a n e s, Komm. 34 § 4 Anm. 6). — Der Schein kann als Dispositiv- oder Beweisurkunde Wertpapier oder Nichtwertpapier, er kann in allen diesen Fällen eine Legitimationsurkunde sein oder nicht sein. Begriff und Wesen des Versicherungsscheins sowie die Besonderheiten der in ihm verbrieften Rechte schließen seine R e k t a w e r t p a p i e r q u a l i t ä t nicht aus; er ist indes mit Rücksicht auf diese Besonderheiten ein Rektawertpapier eigener Art (31, 32). Auch § 4 Abs. 2 steht der Verleihung der Rektawertpapierqualität nicht im Wege. Denn § 4 Abs. 2 — der sich auf jeden Versicherungsschein, nicht nur auf den mit Inhaberklausel versehenen bezieht — trifft nicht die Fälle, in denen die Vertragschließenden dem Scheine Wertpapierqualität verleihen wollten. Auch wenn man § 4 Abs. 2 nicht in dieser Weise auslegt, ist er kein

Hindernis für die Verleihung der Rektawertpapierqualität an den Schein. Denn § 4 Abs. 2 ist jus dispositivum (aA. Manes, Komm. 35 § 4 Anm. 8). Zudem gilt für den der Kraftloserklärung unterliegenden Schein § 4 Abs. 2 überhaupt nicht (31—39). Ist der Schein Rektawertpapier, so folgt daraus, daß der Versicherer durch Leistung an einen Nichtinhaber zum mindesten dann nicht befreit wird, wenn in diesem Zeitpunkte der Schein und das in ihm verbriefte Recht an einen Dritten abgetreten sind; denn die Erfüllung der in ihm verbrieften Schuld ist erst durch die Leistung an den Erwerber getilgt, an den der Versicherer gegen Nachweis der Übertragung und gegen Auslieferung des Scheines leisten muß (28—29). Hat der Schein Wertpapierqualität, so kann ein Zurückbehaltungsrecht an der Forderung ausgeübt werden, ohne daß der Schein im Besitze dessen ist, der es geltend macht; denn die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts bestreitet nicht die Legitimation des Berechtigten, sondern setzt sie voraus (74). — Die Möglichkeit der technischen Indossabilität verleiht dem (Binnen)-Transportversicherungsscheine keine qualifizierte Bedeutung (40—43). Ist ihm technische Indossabilität verliehen worden, so unterscheidet er sich von anderen (technischen) Orderpapieren durch die besondere Natur der in ihm verbrieften Rechte, da sein Inhaber nicht schon durch die geschlossene Reihe von Indossamenten legitimiert ist, sondern noch die Beschädigung bzw. den Untergang der versicherten Sache und den ihm zugefügten Schaden nachweisen muß (39—40). — Ein Inhaberpapier kann der Versicherungsschein nicht sein (47—48 (zweifelnd Marcus, Holdheims MSchr. **06** 103). — Auch bei der Versicherung für fremde Rechnung ist der Schein grundsätzlich schlichte Beweisurkunde. Die qualifizierte Legitimation, die der Besitz des Scheines verschafft, ist weder die Legitimation des Wertpapiers noch die der Legitimationsurkunde. Ein Wertpapier ist er nicht, da Versicherter und Versicherungsnehmer auch als Nichtinhaber ein Ausübungsrecht haben. Wenn auch der Inhaber es unbeschränkter hat, so ist der Schein doch nicht notwendig zur Geltendmachung der Rechte. Eine Legitimationsurkunde ist er nicht, da nur eine Berechtigung zur Leistung an den Versicherungsnehmer bzw. den Versicherten als Inhaber vorliegt, nicht aber eine Berechtigung, an jeden Inhaber leisten zu dürfen (44—47).

2. Kirchmann, Die Inhaberklausel in den Normativbedingungen der in Deutschland arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften, LeipzZ. **13** 188 ff., 271 ff., 367 ff. Die Ausstellung des Versicherungsscheins als reines Inhaberpapier ist unzulässig, es ist nur die Ausstellung als hinkendes Legitimationspapier im Sinne von § 808 BGB. zulässig. Dies bestimmt auch § 17 der Normativbedingungen. Der Inhaber als solcher ist noch nicht der Berechtigte, der Versicherer braucht daher an den Inhaber als solchen nicht zu leisten und kann von ihm den Nachweis seiner Berechtigung verlangen. Dieses Recht hat nur im Schikaneverbote seine Grenze. Der Versicherer kann daher z. B. dem angeblichen Pfandgläubiger gegenüber den Nachweis fordern, daß die „Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 BGB. eingetreten sind" (§ 1282 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Solange der Inhaber den verlangten Nachweis nicht erbringt, kann die Gesellschaft auch nicht in Verzug kommen, denn solange trifft sie kein Verschulden. Andererseits kann und darf der Versicherer mit befreiender Wirkung an den „Inhaber" zahlen. „Inhaber" ist nicht identisch mit „Besitzer", Innehabung ist ein tatsächliches Verhältnis, das stets die Möglichkeit sofortiger Ausübung einer unmittelbaren Gewalt bietet. Der „Besitzdiener" ist daher fast stets „Inhaber", der „mittelbare Besitzer" ist es dagegen nie. Die Legitimation des Inhabers bezieht sich aber nicht nur auf den Fall der Zahlung, sondern auf jede Form der Geltendmachung von Rechten aus dem Vertrage, gleichgültig, ob es sich um die Geltendmachung von Rechten vor dem natürlichen Ablaufe der Versicherung (Policendarlehen, Umwandlung, Rückkauf) handelt oder um die fällige Versicherungssumme. Der Inhaber ist insbesondere auch zum

Anspruchsverzicht und zur Quittungsleistung legitimiert. Verfügt der Inhaber über das Recht aus der Versicherung, so wird dadurch, wenn der Inhaber nicht auch der Berechtigte ist, das Recht des Berechtigten verletzt, sei es, daß dieses durch Rechtsgeschäft begründet ist (1. Teil), sei es, daß es durch ein gesetzliches, richterliches oder behördliches Veräußerungsverbot geschützt werden soll (2. Teil). A. Im ersteren Falle ist die Verfügung zugunsten des Versicherers dem wahren Berechtigten gegenüber wirksam. Der Versicherer ist aber dem wahren Berechtigten unter Umständen nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig: so, wenn die Gesellschaft weiß, daß sie durch die Zahlung an den Inhaber das Recht des wahren Berechtigten verletzt. Zur Erfüllung des Tatbestandes des § 826 BGB. genügt auch dolus eventualis und als solcher ist auch ein gesteigerter Grad von grober Fahrlässigkeit genügend. Außerdem muß die Gesellschaft das Verschulden ihrer Angestellten nach § 278 BGB. gegen sich gelten lassen. — Der wahre Berechtigte kann sich ferner wegen des ihm erwachsenen Schadens nach §§ 812, 816, 823 Abs. 2, 826 BGB. an den Inhaber halten. — Hält sich endlich der wahre Berechtigte nach § 826 BGB. an den Versicherer, so hat dieser keinerlei Rechte gegen den „Inhaber", er kann aber nach § 255 BGB. die Schadensersatzleistung an den wahren Berechtigten davon abhängig machen, daß dieser ihm seine Rechte gegen den „Inhaber" abtritt. B. Verstößt die Verfügung des Inhabers gegen ein Veräußerungsverbot — Pfändungspfandrecht, Vormundschaftsgerichtliche Sperre, Konkurs des Versicherungsnehmers, Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung, Einsetzung eines Testamentsvollstreckers — so greifen die §§ 135, 136 BGB. Platz, d. h. durch die Leistung an den Inhaber wird der Versicherer im Verhältnisse zu denjenigen Personen, in deren Interesse das Verbot erlassen ist, nicht befreit, ihnen gegenüber ist die Verfügung unwirksam. Aber auch nur ihnen gegenüber und mit der Möglichkeit späterer Konvaleszenz. Außerdem greifen die „Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten", Platz. Insoweit der Versicherer durch die Leistung an den Policeninhaber dem durch das Veräußerungsverbot geschützten Dritten gegenüber nicht befreit wird, hat er einen Rückgewähranspruch nach §§ 812 Abs. 1 Satz 2, 815 BGB., event. auch einen Schadensersatzanspruch nach §§ 823 Abs. 2 826 BGB. Insoweit die durch das Veräußerungsverbot geschützten Interessen aus tatsächlichen Gründen, etwa infolge Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, von dieser keine Deckung erlangen können, können sie möglicherweise auf Grund von § 826 BGB. gegen den Policeninhaber Ersatzansprüche stellen, nie dagegen auf Grund der Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung. C. Für den Fall des Verlustes der Police bringt § 19 der Normativbedingungen gegenüber § 808 Abs. 2 BGB. eine erhebliche, aber nicht ungefährliche Vereinfachung: an die Stelle des kostspieligen und oft langwierigen gerichtlichen Aufgebotsverfahrens tritt ein privates Aufgebot im Reichsanzeiger. Mit dem Ablaufe der Aufgebotsfrist ist die Polize kraftlos und der Versicherer ist zur Ausstellung einer neuen Urkunde verpflichtet. Wird aber innerhalb der Frist die Police dem Versicherer vorgelegt, so kann der Versicherer, da die Police auch infolge des privaten Aufgebots ihre Qualität als Legitimationspapier verliert, nicht mehr an den Inhaber als solchen mit befreiender Wirkung leisten. Der Versicherer ist jetzt im eigenen Interesse zu erhöhter Sorgfalt verpflichtet. D. Die Inhaberpolice legitimiert den Inhaber auch als Geschäftsfähigen. E. Wenn die Bedingungen einzelner Versicherungsgesellschaften in Abweichung von den allgemeinen Normativbedingungen sagen, der Versicherer sei befugt, den Policeninhaber als berechtigt zur Empfangnahme der von der Gesellschaft zu leistenden Zahlungen anzusehen, so ist der Versicherungsnehmer nicht schlechthin zu jeder Verfügung über die Versicherung legitimiert — z. B. Kündigung, Umwandlung, Abtretung, Verpfändung —, sondern nur zur Empfangsnahme der Versicherungssumme, des Rückkaufswertes oder des Policendarlehens.

3. Über eigenmächtige Änderungen der Police von seiten des Agenten (Schlachtviehversicherung) vgl. unten § 43 Ziff. 3 unter 1 (Colmar).

II. Zusendung und Vorlegung. 1. Ritter, ABürgR. **37** 198 (gegen Maier, Versicherungsvertragsrecht 24). Eine Pflicht des Versicherers, dem Versicherungsnehmer den Versicherungsschein zuzusenden, besteht nicht.

2. Verpflichtung zur Vorlage der von den Gesellschaften gegen Darlehen verpfändeten Policen zur Einsichtnahme seitens des Versicherungsnehmers, ZVersWes. **13** 2 (AG. u. LG. Karlsruhe). Wenn der Versicherungsnehmer seine Police an den Versicherer verpfändet hat und Einsichtnahme verlangt, so kann er, sofern er ein alter gebrechlicher Mann ist, verlangen, daß der Versicherer ihm die Police am Wohnorte des Agenten, an welchem der Versicherungsnehmer wohnt, vorlegt. Daß die Versendung mit Gefahren verknüpft ist, gibt dem Versicherer kein Recht, die Versendung überhaupt abzulehnen. Er kann nur verlangen, daß der Versicherungsnehmer ihm die Kosten der Versendung vorschießt und wegen der Gefahr Sicherheit leistet.

III. Wegen der irrtümlichen Ausstellung des Versicherungsscheins auf den Namen des bereits verstorbenen Mannes der Antragstellerin s. Josef, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 177 ff., vgl. unten vor § 81 VVG. unter I 1 aE.

IV. Eigentum, Abtretung, Pfandrecht, Zurückbehaltungsrecht, Versteigerung, Einfluß des Konkurses. 1. OLG. **26** 60 (Hamburg). Die Lebensversicherungspolice fällt unter § 952 Abs. 1 BGB. Dadurch, daß sie die Verpflichtungen nicht bloß des Versicherten, sondern auch des Versicherungsnehmers enthält, wird sie noch nicht zu einer Vertragsurkunde. Ihr Zweck ist nicht die Beurkundung der beiderseitigen Willenserklärungen, sie soll vielmehr nur den Verpflichtungswillen, die Schuld des Versicherers bescheinigen. Die Police gehört auch nicht zu den einseitig unterschriebenen Vertragsurkunden des § 126 Abs. 2 BGB.

2. Wegen der Abtretung der Versicherungsansprüche durch öffentlich beglaubigte Erklärung auf der Police s. DJZ. **13** 1208 (Hamburg), vgl. oben zu § 1 VVG. unter X 1.

3. HansGZ. **12** Beibl. 160 (Hamburg). Sind die Ansprüche des Versicherungsnehmers gepfändet und überwiesen, so ist auch der Anspruch auf Herausgabe der im Besitz eines Dritten befindlichen Police mitgepfändet und mitüberwiesen.

4. HansGZ. **12** Beibl. 160 (Hamburg). Wenn eine Versicherungspolice einem anderen zur Sicherung für seine Forderungen hingegeben wird, so wird dadurch ein obligatorisches Zurückbehaltungsrecht begründet, welches auch gegenüber später erworbenen Pfändungspfandrechten an der Versicherungsforderung geltend gemacht werden kann. Dies gilt auch dann, wenn bei der Hingabe der Police nicht die Begründung eines Zurückbehaltungsrechts, sondern die eines dinglichen Pfandrechts beabsichtigt war, die Pfandbestellung aber mangels der nach älterem örtlichen Rechte erforderlichen Schriftform unwirksam war.

5. Kann eine Lebensversicherungspolice versteigert bzw. freihändig verkauft werden? ZVersWes. **13** 696 ff. Die Frage wird verneint.

6. Wegen des Einflusses des Konkurses vgl. zu § 14 VVG. zu § 166 VVG., unter II und zu § 186 VVG. unter 8.

V. Wegen der Aufnahme der allgemeinen Versicherungsbedingungen in den Schein vgl. oben vor §§ 1 ff. VVG. unter V. — Vgl. wegen Bedingungen u. vor §§ 179 ff. VVG. unter D 2 (**RG.**).

VI. Nachträge zu Versicherungsscheinen. 1. VAPV. **12** 50 u. 138. Ein nach § 69 VVG. sich vollziehender Übergang des Versicherungsverhältnisses bedarf nicht der Beurkundung durch einen Nachtrag. — Wird ein Nachtrag

doch ausgestellt, so ist er, wenn nicht neue vertragsmäßige Abreden in ihm enthalten sind, nicht stempelpflichtig im Sinne von Tarifst. 70 PrStempG. — Gebühren für Nachträge soll die Gesellschaft nur dann ansetzen, wenn die Ausstellung des Nachtrags auf Wunsch des Versicherungsnehmers erfolgt.

2. ZVersWiss. **13** 546 (KG.). Wenn der Versicherer der Witwe des Versicherungsnehmers in einem Nachtrage zur Police bescheinigt, daß ihr sämtliche Rechte aus der Versicherung zuständen, und dann an sie zahlt, während der Sohn der wirklich Bezugsberechtigte ist, so liegt in der Ausstellung des Policennachtrags ein stillschweigender Verzicht auf die Geltendmachung der Police als Legitimationspapier: der Versicherer erklärt damit, daß er nicht an den Policeninhaber als solchen, sondern an den wirklich Berechtigten zahlen will. Zahlt er an einen Unberechtigten, so wird er nicht befreit. — ➳ Eine sehr bedenkliche Entscheidung. Red. ⇽

VII. Über Abweichung von Police und Antrag s. zu § 1 VVG. unter II 13 ff.

VIII. Über die Mitwirkung des Agenten bei der Schaffung und Aushändigung der Police s. zu § 43 VVG.

§ 4. Vgl. zu § 3 VVG.

§ 5. (Vgl. JDR. **10** 1203.) Literatur: Dr. B., Das Widerspruchs- und Anfechtungsrecht des Versicherten, ÖsterrRev. **13** 13 ff.

1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 311. Von einer Annahme und Billigung des Policeninhalts kann dann nicht die Rede sein, wenn der Versicherungsnehmer wider sein Wissen in den Besitz der Police kam oder wenn sie während seiner Abwesenheit in seinen Handbriefkasten oder in die Hand seiner Dienstboten gelangt oder wenn der Versicherungsnehmer gleich nach dem Zugange der Police in eine Krankheit verfiel, welche ihm eine genaue Prüfung des Inhalts unmöglich machte.

2. Gottschalk, Der Abschluß des Versicherungsvertrags, ZVersWes. **12** 199 (s. oben zu § 1 unter II). § 5 VVG. findet auch dann Anwendung, wenn die dem Versicherungsscheine beigefügten Allgemeinen Versicherungsbedingungen andere sind als die des Antrags.

3. MittöffFeuerversAnst. **13** 142, VAPV. **12** Anh. 41, ZVersWes. **12** 274 (Düsseldorf). Der Versicherer kann sich auf die Unterlassung des Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Versicherungsscheins seitens des Versicherungsnehmers nur berufen, wenn die Möglichkeit des Widerspruchs ausdrücklich vereinbart ist.

4. Hiergegen Petersen, Rechtsprechung, ZVersWiss. **13** 112. Wenn sogar eine ausdrückliche Vereinbarung, daß die Annahme des Versicherungsscheins als Genehmigung seines Inhalts gelten soll, nicht die Folge haben kann, dem Versicherungsnehmer mit sofortiger Wirkung jede Einwendung gegen den Inhalt des Scheines zu nehmen, so kann ohne eine solche die Rechte des Versicherungsnehmers einschränkende Vereinbarung seine Rechtslage nicht ungünstiger sein. Aus § 5 muß entnommen werden: Die stillschweigende Annahme des Scheines kann erst dann als dessen Genehmigung ausgelegt werden, wenn mindestens ein Monat verflossen ist.

5. Josef, Kleinere Streitfragen aus dem deutschen Versicherungsvertragsgesetz, ÖstZVersWiss. **13** 136 ff. wendet sich gleichfalls gegen die Entsch. des OLG. Düsseldorf. Fertigt der Versicherer den Versicherungsschein aus unter Abweichung von dem Inhalte des Versicherungsantrags, so gilt dies als Ablehnung des Antrags, verbunden mit einem neuen Antrage (§ 150 Abs. 2 BGB.). Auch wenn der Versicherer den Versicherungsnehmer auf diese Abweichung nicht ausdrücklich hingewiesen hat, ist letzterer verpflichtet zu prüfen, ob der Inhalt des Scheines mit seinem Antrag übereinstimmt, ob der Schein insbesondere nicht etwa auf einem Mißverständnis über den Inhalt seines Antrags beruht. Zu dieser Prüfung hat der Versicherungsnehmer, auch wenn eine Vereinbarung des im § 5 VVG. bezeichneten Inhalts nicht

vorliegt, einen Monat Zeit. Erhebt er nicht binnen dieses Monats Widerspruch, so nimmt er stillschweigend den in dem Scheine liegenden Vertragsantrag des Versicherers an und der Vertrag hat lediglich den im Scheine angegebenen Inhalt.

§ 6. (Vgl. JDR. **10** 1204.) Literatur: Gottschalk, Die Befreiung des Versicherers von der Verpflichtung zur Leistung im VVG., ZVersWes. **12** 645 ff. — Heine, Versicherungsrechtliche Erörterungen, LeipzZ. **12** 307 ff. — Hercher, Die Anwendung des § 278 BGB. auf das Verhältnis des Versicherungsnehmers zum Versicherer nach dem VVG. Diss. Saalfeld i. Th. 1912. — Batke, Das Verschulden im Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908. Diss. Greifswald 1908. — Vgl. auch allgemein zu §§ 32, 33, 34, 61, 171, 181, 182, 183 VVG.

I. Voraussetzungen für die Anwendung des § 6. 1. Mitt. öffFeuerversAnst. **13** 572 (LG. Düsseldorf). § 6 VVG. bezieht sich nur auf „Obliegenheiten" des Versicherungsnehmers. Wenn daher der Versicherer nach den Versicherungsbedingungen nur haftet, sofern sich die versicherten Sachen bei Eintritt des Versicherungsfalls in den in der Police angegebenen Räumlichkeiten befinden, und eine Änderung des räumlichen Geltungsbereichs einer besonderen Vereinbarung der Parteien bedarf, so kann der Versicherungsnehmer die Versicherungsleistung nicht mit der Begründung verlangen, die Vornahme dieser Vereinbarung über die Änderung des räumlichen Geltungsbereichs sei ohne Verschulden versäumt worden.

2. HansGZ. **13** Beibl. 194 (Hamburg). Wenn der Kreditversicherungsvertrag mit der Bedingung geschlossen ist, daß der Versicherte während des Risikos mit einem gleich hohen Betrag aus einem neu zu liefernden Warenposten in Obligo zu bleiben habe, so liegt darin im Zweifel keine technische „Bedingung" für die Wirksamkeit des Vertragsschlusses, sondern eine Obliegenheit im Sinne des § 6 VVG. War die Erfüllung dieser Verpflichtung dem Versicherten bona fide nicht möglich, so liegt keine schuldhafte Pflichtverletzung vor. Die Bestimmung hat in erster Linie den Zweck, den guten Glauben des Versicherten an die Kreditwürdigkeit darzutun. Eine strengere über § 6 VVG. hinausgehende Haftung des Versicherten, welche nach § 187 VVG. an sich hätte vereinbart werden können, sollte damit nicht vereinbart werden.

II. Bedeutung und Auslegung von Verwirkungsklauseln im allgemeinen. 1. Gottschalk, Die Befreiung des Versicherers von der Verpflichtung zur Leistung im VVG., ZVersWes. **12** 645 ff. A. Die Leistungsbefreiung kann neben dem fristlosen Kündigungsrecht des Versicherers stehen, so z. B. nach §§ 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 VVG. B. Die Leistungsbefreiung beruht auf einem Verhalten des Versicherungsnehmers, sei es ein Tun (§§ 23 ff., 61, 125, 126, 152, 169, 181, 2), sei es ein Unterlassen (§§ 23 Abs. 2, 25 Abs. 2, 27, 28, 71, 6, 38, 39). C. Die Leistungsbefreiung hebt nicht — wie Kündigung und Rücktritt — das ganze Vertragsverhältnis auf. Die Pflichten des Versicherungsnehmers bleiben daher bestehen und der Versicherungsnehmer kann die gezahlten Prämien nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen. In den Fällen der §§ 24 Abs. 3, 28 Abs. 2, 71 Abs. 2 ist das Leistungsverweigerungsrecht ein befristetes, es erlischt mit dem Erlöschen des Kündigungsrechts. Tritt der Versicherungsfall während der Frist ein, so ist der Versicherer leistungsfrei, auch wenn er nicht kündigt. In den Fällen der §§ 38, 39 VVG. vermag der Versicherungsnehmer die Leistungsfreiheit durch Zahlung zu beseitigen; im Falle des § 39 ist es unerheblich, ob die Zahlung freiwillig oder durch Zwangsbeitreibung erfolgt. Alle diese Fälle sind Fälle genereller Leistungsfreiheit. D. In den Fällen der §§ 61, 125, 126, 130, 152, 181 und 189 VVG. ist dagegen die Leistungsfreiheit eine spezielle, sie bezieht sich nur auf den schuldhaft herbeigeführten Versicherungsfall. Dies gilt auch in den Fällen des § 2, des § 12 Abs. 2 und des § 6.

2. **RG.** WallmVersZ. **47** 193, HansGZ. **13** Beibl. 17. Ist der wirkliche Sinn einer Verwirkungsklausel ermittelt, so muß jede Vertragspartei, auch die im Irrtume befindliche, diesen Sinn in vollem Umfange gegen sich gelten lassen, mag ihr auch

aus ihrer abweichenden irrtümlichen Auslegung ein besonderes Verschulden nicht zur Last gelegt werden können. Gegenüber einer Verwirkungsklausel kann der Entlastungsbeweis also nicht auf eine rechtsirrtümliche Auslegung der Vertragsbestimmung gestützt werden.

3. **RG.** VersAnn. **12** 793, WallmVersZ. **47** 257, MittöffFeuerversAnst. **12** 587, R. **12** Nr. 3284. Läßt die Verwirkungsklausel Unklarheit darüber, ob die Verwirkung schon beim Vorliegen objektiver Unwahrheit der von dem Versicherten über den Umfang des erlittenen Schadens gemachten Angaben eintreten soll oder ob nur bei einem fahrlässigen oder gar nur bei einem vorsätzlichen Verstoß, so ist die Klausel in der Regel im letzteren Sinne auszulegen. Dies erfordern Treu und Glauben. F r ü h e r e s R e c h t.

4. VAPV. **13** Nr. 728 (Zweibrücken). Wenn die Versicherungsbedingungen an die schuldhafte Fristversäumung hinsichtlich einer vertraglichen Obliegenheit die Anspruchsverwirkung knüpfen, so ist die Vorschrift des § 326 BGB. über die nochmalige Fristsetzung unanwendbar. Der Versicherer ist auch — wenigstens einem geschäftsgewandten Versicherungsnehmer gegenüber — nicht nach Treu und Glauben verpflichtet, ihn vorher auf die Verwirkungsklausel aufmerksam zu machen und ihm ihre Geltendmachung anzudrohen.

5. **RG.** VersAnn. **12** 867, R. **13** Nr. 764. Wenn der Haftpflichtversicherte vertragswidrig einseitig den außergerichtlich erhobenen Ersatzanspruch eines Verletzten anerkennt, so tritt gleichwohl die bedingungsgemäße Verwirkung des Versicherungsanspruchs nicht ein, wenn der Versicherer die Vertretung im nachfolgenden Prozesse bedingungswidrig ablehnt und gegen den Versicherten nun Versäumnisurteil ergeht.

6. **RG. 78** 410, VAPV. **12** Nr. 679, JW. **12** 477, VersAnn. **12** 307, Mittöff. FeuerversAnst. **12** 207, ZVersWes. **12** 273 u. 409, MasVersRdsch. **24** 224, R. **12** Nr. 1261. Eine Bestimmung der Versicherungsbedingungen, wonach der Versicherungsnehmer seines Anspruchs auf Entschädigung verlustig geht, wenn er b e i E r m i t t l u n g d e s S c h a d e n s einer arglistigen Täuschung sich schuldig macht, findet nicht Anwendung, wenn der Versicherungsnehmer i m P r o z e s s e wissentlich unwahre Angaben gemacht hat. Anders, wenn beim S c h ä t z u n g s v e r f a h r e n und ferner dann, wenn das Verhalten i m Prozeß im Zusammenhalte mit der dieses vorbereitenden Tätigkeit v o r dem Prozesse dazu führen muß, das gesamte betrügerische Verhalten in seinem gesamten Zusammenhang als ein bei Ermittlung des Sachverhalts betätigtes betrügerisches Verhalten im Sinne obiger Bestimmung aufzufassen.

III. V e r s c h u l d e n D r i t t e r, A n w e n d b a r k e i t v o n § 278 B G B. (Vgl. JDR. **10** 1204 unter I—III.) 1. R. **12** Nr. 3452 (Stuttgart). Der Versicherungsnehmer, der sein gegen Feuerschaden versichertes Automobil unter Eigentumsvorbehalt verkauft und dem Käufer zur Benutzung überlassen hat, haftet der Versicherungsgesellschaft nicht aus § 278 BGB. für Verschulden des Käufers und Besitzers und noch weniger darüber hinaus.

2. Wegen der Frage, ob und welche Obliegenheiten und Pflichten bei der Versicherung für fremde Rechnung vom Versicherungsnehmer und vom Versicherten zu erfüllen sind, vgl. L e n n é, ZVersWiss. **12** 1239 ff., und Stuttgart, s. zu § 74 VVG.

3. K i s c h, R. **13** 791. Den Nießbraucher treffen keinerlei Pflichten und Obliegenheiten, die bedingungsgemäß für den Eigentümer bestehen, der den Versicherungsvertrag geschlossen hat.

4. Vgl. oben zu § 3 VVG. unter I, 2, A (Kirchberger); ferner zu § 12 VVG. unter II, 1, b (Josef), zu § 23 unter VI, 2 (Josef) und zu § 130 VVG. unter 3 u. 4.

5. Über die ganz anders geartete Frage, ob bei der Haftpflichtversicherung das Verschulden von Familienmitgliedern als mitversichert zu gelten hat, s. zu § 149 VVG. unter I 5.

IV. Heine, Versicherungsrechtliche Erörterungen, LeipzZ. **12** 307. Der in den §§ 21, 25 Abs. 3, 32 VVG. dem Versicherungsnehmer nachgelassene Beweis, daß die Verletzung der Anzeigepflicht bzw. die Gefahrerhöhung keinen Einfluß auf den Eintritt des Versicherungsfalls oder auf den Umfang der Leistung des Versicherers gehabt habe, ist im § 6 VVG. nicht erwähnt und darf daher für andere Fälle der Verletzung von Obliegenheiten des Versicherungsnehmers nicht zugelassen werden.

V. Die Verwirkungsklausel bei der Abonnentenversicherung. (Vgl. JDR. **10** 1195). 1. HansGZ. **12** Beibl. 273, WallmVerZ. **47** 441, LeipzZ. **12** 714, VAPV. **12** Nr. 693, R. **12** Nr. 693 (Hamburg). Schreibt eine Zeitung, jeder Abonnent sei nach Maßgabe der Versicherungsbedingungen versichert, wird aber in den bei der Expedition abzufordernden Bedingungen gesagt, daß zu dieser Versicherung als „Voraussetzung" die Namensunterschrift auf den Quittungen erforderlich sei, so tritt die Versicherung nicht erst durch die Quittungsunterschrift ein, sondern schon durch das Abonnement als solches. Das Unterschreiben der Quittungen ist nicht eine den Vertragsschluß herbeiführende Willenserklärung, sondern die Erfüllung einer durch den abgeschlossenen Vertrag auferlegten „Obliegenheit" im Sinne des § 6 Abs. 1 VVG. Geschieht die Nichtzeichnung der Quittungen unabsichtlich, ohne Verschulden, z. B. weil die „für die Namenszeichnung reservierte Stelle" auf den Postquittungen der auswärtigen Abonnenten gar nicht existiert, so ist daher der Zeitungsinhaber von der Verpflichtung zur Leistung nicht frei.

2. LeipzZ. **12** 876 (Hamburg). Die Beweislast für die Erfüllung dieser „Obliegenheit" trifft der Versicherten, der Versicherer ist nicht etwa für das Gegenteil beweispflichtig.

3. VerfAnn. **13** 468, R. **13** Nr. 1945 (Hamburg). Auf Bestimmungen der Abonnementsversicherungsbedingungen über die Verwirkung des Versicherungsanspruchs kann sich der Verleger nach Treu und Glauben nicht berufen, wenn er an ihrer Einhaltung ein vernünftiges und angemessenes Interesse nicht hat.

4. VAPV. **12** Nr. 692 (Dresden). Bei der Abonnentenunfallversicherung fällt der Abschluß des Versicherungsvertrags mit dem des Abonnementsvertrags zusammen. Die Verpflichtung, die Abonnementsquittung vor dem Unfall eigenhändig zu unterschreiben, ist, auch wenn sie als „Voraussetzung der Versicherung" bezeichnet wird, eine Obliegenheit aus dem schon abgeschlossenen Vertrage. Bei Verletzung dieser Obliegenheit kann der Versicherungsnehmer einwenden, daß dies ohne Verschulden geschehen sei. Der Versicherungsnehmer kann sich daher darauf berufen, daß er die Abonnementsquittung erst unterschreiben kann, nachdem er sie erhalten hat, d. h. nachdem er sie bezahlt hat. Hat nun der Zeitungsverleger das Zeitungsgeld durch die Zeitungsfrau quittieren lassen, so ist die Verletzung jener Obliegenheit entschuldigt, solange die Quittung von der Zeitungsfrau noch nicht vorgelegt ist. Dies gilt auch dann, wenn in den Bedingungen hervorgehoben wird, daß es nicht Sache des Verlags ist, für pünktliche Zahlung des Abonnementbeitrags zu sorgen, der Verleger aber in seinem eigenen Interesse gleichwohl den Beitrag durch die Zeitungsfrauen kassieren läßt.

5. SchlHolstAnz. **13** 344 (Kiel). Ist bei einer Abonnementsversicherung der Zeitungsverleger zur Zahlung der Versicherungssumme nur verpflichtet, sofern der Abonnent den Abonnementsschein vor dem Eintritte des Unfalls eigenhändig mit seiner Namensunterschrift versehen hat, so kann sich der Versicherungsnehmer nach § 6 VVG. damit entlasten, daß er nachweist, daß die nicht rechtzeitige Unterzeichnung der Abonnementsquittung unverschuldet war. Ist es aber nach den Bedingungen Sache des Abonnenten, für pünktliche Zahlung des Abonnementsbeitrags, womit die Aushändigung der Quittung verbunden war, zu sorgen, und hat sich der Verleger in den Bedingungen bereit erklärt, den Abonnenten auf Wunsch Quittungen

für Abonnementsperioden, die noch nicht begonnen haben, auszustellen, so ist die Verletzung der Obliegenheit keine unverschuldete.

VI. Zwingende Natur des Gesetzes. Heine, Versicherungsrechtliche Erörterungen, LeipzZ. 12 301 ff., bes. 302 unter I. Die Vorschriften des § 6 Abs. 1, 2 VVG. sind zwar zwingendes Recht, die Unwirksamkeit einer von dieser gesetzlichen Regelung abweichenden Vereinbarung im Versicherungsvertrage hat der Richter aber nicht von Amts wegen, sondern nur auf Grund eines Einwandes des Versicherungsnehmers zu berücksichtigen. Ohne derartigen Einwand ist der Richter auch bei streitiger Verhandlung nicht in der Lage, den Versicherungsnehmer zu schützen. Er kann höchstens von seinem richterlichen Fragerecht Gebrauch machen.

VII. Verwirkungsklauseln ohne Rücksicht auf Verschulden. ÖstZBl. 12 250 (OGH. Wien). Die Bestimmung der Versicherungsbedingungen, der Versicherte sei für die Richtigkeit und Vollständigkeit der als Vertragsgrundlage dienenden Erklärungen verantwortlich, auch wenn er sie nicht selbst geschrieben habe, und der Vertrag sei für die Gesellschaft unverbindlich, wenn diese Erklärungen wahrheitswidrige Angaben enthielten oder wenn in ihnen etwas nicht angegeben sei, was auf den Entschluß der Gesellschaft, sich auf den Vertrag überhaupt oder unter den gleichen Bedingungen einzulassen, nach dem Ermessen Sachverständiger hätte Einfluß haben können, verstößt weder gegen das Gesetz, noch gegen allgemeine Rechtsbegriffe und das Rechtsgefühl. Die Verwirkung des Versicherungsanspruchs durch Verschweigung erheblicher Umstände — früher erlittene Unfälle und abgelehnte Versicherungsanträge — tritt ein ohne Rücksicht auf Verschulden.

§ 7. Vgl. JDR. **10** 1209.

§ 8. (Vgl. JDR. **10** 1210.) Literatur: Wehberg, § 8 VVG. in Verbindung mit Art. 3 EGVVG., VersAnn. **12** 25 ff.

1. Wehberg, § 8 VVG. in Verbindung mit Art. 3 EGVVG., VersAnn. **12** 25. a) Die Vorschrift des § 8 findet nur auf solche Vereinbarungen Anwendung, welche zeitlich unter die Herrschaft des VVG. fallen. Diese Herrschaft beginnt bei den bestehenden Versicherungsverhältnissen erst mit deren ersten — nach dem 31. Dezember 1909 liegenden — Ablaufstermine. Die Prolongationsabrede ist ein Bestandteil des alten Vertrags, das VVG. findet bei Beginn seiner Herrschaft über das Vertragsverhältnis einen fertigen Pakt vor. Die erste Prolongation verhilft dem neuen Rechte erst zur Herrschaft. Dies hat zur Folge, daß nicht schon vom ersten Kündigungstermine ab, sondern erst von dem diesem Termine folgenden vertragsmäßigen Ablaufstermin ab die Vertragsdauer sich nur auf je ein Jahr verlängert. b) Rückwirkende Kraft hat § 8 VVG. nicht.

2. Über die rückwirkende Kraft des § 8 VVG. vgl. auch Petersen, Rechtsprechung, ZVersWiss. **13** 251.

3. Über stillschweigende Verlängerung bei Schüler-(Kollektivunfall-)Versicherungen vgl. VAPV. **12** 112 ff.

4. ÖstZBl. **12** 152 (OGH. Wien). Die Klausel über die automatische Erneuerung der Unfallversicherung ist keine integrierende Vertragsbestimmung, sondern ein pactum adiectum. Hat der Vermittlungsagent dem Versicherungsnehmer gutgläubig zugesichert, der Antrag laute lediglich auf 3 Jahre, während der schriftliche Antrag die Erneuerungsklausel enthält, so beruht die Willenseinigung auf einem Irrtum des Versicherungsnehmers, den der Agent mitverschuldet hat. Eine „wahre Einwilligung" des Versicherungsnehmers (§§ 869, 871 ÖstBGB.) liegt nicht vor, die Erneuerungsklausel ist daher nicht wirksam.

§ 9. (Vgl. JDR. **10** 1212). Über die Versicherungsperioden bei den Schüler-(Kollektivunfall-)Versicherungen vgl. VAPV. **12** 112, 113.

§ 10. Literatur: Wedemeyer, Die Äußerungstheorie im geltenden Rechte DJZ. **12** 252 ff.

1. Wedemeyer, Die Äußerungstheorie im geltenden Recht, DJZ. **12** 252 ff., wendet sich gegen die Ansicht Reichels (DJZ. **11** 1534), § 130 Abs. 1 BGB. sei zwingendes Recht, es seien daher Klauseln, wonach gewisse auf das Vertragsverhältnis der Parteien bezügliche Erklärungen schon dann als dem Gegner zugegangen gelten sollen, wenn sie in eingeschriebenem Briefe an dessen (gegenwärtige, ständige, letztbekannte) Adresse abgesandt sind, unwirksam. Derartige Klauseln sind vollwirksam, selbst wenn sie sich auf Erklärungen beziehen, durch welche die Vertragsbeziehungen gelöst werden können, z. B. auf Kündigungen. Die Bestimmung in den „besonderen Versicherungsbestimmungen des Internationalen Verbandes zur Transportversicherung von Post- und Eisenbahnwertsendungen", daß die Sendungen unter die Versicherung fallen, sobald sie von dem Versender, dem Versicherungsnehmer, in das Policenbuch eingetragen werden, und daß dem Versicherer von diesen täglichen Eintragungen dann innerhalb 24 Stunden nach der Absendung der betreffenden Sendungen Auszüge zuzustellen sind, ist daher wirksam. Die Eintragung in das Policenbuch ist entweder als Annahme der für die Dauer des allgemein geschlossenen Vertrags gestellten Offerte oder als rechtsgeschäftliche einseitige Spezialisierung der in der Police nur generell bezeichneten Sendungen aufzufassen.

2. Gottschalk, Der Abschluß des Versicherungsvertrags, ZVersWes. **12** 201. § 10 ist auf die Erklärung des Versicherers, daß er den Versicherungsantrag annehme, unanwendbar.

§ 11. (Vgl. JDR. **10** 1212.) I. Vereinbarung über Fälligkeitsaufschub, Rückwirkung. 1. KGBl. **12** 42 (KG.). § 11 VVG. findet als zwingende Vorschrift auch auf solche Versicherungsverhältnisse Anwendung, welche bereits beim Inkrafttreten des VVG. bestanden.

2. LeipzZ. **12** 953, ElsLothJZ. **13** 12 (Colmar). Vom 1. Januar 1910 kann der Versicherungsnehmer Prozeßzinsen fordern; denn eine entgegenstehende Bestimmung der Versicherungsbedingungen greift gegenüber dem mit rückwirkender Kraft ausgestatteten § 11 nicht Platz. Erforderlich ist nur, daß die Klageforderung schon fällig ist. Klagerhebung und Fälligkeit entsprechen dann hinsichtlich der Zinsen begründenden Wirkung der Tatsache des Verzugs.

3. Petersen, Rechtsprechung, ZVersWiss. **13** 253. § 11 findet keine Anwendung, wenn am 1. Januar 1910 der Versicherungsvertrag nicht mehr besteht und nur noch ein lediglich aus dem Versicherungsverhältnis entsprungener, aber doch neben ihm selbständiger Anspruch zu befriedigen ist. — Wird eingehend begründet.

4. **RG.** WallmVersZ. **46** 1465, LeipzZ. **12** 700, GruchotsBeitr. **56** 1110, Vers. Ann. **12** 451. Die Bestimmung, daß der Versicherer sich auf eine Klausel über den Aufschub der Fälligkeit nicht berufen kann, hat zwar rückwirkende Kraft nach Art. 4 Abs. 2 EG., aber doch erst vom Inkrafttreten des Gesetzes (1. Januar 1910) an und nur für die Zeit von da an, nicht für die vorhergehende.

5. Ebenso Heine, Zu §§ 11, 94 VVG. und Art. 4 Abs. 2 EGVVG., Mitt. öffFeuerversAnst. **13** 402.

6. **RG. 78** 410, VAPV. **12** Nr. 679, JW. **12** 477, VersAnn. **12** 307, ZVers. Wiss. **13** 254, ZVersWes. **12** 273 u. 409, MasVersRdsch. **24** 224, R. **12** Nr. 1263. Eine unter der Herrschaft des alten Rechtes getroffene Vereinbarung, nach welcher der Eintritt des Verzugs und demgemäß die Entstehung des Anspruchs auf Verzugszinsen von einer Bedingung abhängig gemacht ist, verliert ihre Wirksamkeit erst mit dem Inkrafttreten des VVG. § 11 VVG. findet zwar auf altrechtliche Versicherungen Anwendung, dies aber auch nur, wenn dieses altrechtliche Versicherungsverhältnis zur Zeit des Inkrafttretens des VVG. noch bestand.

II. Vergleich. (Vgl. JDR. **10** 1213.) 1. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **13** 409, WallmVersZ. **47** 2049, VersAnn. **13** 244, JW. **13** 692, ZVersWes. **13** 608, R. **13** Nr. 2832. Ein Vergleich ist nach § 123 BGB. anfechtbar, wenn er vom Versiche-

rungsnehmer auf Grund der wider besseres Wissen vom Vertreter des Versicherers als unbestreitbar hingestellten Erklärung abgeschlossen ist, der Anspruch auf Entschädigung sei mangels rechtzeitiger Beitragszahlung verwirkt.

2. MittöffFeuerversAnst. **13** 380 (Kiel). Ein Vergleich über die Höhe des Schadensbetrags kann vom Versicherungsnehmer nicht wegen angeblicher Ausnutzung der Notlage angefochten werden, wenn der Versicherer lediglich seine wirtschaftlich stärkere Stellung ausnutzt. Von einer Unsittlichkeit kann nur dann die Rede sein, wenn der Versicherer die Notlage des Versicherungsnehmers dazu benutzt hätte, um sich bewußt seinen vertraglichen Verpflichtungen zu entziehen durch leichtfertige Beanstandungen in der Erwartung, daß der Versicherungsnehmer bei seiner mißlichen Vermögenslage sich auf den Vergleich einlassen werde, um möglichst schnell verfügbare Barmittel zu erhalten.

III. Verzicht. (Vgl. JDR. **10** 1213). 1. LeipzZ. **13** 797, VAPV. **13** Nr. 730, ZVersWes. **13** 214 (Hamburg). Der Versicherer kann die Auszahlung der Entschädigung nicht von der Ausstellung einer Generalquittung abhängig machen, in der der Versicherte anerkennt, daß ihm aus dem Versicherungsfalle keine weiteren Ansprüche gegen den Versicherer zustehen. Der Versicherer kann nach § 368 BGB. nur eine einfache Quittung verlangen und, wenn der Versicherte behauptet, weitere Ansprüche zu haben, nur nach § 256 ZPO. negative Feststellungsklage erheben.

2. LeipzZ. **12** 793, MittöffFeuerversAnst. **12** 152 (Colmar). Der Verzicht des Versicherten auf weitere Entschädigungsansprüche kann nicht wegen Irrtums angefochten werden, wenn der Versicherte sich nicht über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtume befand, sondern nur fälschlich davon ausging, die geretteten Teile des gegen Brand versicherten Gebäudes würden später infolge der Aufhebung oder Änderung eines Baufluchtlinienplans wieder verwendbar werden.

§ 12. (Vgl. JDR. **10** 1213.) Literatur: Josef, Kleinere Streitfragen aus dem deutschen Versicherungsvertragsgesetz, ÖstZVersWiss. **13** 101 ff. unter I. — Derselbe, Geltendmachung der Entschädigungsforderung durch Zahlungsbefehl, ZVersWes. **13** 196 ff. — Schneider, Der Begriff des Versicherungsverhältnisses, ÖsterrRev. **13** 26 ff. — Schwartz, Zur Auslegung der in den Haftpflichtversicherungsbedingungen enthaltenen Bestimmung, wonach die Versicherungsansprüche binnen bestimmter Frist geltend zu machen sind, LeipzZ. **13** 670 ff. — B. M., Wann gilt der Versicherte, der die Ausschlußfrist zur Erhebung der Klage versäumt, als entschuldigt? SaskisVersZ. **13** 10.

I. Verjährungsfrist. Heine, Zu §§ 11, 94 VVG. und Art. 4 Ziff. 2 EGVVG., MittöffFeuerversAnst. **13** 402. Im Falle des § 94 VVG. beginnt die Verjährung erst mit dem Schlusse desjenigen Jahres, in welchem die Leistungspflicht des Versicherers ihrem gesamten Umfange nach festgestellt ist, dergestalt, daß, falls etwa die im § 94 vorgesehene Monatsfrist seit Anmeldung des Versicherungsfalls sich in das folgende Kalenderjahr erstrecken sollte, der Versicherungsbeginn erst auf den Schluß dieses Jahres zu setzen ist. Dies gilt auch dann, wenn die Feststellung infolge eines Verschuldens des Versicherungsnehmers nicht erfolgen konnte. Auch dann wird der Beginn der Verjährungsfrist auf den Schluß des folgenden Jahres verschoben, es tritt nicht etwa bloß eine Hemmung nach Analogie von § 94 Abs. 3 VVG. ein.

II. Allgemeines über die Klagefrist. 1. Josef, Kleinere Streitfragen aus dem deutschen Versicherungsvertragsgesetz, ÖstZVersWiss. **13** 101 ff. unter I. a) Ist die gemäß § 12 Abs. 2 VVG. in den allgemeinen Versicherungsbedingungen bestimmte Ausschlußfrist vom Versicherungsnehmer versäumt, so erlischt der Anspruch auch dann, wenn die Versäumung nicht auf Verschulden beruht. Die frühere entgegengesetzte Rechtsprechung entbehrt der gesetzlichen Grundlage und erklärt sich aus dem Bestreben der Praxis, die Härte der früheren Bedingungen tunlichst zu mildern. Mit dem neuen Rechte hat dieses Bestreben jede rechtliche Grundlage verloren. Dagegen gilt als stillschweigend vereinbart, daß die in den

§§ 203, 206, 207 BGB. als gesetzliche Hemmungsgründe der Verjährung aufgeführten Umstände den Ablauf der Klagefrist hemmen sollen. Noch weniger kann der Versicherer sich auf den Fristablauf berufen, wenn er selbst ihn durch sein Verhalten verursacht hat, so z. B., weil er nach Ablehnung den Versicherungsnehmer durch Vergleichsverhandlungen hingehalten hat. b) Die Klagausschlußfrist enthält eine Bedingung für die Erhaltung der Rechte aus der Versicherung, keine Verbindlichkeit im Sinne des § 278 BGB. Gleichwohl hat der Versicherungsnehmer ein Verschulden seines Rechtsanwalts, der die Frist versäumt, als sein eigenes gelten zu lassen, weil die Herbeiführung des Ausfalls der Bedingung durch den Vertreter nur den Vertretenen treffen kann. c) Auf die Klagausschlußfrist finden die für die Unterbrechung der Verjährung geltenden Vorschriften des BGB. nur insoweit Anwendung, als dies dem erkennbaren Willen der Beteiligten entspricht. Dies ist anzunehmen bei der Vorschrift des § 212 Abs. 1 BGB. (§ 271 Abs. 3 ZPO.). Dagegen entspricht die Anwendbarkeit des § 212 Abs. 2 BGB. in der Regel nicht der Absicht der Beteiligten. d) Darüber, ob es bei der Haftpflichtversicherung zur Wahrung der Frist genügt, daß der vom verletzten Dritten verklagte Versicherungsnehmer dem Versicherer den Streit verkündet, entscheiden die Versicherungsbedingungen. Sofern diese die Streitverkündung nicht ausdrücklich als zur Fristwahrung genügend erklären, reicht sie zur Wahrung nicht aus. Dagegen wird die Ausschlußfrist durch Zustellung eines Zahlungsbefehls gewahrt, da diese nach § 693 ZPO. die Rechtshängigkeit des Anspruchs zur Folge hat. e) Der Haftpflichtversicherer kann, wenn er Deckung des Versicherungsnehmers vor den Ansprüchen des Dritten ablehnt, die Ausschlußfrist für die Klage des Versicherungsnehmers auch schon in Lauf setzen, bevor die Ansprüche des Dritten gerichtlich festgestellt sind. Wird der Versicherungsnehmer wegen eines Haftpflichtfalls in Anspruch genommen, so sind die Voraussetzungen für die Verpflichtung der Gesellschaft, den Versicherungsschutz zu gewähren, erfüllt, folglich auch Ablehnung und deshalb Fristbeginn möglich. Der Versicherungsnehmer mag, wenn er einen genauen Betrag, für den er haften wird, noch nicht angeben kann, in der Ausschlußfrist Feststellungsklage erheben.

2. **RG.** JW. **13** 690, ZVersWes. **13** 598, R. **13** Nr. 1942. Ist für die Geltendmachung von Haftpflichtversicherungsansprüchen eine Ausschlußfrist von „2 Jahren nach dem Schadensereignisse" festgesetzt, so beginnt die Frist nicht mit der Erhebung von Haftpflichtansprüchen, sondern schon mit dem Eintritte des Schadensereignisses selbst.

3. Wegen der Klagausschlußfrist bei der Haftpflichtversicherung vgl. auch zu § 153 VVG. unter II und unten unter III 6—10.

4. Wegen der Klagefrist bei der Wiederherstellungsklausel in der Feuerversicherung s. VAPV. **13** Anh. 124 (Colmar), unten zu § 97 VVG. unter 3.

5. LeipzZ. **12** 874 (Colmar). Die Klagefristen sind selbst dann Ausschlußfristen, wenn es in den Bedingungen heißt: „der Anspruch ist verjährt".

6. Ebenso **RG.** VAPV. **12** Nr. 711, LeipzZ. **12** 86, 874, ZVersWiss. **12** 1068, GruchotsBeitr. **56** 378, MasVersRdsch. **24** 57.

7. Ebenso **RG.** LeipzZ. **14** 289, VAPV. **13** Nr. 749, HansGZ. **13** Beibl. 285, WarnE. **13** Nr. 277, SasкisVersZ. **13** 31, R. **13** Nr. 1232.

III. Ablehnung des Versicherungsanspruchs. (Vgl. JDR. **10** 1214.) 1. **RG.** Wallm. VersZ. **47** 2001. Eine die Klagausschlußfrist in Lauf setzende Ablehnung des Invaliditätsentschädigungsanspruchs liegt im Zweifel nicht vor, wenn der Unfallversicherer bei Absendung seines Ablehnungsschreibens noch gar nicht wußte, daß der Versicherungsnehmer, welcher bis dahin nur die vertragsmäßige Unfalltagesentschädigung verlangt und erhalten hatte, auch Invaliditätsentschädigung beanspruchte.

2. **RG.** VersAnn. **12** 105, WallmVersZ. **46** 1297. Ein „ablehnender Bescheid" liegt nicht vor, wenn der Agent unter nachträglicher Billigung des Haftpflichtversicherers dem Versicherungsnehmer gegenüber die Deckungspflicht der Gesellschaft verneint, auf Wunsch der Gesellschaft den Versicherungsnehmer aber mit Rat unterstützt. Der ablehnende Bescheid muß bestimmt lauten, wenn er die Ausschlußfrist in Lauf setzen soll.

3. LeipzZ. **13** 331, R. **13** Nr. 426 (Colmar). Die Ausschlußfrist wird in Lauf gesetzt nur durch „endgültige" Ablehnungsbescheide. Ein solcher liegt nicht vor, wenn der Versicherer sich auf die Vorstellung des Versicherungsnehmers nochmals auf eine eingehende Auseinandersetzung über die Sach- und Rechtslage eingelassen hat und dabei am Schlusse eines Schreibens bemerkt: „Ihren event. weiteren Nachrichten sehen wir mit Interesse entgegen".

4. **RG.** VAPV. **12** Nr. 654, WallmVersZ. **45** 2039, MasVersRdsch. **24** 223. Die Ausschlußfrist wird dadurch, daß die Ablehnung einem der Miterben gegenüber erfolgt, nicht auch den übrigen Erben gegenüber in Lauf gesetzt. Dies gilt auch dann, wenn die übrigen Miterben diesen Erben ermächtigt hatten, den Unfall anzumelden und wegen des vom Versicherer angebahnten Vergleichs an diesen zu schreiben.

5. Zustimmend P e t e r s e n , Rechtsprechung, ZVersWiss. **13** 113.

6. LeipzZ. **12** 873, 874 (Hamburg). Wenn die Bedingungen die Verwirkung eines Haftpflichtversicherungsanspruchs an den Fristablauf seit „Zahlungsweigerung" knüpfen, so bedeutet dies, daß die Zahlungsweigerung sich beziehen muß auf einen u n b e d i n g t gegen den Versicherer erhobenen Versicherungsanspruch. Ist die Zahlungsablehnung erfolgt, weil der Versicherer behauptete, der Versicherungsnehmer sei gar nicht haftpflichtig, und bestreitet auch der Versicherungsnehmer dem unmittelbar Geschädigten gegenüber seine Haftpflicht, stehen also Versicherer und Versicherungsnehmer auf dem Standpunkte, daß die Voraussetzungen der Leistungspflicht des Versicherers nicht gegeben sind, so liegt in dem Bestreiten der Entschädigungspflicht von seiten des Versicherers noch keine „Zahlungsweigerung". Es läge gar nicht im Interesse des Versicherers, wenn der Versicherungsnehmer gezwungen wäre, innerhalb der Verwirkungsfrist gegen ihn über die eventuelle, zur Zeit durch den Ausgang des Vorprozesses noch bedingte Entschädigungspflicht einen Prozeß anzustrengen. Das gleiche gilt, wenn der Versicherer seine eventuelle Entschädigungspflicht außerdem deshalb bestreitet, weil der Versicherungsnehmer ihn in dem Prozesse gegen den unmittelbar Geschädigten entgegen dem Vertrage nicht ordnungsgemäß unterstützt. Denn solange der Prozeß gegen den unmittelbar Geschädigten noch schwebt, steht die Haftpflicht des Versicherungsnehmers noch nicht fest, er kann also auch nicht vom Versicherer Zahlung verlangen.

7. S c h w a r z , Zur Auslegung der in den Haftpflichtversicherungsbedingungen enthaltenen Bestimmung, wonach die Versicherungsansprüche binnen bestimmter Frist geltend zu machen sind, LeipzZ. **13** 670 ff., wendet sich gegen dieses Urteil: Die die Ausschlußfrist in Lauf setzende Zahlungsweigerung kann wirksam erfolgen nicht erst nach Erledigung des Vorprozesses, nach rechtskräftiger Feststellung der Zahlungspflicht des Haftpflichtversicherten, sondern schon vordem. Geht dem Haftpflichtversicherten eine Zahlungsverweigerung vor Erledigung dieses Prozesses zu, so wird er bei verständiger Auslegung der Versicherungsbedingungen ohne weiteres zu der Ansicht kommen, daß er nun binnen der Frist gegen den Versicherer klagen muß. Auf die formal-juristische Auslegung, daß eine wirkliche Zahlungsverweigerung noch gar nicht vorliegen könne, weil erst festgestellt sein müsse, ob er selbst zur Entschädigung verpflichtet sei, wird er gar nicht kommen.

8. WallmVersZ. **47** 409, LeipzZ. **12** 874, HansGZ. **12** Beibl. 281, VAPV. **13** Nr. 727 (Hamburg). Der versicherte Schadensfall ergibt sich bei Haftpflichtversicherungen nicht schon aus dem Eintreten des Unfalls und auch nicht daraus, daß der

unmittelbar Verletzte Schadensersatzansprüche gegen den Versicherten erhebt. Es besteht dann zunächst nur die Möglichkeit eines vom Versicherer zu ersetzenden Schadens. Ein Versicherungsfall liegt erst vor, wenn die Entschädigungspflicht des Versicherten rechtskräftig festgestellt ist. Der seine Haftpflicht bestreitende Versicherte kann zunächst vom Versicherer noch keine Zahlung fordern. Die Schadensanzeige muß er allerdings schon erstatten, sobald ein Unfall vorgekommen ist, wegen dessen Ersatzansprüche erhoben werden. Wenn der Versicherer seine Entschädigungspflicht dem Versicherer gegenüber schon im voraus, also vor der rechtskräftigen Feststellung der Entschädigungspflicht des Versicherten, „ablehnt", so wird der Versicherte hierdurch nicht gezwungen, seine Ansprüche binnen einer schon mit dieser „Ablehnung" beginnenden Frist durch Klage geltend zu machen. Soweit der Versicherer daran ein Interesse hat, daß auch sein Rechtsverhältnis alsbald, gegebenenfalls vor definitiver Feststellung des Schadens, festgestellt wird, kann er, soweit es sich nur um Klarstellung von Tatsachen handelt, ein Verfahren zur Sicherung des Beweises beantragen und, soweit er ein Interesse an alsbaldiger Feststellung der Rechtslage hat, negative Feststellungsklage erheben. S. auch zu 9.

9. **RG.** LeipzZ. **14** 289, VAPV. **13** Nr. 749, HansGZ. **13** Beibl. 285, WarnE. **13** Nr. 277, SaskisVersZ. **13** 31, R. **13** Nr. 1232 (hebt das Urt. unter 8 auf). Es ist unrichtig, bei der Haftpflichtversicherung den Schadensfall noch nicht in dem Unfall und auch nicht darin zu erblicken, daß der unmittelbar Verletzte Schadensersatzansprüche gegen den Versicherten erhebt, sondern erst darin, daß eine Entschädigungspflicht des Versicherten für den Unfall festgestellt ist. Der Versicherungsfall liegt vielmehr vor, wenn ein Unfall, für den der Versicherte haftet, eingetreten ist und der Verletzte deshalb — sei es gerichtlich, sei es außergerichtlich — einen Entschädigungsanspruch gegen den Versicherten geltend gemacht hat. Damit sind dann auch für den Versicherer die Voraussetzungen für die Gewährung des vertraglich zugesicherten Versicherungsschutzes gegeben. Der Versicherer ist nunmehr berechtigt und verpflichtet, in dem Haftpflichtprozesse die Verteidigung des Versicherten zu übernehmen und zu leiten, die Prozeßkosten zu zahlen usw. Die Klagausschlußfrist des § 12 VVG. gilt auch für den Anspruch auf diesen Versicherungsschutz, nicht bloß für den Anspruch auf Entschädigung des Verletzten. Eine „Zahlungsweigerung" im Sinne der Bedingungen und des § 12 Abs. 2 VVG. liegt daher schon dann vor, wenn der Versicherer es ablehnt, im Prozesse dem Versicherten Rechtsschutz zu gewähren. Und wenn der Versicherer die Gewährung von Deckung und Schadensersatz für einen Haftpflichtfall ablehnt und nur zusagt, den Prozeß zu führen und für die Prozeßkosten einstweilen aufzukommen, so liegt darin eine die Klagausschlußfrist in Lauf setzende Erfüllungsweigerung.

10. Über die „Ablehnung" bei der Haftpflichtversicherung vgl. Josef, Kleinere Streitfragen, ÖstZVersWiss. **13** 101 ff. unter I e: s. oben unter II 1 und zu § 153 VVG. unter I (Begriff des Schadensereignisses).

IV. Gerichtliche Geltendmachung des Versicherungsanspruchs. (Vgl. JDR. **10** 1214.) 1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 300. In den Unfallversicherungsbedingungen wird oft verlangt, daß die Geltendmachung der Ansprüche „vermittels vollständiger Klagen" erfolgen müsse. Auch die Zustellung eines einfachen Zahlungsbefehls genügt dann; denn auch in einer förmlichen Klage braucht der Klagegrund nicht vollständiger angegeben zu werden.

2. Heine, Versicherungsrechtliche Erörterungen, LeipzZ. **12** 308. Die Ausschlußfrist wird lediglich durch gerichtliche Geltendmachung, also durch Leistungs- oder Feststellungsklage, Einreichung des Gesuchs auf Erlaß von Zahlungsbefehl (§ 207 ZPO.), Aufrechnung im Prozesse, Streitverkündung im Haftpflichtprozesse

Anmeldung im Konkurse des Versicherers gewahrt. Die Vorschriften der §§ 209, 210, 220, 212 Abs. 2 BGB. sind analog anzuwenden. Zur Wahrung der Frist genügt es auch, wenn gemäß §§ 64 Abs. 2, 184 VVG. vom Versicherungsnehmer der Antrag auf Ernennung von Sachverständigen zur Feststellung einzelner Voraussetzungen des Anspruchs oder der Höhe des Schadens bzw. des Maßes der Einbuße an Erwerbsfähigkeit bei dem zuständigen Amtsgerichte gestellt wird.

3. LeipzZ. **13** 333 (Dresden). Die in den allgemeinen Versicherungsbedingungen einer Feuerversicherungsgesellschaft zur Klagerhebung bestimmte Frist von 6 Monaten wird durch die Zustellung eines Zahlungsbefehls nicht gewahrt.

4. Josef, Geltendmachung der Entschädigungsforderung durch Zahlungsbefehl, ZVersWes. **13** 196, wendet sich gegen diese Entscheidung unter Berufung auf **RG. 68** 109, auf § 693 ZPO. und auf die neuen Versicherungsbedingungen vom 1. Januar 1910 (§ 17 für die Einzelunfallversicherung, § 19 für die Kollektivunfallversicherung, § 15 für die Kranken- und Invaliditätsversicherung, § 22 für die Haftpflichtversicherung).

5. Über die Geltendmachung durch Streitverkündung und durch Zustellung eines Zahlungsbefehls vgl. auch Josef, Kleinere Streitfragen, ÖstZVersWiss. **13** 101 ff. unter I d: s. oben unter II 1.

6. VAPV. **13** Nr. 773 (Colmar). Wenn die Versicherungsbedingungen vorsehen, daß der Schaden binnen sechs Monaten „gerichtlich abgefordert" werden müsse, so ist damit eine Leistungsklage gemeint und nicht etwa eine Feststellungsklage. Wenn der Versicherte aber infolge der Wiederaufbauklausel die Entschädigung erst nach dem Wiederaufbau des abgebrannten Hauses verlangen kann, kommt die Leistungsklage noch rechtzeitig, wenn sie binnen sechs Monaten seit der Wiederherstellung des abgebrannten Gebäudes erhoben ist.

7. LeipzZ. **12** 874 (Colmar). Die Klagefristen werden nur durch rechtzeitige Klagerhebung, nicht durch Streitverkündung gewahrt. Der Versicherer ist nach Zustellung der Streitverkündung nicht etwa nach Treu und Glauben verpflichtet, den Versicherungsnehmer darüber aufzuklären, daß durch die Streitverkündung die Frist nicht gewahrt werde.

8. Ebenso **RG.** VAPV. **12** Nr. 711, LeipzZ. **12** 86, 874, GruchotsBeitr. **56** 378, ZVersWiss. **12** 1068, MasVersRdsch. **24** 57.

9. **RG.** LeipzZ. **14** 289, VAPV. **13** Nr. 749, HansGZ. **13** Beibl. 285, WarnE. **13** Nr. 277, SaskisVersZ. **13** 31, R. **13** Nr. 1232. Die Klagausschlußfrist wird nur durch Klage, nicht auch durch Streitverkündung im Haftpflichtprozesse gewahrt.

V. Vergleichsverhandlungen. (Vgl. JDR. **10** 1215.) 1. B. M., Wann gilt der Versicherte, der die Ausschlußfrist zur Erhebung der Klage versäumt, als entschuldigt? SaskisVersZ. **13** 10. Der Versicherer kann sich auf den Ablauf der Ausschlußfrist nicht berufen, wenn er den Berechtigten durch Vergleichsverhandlungen hingezogen hat. Die ähnliche Bestimmung im § 14 Abs. 2 AutomobilG. ist ihrem Sinne nach auch im Versicherungsrecht anzuwenden.

2. Über den Einfluß von Vergleichsverhandlungen vgl. auch Josef, Kleinere Streitfragen, ÖstZVersWiss. **13** 101 ff. unter I a, s. oben unter II 1.

VI. Verzicht auf Einhaltung der Klagefrist. (Vgl. JDR. **10** 1215.) **RG.** LeipzZ. **12** 242, MittöffFeuerversAnst. **12** 24, WallmVersZ. **46** 369. Wenn der Versicherer einem Versicherungsnehmer, der die Versicherung auf Gütertransporte für Rechnung „wen es angeht" genommen hatte, erklärt, er verzichte auf die Beobachtung der Klagefrist, „sofern und soweit Sie selbst als Spediteur oder Frachtführer dafür gesetzlich bleiben", so hat dies zwar nicht die Bedeutung, daß auf die Beobachtung der Klagefrist ohne jede Einschränkung verzichtet wird, andererseits aber auch nicht die Bedeutung, daß auf die Beobachtung der Klagefrist nur insoweit verzichtet wird, als der Versicherungsnehmer nach § 414 HGB. regreß-

pflichtig ist: der erkennbare Sinn ist vielmehr der, daß auf die Beobachtung der Frist verzichtet wird, soweit das persönliche — eigene — Interesse des Versicherungsnehmers an der Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs reicht.

VII. Entschuldbarkeit der Versäumung. (Vgl. JDR. **10** 1216.) 1. LeipzZ. **12** 947, VAPV. **12** Nr. 711, DJZ. **13** 107 (Stuttgart). Ob dem Versicherungsnehmer bei der Versäumung der Ausschlußfrist ein Verschulden zur Last fällt, ist unerheblich. Wenn die frühere Rechtsprechung, insbesondere auch die des RG., gegenüber der Versäumung den Einwand zugelassen hat, daß die Versäumung vom Versicherungsnehmer nicht verschuldet sei, so geschah dies mit Rücksicht auf die durch § 12 Abs. 2, 3 VVG. beseitigten Härten, welche in der Kürze der Ausschlußfrist und der Unsicherheit über den Anfang des Fristablaufs lagen. § 6 VVG. läßt sich nicht analog anwenden.

2. Im Ergebnisse zustimmend Petersen, Entscheidungen, ZVersWiss. **13** 243.

3. MittöffFeuerversAnst. **12** 113 (Hamburg). Gegenüber dem Fristablaufe kann sich der Versicherungsnehmer nach neuem Rechte nicht mehr darauf berufen, daß die Versäumnis von ihm nicht verschuldet sei. Wohl aber kann er sich darauf berufen, daß er durch unrichtige Angaben des Vertreters der Gesellschaft von der Klagerhebung abgehalten worden sei. Rechtlich verfehlte Deduktionen des Vertreters gegenüber dem durch Anwälte vertretenen Versicherungsnehmer entschuldigen diesen aber nicht.

4. OLG. **24** 219, R. **12** Nr. 2439 u. 2446 (Marienwerder). Der Anspruch erlischt nicht trotz Fristablaufs, wenn der Berechtigte ohne seine Schuld die Frist nicht innegehalten hat; auch die Verwirkungsklausel ist nach Treu und Glauben auszulegen.

5. VAPV. **13** Nr. 748 (Jena). Die Fristversäumnis ist entschuldigt, wenn die Rechtslage höchst zweifelhaft ist, weil infolge des Konkurses und der gerade bei Haftpflichtversicherungsansprüchen bestehenden vielen juristischen Streitfragen es höchst unklar war, wer den Versicherungsanspruch überhaupt geltend machen durfte.

6. LeipzZ. **12** 874 (Colmar). Der Versicherungsnehmer kann sich gegenüber der objektiv vorliegenden Fristversäumung nach § 6 Abs. 2 VVG. darauf berufen, daß er sie nicht verschuldet habe.

7. Zustimmend **RG.** VAPV. **12** Nr. 771, LeipzZ. **12** 86, 874, ZVersWiss. **12** 1068, GruchotsBeitr. **56** 378, MasVersRdsch. **24** 57.

8. **RG.** ZVersWes. **12** 520, WallmVersZ. **46** 1185, VersAnn. **12** 70. Die Versäumung der Klagerhebungsfrist ist entschuldigt, solange sich der Versicherungsnehmer wegen des Verdachts der Brandstiftung und des Versicherungsbetrugs in Untersuchungshaft befindet.

9. **RG.** WallmVersZ. **47** 2001. Die Versäumung der Klagausschlußfrist ist entschuldigt, wenn das Erinnerungsvermögen des Versicherungsnehmers während der in Betracht kommenden Zeit infolge einer Krankheit erheblich beeinträchtigt war, so daß er seine geschäftlichen Angelegenheiten nicht ausreichend erledigen konnte. (Früheres Recht!)

10. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **12** 495, WallmVersZ. **47** 179, R. **12** Nr. 3005 u. 3006. Unverschuldete Versäumnis der Klagausschlußfrist führt zwar nicht zum Rechtsverluste, hat aber auch nicht zur Folge, daß sich die Frist ohne weiteres um die Zeit verlängert, während welcher der Versicherungsnehmer ohne Verschulden die Klagerhebung unterließ. Vielmehr ist zu prüfen, ob dem Versicherungsnehmer genügend Zeit zur Vorbereitung und Erhebung der Klage verblieben ist. Hat der Versicherer sich die Entschließung über die Anerkennung seiner Verpflichtung bis zur Prüfung des Sachverhalts vorbehalten, so ist daraus nicht zu entnehmen, daß die Klagausschlußfrist, welche nach den Bedingungen mit dem Versicherungsfalle beginnt, erst mit der Kundgebung jener Entschließung beginnen solle.

11. BayObLG. **13** 705, MittöffFeuerversAnst. **13** 165, WallmVersZ. **47** 953,

LeipzZ. **13** 575, BayRpflZ. **13** 152, R. **13** Nr. 770. (BayObLG.) Nach Behebung des Grundes einer entschuldbaren Fristversäumnis läuft nicht nochmals die ganze Frist, sondern nur eine für die Klagerhebung angemessene Anschlußfrist.

12. Über Entschuldbarkeit der Versäumung vgl, auch Josef, Kleinere Streitfragen, ÖstZVersWiss. **13** 101 ff. unter I 1, s. oben unter II 1.

VIII. Versäumung durch Verschulden Dritter. (Vgl. JDR. **10** 1216.) 1. BayObLG. **13** 705, BayRpflZ. **13** 152, LeipzZ. **13** 575, MittöffFeuervers. Anst. **13** 165, WallmVersZ. **47** 953, R. **13** Nr. 771 (BayObLG.). Der Versicherungsnehmer kann die Versäumung der Ausschlußfrist nicht damit entschuldigen, daß die Versäumung nur auf einem Verschulden seines Vertreters beruht.

2. LeipzZ. **12** 874 (Colmar). Der Versicherungsnehmer kann die Fristversäumung nicht damit entschuldigen, daß er durch eine unrichtige ihm von seinem Rechtsanwalt erteilte Belehrung zu ihr veranlaßt worden sei.

3. Zustimmend **RG.** VAPV. **12** Nr. 711, ZVersWiss. **12** 1068, LeipzZ. **12** 86, 874, GruchotsBeitr. **56** 378, MasVersRdsch. **24** 57.

4. Über Versäumung durch Verschulden des Rechtsanwalts vgl. Josef, Kleine Streitfragen, ÖstZVersWiss. **13** 101 ff. unter I b, s. oben unter II 1.

IX. Rückwirkung des § 12 Abs. 2. 1. LeipzZ. **13** 331, R. **13** Nr. 426 (Colmar). Die Vorschrift des § 12 Abs. 2 über die Anspruchsverwirkung hat nach Art. 4 Ziff. 2 EGVVG. zwar rückwirkende Kraft, aber erst vom Inkrafttreten dieses Gesetzes, also vom 1. Januar 1910 an.

2. Ebenso OLG. **24** 219, R. **12** Nr. 2439 u. 2446 (Marienwerder).

3. Ebenso BayObLG. **13** 705, LeipzZ. **13** 575, MittöffFeuerversAnst. **13** 165, WallmVersZ. **47** 953, BayRpflZ. **13** 152, R. **13** Nr. 770 ff. (BayObLG.).

4. Ebenso **RG.** VAPV. **12** Nr. 654, WallmVersZ. **45** 2039, MasVersRdsch. **24** 223.

5. HessRspr. **14** 4 (Darmstadt). Von der Rückwirkung werden alle Ansprüche betroffen, die am 1. Januar 1910 noch nicht durch Ablauf der Klagefrist verwirkt waren. Eine Klagefrist, welche vor dem 1. Januar 1910 zu laufen begonnen hat, kann nach dem 1. Januar 1910 nur ablaufen, wenn der Versicherer mit seiner Ablehnungserklärung die Angabe der mit dem Ablaufe der Frist verbundenen Rechtsfolgen verbunden hat. Bloße Bezugnahme auf die Versicherungsbedingungen genügt nicht.

6. VAPV. **12** Nr. 691, ZVersWiss. **13** 255 (KG.). § 12 Abs. 2 VVG. hat rückwirkende Kraft für alle am 1. Januar 1910 noch bestehenden Versicherungsverhältnisse, ohne Rücksicht darauf, ob der Versicherungs vertrag am 1. Januar 1910 schon erloschen war oder nicht. Ein Versicherungs verhältnis besteht auch dann noch, wenn aus einem bereits erloschenen Vertrag Ansprüche entstanden waren und noch nicht erfüllt sind.

7. Hiergegen Petersen, Rechtsprechung, ZVersWiss. **13** 255.

X. Sonstige Fristen. Über die in den alten Bedingungen für die Geltendmachung des Umwandlungsrechts und Rückkaufsrechts gesetzten Fristen unter dem neuen Rechte vgl. zu § 174 VVG. unter 5.

§ 13. Vgl. JDR. **10** 1212.

§ 14. (Vgl. JDR. **10** 1217.) Literatur: Abel, Die Versicherungsgelder in der Zwangsversteigerung, SaskisVersZ. **13** 89 ff. — Buerschaper, Einfluß des Konkurses auf schwebende Versicherungsverhältnisse unter Ausschluß der Lebensversicherung, Leipz. Diss. Borna-Leipzig 1911. — Wegen der Lebensversicherung s. zu § 166 VVG.

I. Einfluß des Konkurses bei Sachversicherungen. 1. Buerschaper, Einfluß des Konkurses auf schwebende Versicherungsverhältnisse unter Ausschluß der Lebensversicherung. Diss., Borna-Leipzig 1911. a. Die Frist des § 13 VVG. beginnt mit der Konkurseröffnung, nicht erst mit Bekanntmachung oder Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses und läuft auch bei

Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses weiter. § 13 gilt auch für Gegenseitigkeitsvereine. Versicherung für fremde Rechnung ist hier nicht möglich. b. Im Konkurse des Versicherungsnehmers kann sich der Versicherer auf eine Vereinbarung der im § 14 VVG. bezeichneten Art nicht berufen; wenn der Verwalter aber die Bestimmung anerkennt, so ist das Versicherungsverhältnis gelöst. Der Versicherer hat dann aber keinen Anspruch nach § 26 KO. Umgekehrt muß der Versicherer die Bestimmung gegen sich gelten lassen, er hat aber auch in diesem Falle nicht den Anspruch aus § 26 KO. Besteht keine Vereinbarung nach § 14 VVG., so gilt § 17 KO. Vorleistungspflichtig ist die Masse hinsichtlich der Prämien nicht. — Ist bei einer Haftpflichtversicherung der Gemeinschuldner aus einer persönlichen Handlung oder Unterlassung nach der Konkurseröffnung haftpflichtig geworden, so unterliegt die Versicherungsforderung doch dem Konkursbeschlag. — Die Forderung aus einer Versicherung unpfändbarer Sachen fällt nicht in die Konkursmasse, wohl aber die bereits vor Konkurseröffnung eingezogene Versicherungssumme. Auch bei der Gebäudeversicherung nach § 97 VVG. gehört die Versicherungsforderung nicht zur Masse. — Auch für die Versicherung für fremde Rechnung gilt im Konkurse des Versicherungsnehmers § 17 KO. Tritt der Versicherungsfall nach der Konkurseröffnung ein, so hat der Dritte das Recht, auszusondern; ist die Versicherungssumme bereits eingezogen, so hat er das Recht des § 46 Satz 2 KO. Der Konkurs des Versicherten ist auf das Versicherungsverhältnis ohne Einfluß. c. Im Konkurse des Seeversicherungsnehmers gilt § 17 KO., eine Vereinbarung des in § 14 VVG. bezeichneten Inhalts ist voll wirksam. Im Falle des Konkurses des Seeversicherers gilt § 898 HGB. Der Anspruch auf Rückerstattung der Prämie wie auf Erstattung der Aufwendungen für die Deckungsversicherung ist Konkursforderung. Tritt der Versicherungsnehmer vom Vertrage nicht zurück, so ist der ihm nach der Konkurseröffnung erwachsende Anspruch auf die Versicherungssumme Masseschuldanspruch. d. Über Konkurs und Rückversicherung vgl. zu § 187 VVG.

2. Lenné, ZVersWiss. **12** 1250. § 14 VVG. gilt auch für den Versicherten bei der Versicherung für fremde Rechnung.

3. Vgl. auch Adler, Über Doppelversicherung und Überversicherung, LeipzZ. **12** 497 ff., 633, bes. 500 ff. mit Vorschlägen de lege ferenda, s. unten zu § 59 VVG. unter I.

4. Über Konkurs und Haftpflichtversicherung s. zu § 156 VVG. und wegen des Aussonderungsrechts zu § 157 VVG.

5. Über Gefahrerhöhungen, die der Konkursverwalter vornimmt, vgl. Josef, Gefahrerhöhung durch bestellte und durch gesetzliche Vertreter, MittöffFeuervers.Anst. **13** 643 ff., s. unten zu § 23 unter IV 2.

II. Einfluß des Konkurses bei Lebensversicherungen s. zu § 166 VVG. unter II und JDR. **10** 1219.

III. Einfluß der Konkurseröffnung auf die Agentenprovisionen. Über die Rückgewähr der Agentenprovisionen im Falle einer durch die Kündigung des Konkursverwalters herbeigeführten Verpflichtung des Versicherers zur Rückerstattung im voraus gezahlter Prämien vgl. vor §§ 43 ff. VVG. unter VII 12.

IV. Einfluß der Zwangsverwaltung. 1. Abel, Die Versicherungsgelder in der Zwangsversteigerung, SasKisVersZ. **13** 89 ff. Nach § 1127 BGB. erstreckt sich die Hypothek auch auf die Forderung aus einer Versicherung der der Hypothek unterliegenden Gegenstände. Dies gilt auch dann, wenn ein Dritter die Versicherung im eigenen Namen, aber für Rechnung des Eigentümers oder Eigenbesitzers genommen hatte, etwa der Mann für seine Frau, der das Grundstück gehört.

Die Beschlagnahmewirkung des § 20 ZVG. (vgl. auch § 55 ZVG.) erstreckt sich infolgedessen auch auf derartige Versicherungsgelder.

2. LeipzZ. **12** 739, VAPV. **12** Anh. 75 (Marienwerder). Kommt ein Grundstück, dessen Feldfrüchte gegen Hagelschaden versichert sind, während der Versicherung unter Zwangsverwaltung, so kann der Versicherer von dem Zwangsverwalter persönlich die Prämie nicht fordern, selbst wenn die Versicherungsbedingungen es vorsehen, daß der Zwangsverwalter in die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsverhältnis eintritt. Der Eintritt in den Vertrag unterliegt dem pflichtmäßigen Ermessen des Verwalters und dieses kann durch eine Vereinbarung zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer nicht eingeschränkt werden.

3. Wegen des Eintritts des Zwangsverwalters in laufende Hagelversicherungsverträge vgl. auch zu § 115 VVG. unter III. — Vgl. ferner zu § 72 VVG. unter II.

4. Über Gefahrerhöhungen, die der Zwangsverwalter vornimmt, vgl. Josef, Gefahrerhöhung durch bestellte und durch gesetzliche Vertreter, MittöffFeuerversAnst. **13** 643 ff., s. unten zu § 23 unter IV 2.

§ 15. Vgl. JDR. **10** 1220 und Frankenberg, Die Unantastbarkeit der Versicherungsbezüge, ÖsterrRev. **13** 163 ff., 176 ff.

Zweiter Titel. Anzeigepflicht. Gefahrerhöhung.

Vorbemerkung zu §§ 16—34: Es liegt wieder eine überaus reiche Judikatur vor, so daß es hier ganz besonders erforderlich schien, zu sichten. An größeren Arbeiten sind insbesondere das Buch von Eberle über die Auskunftspflicht, das Langes über die Gefahrerhöhung und die Arbeit Josefs zum gleichen Thema zu erwähnen. Auch hier sei auf den vorzüglichen Aufsatz Keups über die Anfechtung verwiesen, über den zu § 1 VVG. unter VIII berichtet ist.

Zu §§ 16—22. Anzeigepflicht bei Vertragsabschluß.

Literatur: Eberle, Die Auskunftspflicht des Versicherungsnehmers. München 1913. — Josef, Erläuterung der Versicherungsbedingungen durch den Agenten, ZVersWes. **13** 637 ff. (vgl. unten zu § 43 VVG.). — Ladiges, Die Befreiung des Versicherers von der Verpflichtung zur Leistung im VVG., ZVersWes. **12** 676. — Biedermann, Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens von Willenserklärungen und Anzeigen im Versicherungsrecht unter Berücksichtigung der im Versicherungsverkehr üblichen Formvereinbarungen, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 241 ff. — Conradt, Fragenbeantwortung, MittöffFeuervers. Anst. **13** 476. — Keup, Inwiefern ist die Sachschadenversicherung wegen Irrtums und wegen arglistiger Täuschung anfechtbar? MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 38 ff. (vgl. zu § 1 VVG. unter VIII 1). — Valer, Einiges über ungarisches Versicherungsrecht (Anzeigepflicht), AssekJahrb. **35** I 84 ff. — Wien, Drei Rechtsgutachten II, Öst. Zbl. **12** 563 ff.

Vor §§ 16 ff. (Vgl. JDR. **10** 1221.) I. Gegenseitige Mitteilung der Ablehnungslisten. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 290 ff., bes. 295. Wenn der Versicherungsnehmer eine frühere Ablehnung seines Versicherungsantrags seitens einer anderen Gesellschaft verschweigt, kann er sich nicht darauf stützen, daß dem Versicherer dieser verschwiegene Umstand deshalb bekannt gewesen sei, weil er kurz vor der Einreichung des Antrags von der Gesellschaft, von welcher der Versicherte abgelehnt worden war, deren Ablehnungslisten erhalten habe und in diesen Ablehnungslisten der nunmehr Versicherte aufgeführt gewesen sei. Dem Versicherer die Durchsicht der Ablehnungslisten zuzumuten, wäre gegen Treu und Glauben.

II. Die Auskunftspflicht des Versicherungsnehmers im allgemeinen. 1. Eberle, Die Auskunftspflicht des Versicherungsnehmers (München). Das Buch behandelt die Pflicht des Versicherungsnehmers zur Erteilung von Auskünften und zur Beschaffung von Belegen. Dann werden die gesetzlichen und bedingungsmäßigen Folgen der Verletzung dieser Pflichten erörtert, insbesondere die Verwirkung des Versicherungsanspruchs. Darauf folgt eine Be-

handlung der Kostenfrage, der Rückwirkung, des räumlichen Geltungsbereichs der einschlägigen Gesetzesbestimmung und schließlich eine Würdigung der in außerdeutschen Rechten über die Auskunftspflicht aufgestellten Grundsätze.

2. Wegen des Zeitpunkts des Wirksamwerdens von Anzeigen, der Übermittlungspflicht, der Gefahr der Übermittlung und wegen der Wirkung von Anzeigen an den Agenten vgl. Biedermann, Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens von Willenserklärungen und Anzeigen im Versicherungsrecht unter Berücksichtigung der im Versicherungsrecht üblichen Formvereinbarungen, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 241 ff., s. oben zu § 1 VVG. unter II 18.

3. Einfluß von Verletzungen der Anzeigepflicht bei Abschluß des einen Versicherungsvertrags auf andere Versicherungsverträge. MecklZ. **12** 270 (Rostock). Wenn der Versicherungsnehmer nach den Bedingungen des Viehversicherers durch den Abschluß des einen Vertrags sich verpflichtet, auch die übrigen Tiere einer bestimmten Gattung zur Versicherung anzumelden, so stehen die Verträge zwar in einem inneren Zusammenhange; die aus dem Verhalten des Versicherungsnehmers beim Abschlusse des früheren Vertrags dem Versicherer erwachsenen Einreden kann dieser aber nicht gegenüber den auf Grund eines späteren Vertrags erhobenen Ansprüchen vorschützen.

III. Über die Mitwirkung des Vertrauensarztes der Versicherungsgesellschaft und die Bedeutung von Belehrungen über Fragen des Antragsformulars s. **RG.** LeipzZ. **12** 777, WallmVersZ. **46** 145, VAPV. **13** Nr. 725; vgl. oben zu § 1 VVG. unter II, 18.

IV. Über die Mitwirkung des Agenten und die Bedeutung von Belehrungen über Fragen des Antragsformulars vgl. zu § 16 VVG. unter III und zu § 17 VVG. unter III.

V. Fortdauer der Prämienverpflichtung trotz Verwirkung des Versicherungsanspruchs. 1. MittöffFeuerversAnst. **13** 142 (Düsseldorf). Auch bei unrichtiger Beantwortung der Fragen des Versicherungsantrags ist der Versicherungsvertrag gültig. Nur gegen den Versicherer ist er unverbindlich, zu seinen Gunsten ist er wirksam. Der Versicherungsnehmer kann infolgedessen die gezahlten Prämien nicht als ungerechtfertigte Bereicherung vom Versicherer zurückfordern.

2. LeipzZ. **13** 332 (Marienwerder). Wenn der Versicherungsnehmer die Formularfragen unrichtig beantwortet und dadurch den Versicherungsanspruch verwirkt, so wird dadurch der Vertrag in seinem Bestande nicht berührt, der Versicherer braucht infolgedessen die Prämien, die der Versicherungsnehmer gezahlt hat, nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgeben.

VI. Über die Anzeigepflicht im ungarischen Versicherungsrechte vgl. Valer, Einiges über ungarisches Versicherungsrecht, AssekJahrb. **35** I 84 ff.

VII. Über Art. 251 Holländischen HGB. (Nichtigkeit des Versicherungsvertrags bei unrichtigen Angaben von Angestellten des Versicherungsnehmers) vgl. vor §§ 129 ff. VVG. unter II 2 (Cöln).

§ 16. (Vgl. JDR. **10** 1222.) I. Verletzung der Anzeigepflicht? 1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 290, bes. 294 ff. Für die Übernahme der Gefahr erheblich sind solche Umstände, welche geeignet sind, auf den Entschluß des Versicherers, sich auf den Vertrag überhaupt oder unter denselben Bedingungen einzulassen, Einfluß zu üben. Hält der Versicherungsnehmer einen Umstand irrigerweise für erheblich, gibt ihn aber nicht an, so liegt darin auch bei Berücksichtigung von Treu und Glauben kein Verstoß gegen

die Anzeigepflicht. Der Versicherte ist nicht verpflichtet, irgendwelche subjektive Empfindungen der Angst oder Äußerungen der Sorge über das Schicksal des zu versichernden Objekts, Todesahnungen, Träume und ähnliche rein innere Motive anzuzeigen.

2. Wien, Drei Rechtsgutachten, II. Die Wirkung des Verzichts des Brandschadenversicherten gegenüber dem Ersatzverpflichteten auf den Versicherungsvertrag, ÖstZBl. 12 563 ff. Hat der Inhaber eines Eisenbahnmagazins das dort eingelagerte Getreide gegen Brandschaden versichert und bestimmt der mit der Bahnverwaltung geschlossene Mietvertrag, daß dem Mieter keine Ansprüche gegen die Bahn zustehen, sofern ihm durch den Bahnbetrieb, insbesondere durch das Funkensprühen der Lokomotiven ein Schaden erwachsen sollte, so hat der Versicherungsnehmer seine Anzeigepflicht erfüllt, wenn er das Magazin im Antrag als von der Eisenbahnverwaltung abgemietet bezeichnet hat. Es ist eine bekannte Tatsache, daß die Bahnen bei der Vermietung von Magazinräumen jede Haftung ablehnen. Es war Sache der Versicherungsgesellschaft, den Antragsteller hierüber zu befragen.

3. MecklZ. 12 270 (Rostock). Das Rücktrittsrecht des Versicherers ist nur dann begründet, wenn Anzeichen für eine höhere Gefahr — nämlich Anzeichen für eine Fehlgeburt des versicherten Viehes — tatsächlich vorgelegen haben und vom Versicherungsnehmer erkannt, aber verschwiegen worden sind; es ist nicht begründet, wenn der Versicherungsnehmer lediglich angenommen hat, daß solche Umstände vorlagen.

4. **RG.** LeipzZ. **12** 703, R. **12** Nr. 3279. Die Versicherungsbestimmung, daß jeder Anspruch wegfällt, wenn im Versicherungsantrage wahrheitswidrig das Bestehen einer Krankheit verneint sei, trifft nicht zu, wenn der Versicherte eine Krankheit an der er gar nicht litt, an der er aber zu leiden glaubte, nicht mitgeteilt hatte.

5. **RG.** VersAnn. **13** 5, WallmVersZ. **47** 1745, R. **13** Nr. 769. Provisorische Versicherungsanträge, d. h. Anträge, aus denen die Versicherungsgesellschaften zunächst nur ersehen wollen, ob sie eine nachgesuchte Versicherung nicht überhaupt von vornherein als bedenklich ablehnen werden, sind keine Versicherungsanträge im eigentlichen Sinne. Ihre Ablehnung durch eine andre Gesellschaft braucht deshalb bei der Frage „Ist eine Versicherungsübernahme bereits anderweit abgelehnt oder aufgehoben?" nicht angegeben zu werden.

6. **RG.** VAPV. **12** Nr. 645, WallmVerZ. **45** 1777, ZVersWes. **12** 298. Wenn der Versicherte in einem einzelnen Falle infolge äußerer, nicht auf eine krankhafte Grundlage zurückzuführender Einflüsse einen vorübergehenden, ohne nachteilige Folgen gebliebenen Ohnmachtsanfall gehabt hat, so ist darin keine anzeigepflichtige „Ohnmacht" im Sinne einer „Krankheit", eines „Leidens" zu erblicken.

7. **RG.** LZ. **12** 703, R. **12** Nr. 3280. Unerhebliche körperliche Krankheiten braucht der Versicherungsnehmer bei der Unfallversicherung nicht anzuzeigen. Was „erheblich" ist, kann weder vom medizinischen, noch vom versicherungstechnischen Standpunkt aus entschieden werden, die darüber an die Versicherungslustigen gerichteten Fragen sind vielmehr nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu verstehen und nach der Auffassung des täglichen Lebens zu beantworten. Eine „erhebliche" Krankheit im Sinne der Fragestellung liegt daher nur dann vor, wenn es sich um eine Krankheit von einer gewissen Schwere handelt, mit der nach allgemeiner Lebenserfahrung regelmäßig auch eine in Betracht zu ziehende Erhöhung der Gefahr verbunden ist.

II. Entschuldbarkeit der Verletzung. (Vgl. JDR. **10** 1223.) 1. **RG.** VAPV. **12** Nr. 644, WallmVersZ. **45** 2118, SaskisVersZ. **12** 156, MasVersRdsch. **25** 21. Eine schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht liegt nicht vor, wenn der Versicherungsnehmer bei Beantwortung der Frage „Welche Ärzte haben Sie früher behandelt?

Welchen Arzt haben Sie zuletzt befragt?" davon ausgeht, es sollten nur die Ärzte genannt werden, die er bei Gelegenheit einer etwaigen Erkrankung zugezogen hat, nicht aber die, welche ihn anläßlich einer anderweit beabsichtigten Lebensversicherung untersucht haben.

2. VersAnn. **12** 680 (Celle). Wenn der Versicherungsnehmer ein Lungenleiden nicht anzeigt, weil er es als eine vorübergehende Erkältung aufgefaßt hatte, so ist der Versicherungsanspruch nicht verwirkt: der Versicherungsnehmer befand sich in einem entschuldbaren Irrtume.

3. **RG.** R. **12** Nr. 1388. Unkenntnis des Lesens und Schreibens entbindet nicht von der Verantwortlichkeit für eine wahrheitswidrige Fragenbeantwortung, sofern die Bedeutung der Fragen dem Versicherungsnehmer auf andere Weise, etwa infolge einer Belehrung durch den Agenten, klar geworden ist.

4. VersAnn. **12** 428 (Celle). Die objektiv unrichtige Verneinung von Krankheiten ist entschuldigt, wenn der Antragsteller das beginnende Lungenleiden für einen Katarrh von größerer Hartnäckigkeit gehalten hat, weil ihm sein Arzt dies gesagt hatte.

5. Wegen der Beweislast für die Schuldlosigkeit der Anzeigepflichtverletzung vgl. unten VIII 1 (**RG.**).

III. Entschuldigt das Verhalten des Agenten? 1. **RG.** VAPV. **13** Nr. 763, WallmVersZ. **47** 2178, VersAnn. **13** 449, WarnE. **13** Nr. 441, R. **13** 2504. Wenn der Versicherungsnehmer bei einer Unfallversicherung die Frage, ob er schon körperliche Verletzungen erlitten habe, verneint, obwohl er vor 28 Jahren durch einen Sturz Ganzinvalid geworden war, so hat er die Frage objektiv unrichtig beantwortet. Wenn er aber seit 23 Jahren wieder völlig hergestellt ist und seitdem keine Unfallfolgen gespürt hat, so ist diese Unrichtigkeit entschuldigt, wenn ihm der Vermittlungsagent erklärt, ein so weit zurückliegender, ohne dauernde Folgen gebliebener Unfall sei für die Versicherungsgesellschaft gleichgültig und brauche daher nicht erwähnt zu werden. Die Frage des Antragsformulars kann in diesem Sinne verstanden werden und gegenüber nicht völlig eindeutigen Bestimmungen ist der Agent zur Erläuterung mit bindender Wirkung gegenüber der Gesellschaft befugt.

2. **RG.** VersAnn. **13** 177, WarnE. **13** Nr. 306, R. **13** Nr. 1233. Wenn der Versicherungsnehmer eine Frage unrichtig beantwortet, weil der vermittelnde Agent ihn über den Sinn der Frage falsch belehrt hat, so wird er hierdurch nur dann entschuldigt, wenn die Frage nicht so klar ist, daß sie von jedermann verstanden werden kann. Die Frage „Befinden sich innerhalb 50 m andere Gebäude?" ist völlig unmißverständlich. Sie bezieht sich auch auf Gebäude, welche auf der anderen Straßenseite liegen. Die dann folgende Frage, ob die Häuser durch Brandmauern getrennt seien, verwischt in keiner Weise den Sinn der früheren Frage.

3. **RG.** VAPV. **12** Nr. 646. Sind die Fragen des Antragsformulars klar, einfach und unzweideutig gehalten, so haftet der Versicherungsnehmer für die Unrichtigkeit der vom Agenten niedergeschriebenen und vom Versicherungsnehmer nur unterschriebenen Antworten, selbst wenn ihm der Agent die Fragen so ausgedeutet hat, daß dann die Antworten richtig sein würden. Der Versicherungsnehmer hat fahrlässig einen offenbaren Zwiespalt unberücksichtigt gelassen, seine Anzeigepflicht schuldhaft verletzt.

4. **RG.** ZVersWes. **13** 137, LeipzZ. **13** 707, MittöffFeuerversAnst. **13** 141, JW. **13** 275, WallmVersZ. **47** 889, R. **13** Nr. 608. Der Umstand, daß die unrichtige Beantwortung der im Versicherungsantrage gestellten Fragen durch den Versicherungsnehmer auf einer unrichtigen Belehrung durch den Agenten beruht, entschuldigt den Versicherungsnehmer nicht, wenn die Fragen klar und deutlich sind und zu Zweifeln keinen Anlaß geben. Ist letzteres der Fall, so wird der Versicherungsnehmer auch nicht dadurch entschuldigt, daß der Agent ihm eine andere Bedeutung der Frage mit großer Hartnäckigkeit einzureden sucht: Der Versicherungsnehmer muß sich

gegenwärtig halten, daß es dem Agenten dann offenbar nur darum zu tun ist, die Versicherung zustande zu bringen und den bei richtiger Beantwortung der Frage zu erwartenden Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen.

5. LeipzZ. **13** 331 (Marienwerder). Der Versicherungsnehmer haftet für die unrichtige Beantwortung der Fragen des Formulars ohne Rücksicht, ob dies auf einem besonderen Verschulden beruht. Dies gilt auch dann, wenn der Agent die Antworten abgefaßt und niedergeschrieben hat. Anders ist es nur, wenn es sich um die Beantwortung von Fragen handelt, bei denen eine besondere Sachkenntnis zur richtigen Beantwortung vorausgesetzt wird, und der Versicherungsnehmer diese Fragen infolge einer unrichtigen Auskunft oder Belehrung des Agenten falsch beantwortet. Selbst wenn der Versicherungsnehmer nicht lesen und schreiben kann und deshalb dem Agenten die Niederschrift der Antworten überläßt, kann der Versicherer infolge der unrichtigen Beantwortung der Fragen die Versicherungsleistung verweigern, sofern der Versicherungsnehmer so geschäftsgewandt ist, daß er sich von dem Inhalte dessen, was er unterzeichnete, mit Hilfe anderer Personen zuverlässige Kenntnis verschaffen konnte.

6. MittöffFeuerversAnst. **13** 142 (Düsseldorf). Falsche Angaben im Versicherungsantrage gehen auf Gefahr des Antragstellers, auch wenn sie durch Verschulden des Vermittlungsagenten veranlaßt sind.

7. **RG.** VAPV. **12** Nr. 643, WallmVersZ. **46** 689, ZVersWiss. **13** 250, Mittöff. FeuerversAnst. **12** 56, JW. **12** 84, ElsLothJZ. **37** 172, ZVersWes. **12** 254, MasVers. Rdsch. **24** 58, R. **12** Nr. 317, WarnE. **12** Nr. 39. Wenn die Fragen des Antragsformulars einfach, klar und deutlich sind, so ist eine Verletzung der Anzeigepflicht nicht dadurch entschuldigt, daß der Vermittlungsagent den Versicherungsnehmer über den Sinn der Fragen unrichtig belehrt hat. Schrankenloses Vertrauen darf dem Agenten nicht entgegengebracht werden.

8. VAPV. **12** Nr. 642 (Marienwerder). Wenn der Versicherungsnehmer infolge einer irreführenden Belehrung des Agenten über eine zu Zweifeln Anlaß gebende Frage des Versicherungsantrags die Frage über frühere Unfälle unrichtig beantwortet, so ist der dieser Belehrung vertrauende Versicherungsnehmer entschuldigt, der Versicherer kann daher die Leistung nicht verweigern.

9. **RG.** JW. **13** 335, WallmVersZ. **47** 1353 u. 1379, ZVersWes. **13** 280, R. **13** Nr. 765. Auf eine falsche Auskunft des Agenten kann sich der Versicherungsnehmer bei an sich klaren Fragen nicht berufen, es sei denn, daß besondere Umstände, etwa das eigene Unvermögen, den Sinn der Frage ohne fremde Hilfe zu erfassen, dem Antragsteller berechtigterweise Anlaß geben, sich der Hilfe des Agenten bei der Beantwortung zu bedienen.

10. ZVersWes. **13** 606, VersAnn. **13** 728 (LG. Königsberg). Der Versicherungsnehmer kann sich zu seiner Entlastung nicht darauf berufen, daß er nur sehr wenig lesen und schreiben könne, daß er infolgedessen den noch unausgefüllten Antrag unterschrieben und sich darauf verlassen habe, daß der Agent, dem die früheren Brandschäden bekannt gewesen seien, die Frage über frühere Brandschäden richtig beantworte.

11. **RG.** LeipzZ. **12** 85, WallmVersZ. **46** 267, MasVersRdsch. **24** 58. Wenn der Agent bei Entgegennahme des Versicherungsantrags weiß, daß der Versicherungsnehmer schon früher einmal einen Brand erlitten hat, diesen Umstand aber für unerheblich hält und bei Ausfüllung des ihm anvertrauten Blanketts unberücksichtigt läßt, so kann dieses Verhalten die Ansicht des Versicherungsnehmers, der Versicherer lege kein Gewicht auf die Kenntnis eines Kegelbahnbrandes, erwecken oder verstärken und die Verschweigung des Kegelbahnbrandes entschuldigen.

12. Vgl. im übrigen zu § 43 VVG. Ziff. 1 I, II, III.

IV. Sonstige Entschuldigungsgründe. 1. **RG. 81** 13, VersAnn. **12** 835, ZVersWes. **13** 107, LeipzZ. **13** 246, JW. **13** 218, WallmVersZ. **47** 988, VAP. V. **13** Nr. 762, MasVersRdsch. **25** 199, WarnE. **13** 165, R. **13** Nr. 424. Hat der Versicherer in der Deklaration ausdrücklich nach bestimmten früheren Erkrankungen (Syphilis) gefragt und sich für den Fall einer Verletzung der Anzeigepflicht das Rücktrittsrecht vorbehalten, so ist bei wissentlich unrichtiger Fragenbeantwortung der Rücktritt begründet, ohne daß es darauf ankommt, ob der Versicherungsnehmer den verschwiegenen Umstand im einzelnen Falle für die Höhe der Gefahr unerheblich gehalten hat.

2. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 297. Gleichgültig ist der Grund, welcher den Versicherungsnehmer zum Verschweigen einer ihm bekannten Tatsache veranlaßt hat, z. B. das Schamgefühl bei gewissen Krankheiten. Die Anzeigepflicht ist verletzt, auch wenn den Versicherungsnehmer durchaus nicht die Absicht leitete, den Versicherer zu hintergehen, und dasselbe gilt, wenn er eine anzeigepflichtige Tatsache aus Irrtum verschwieg, nämlich weil er sie für unerheblich hielt. War jedoch die Erheblichkeit der Tatsache zweifelhaft, so kommt dieser Zweifel dem Versicherten zugute.

V. Wissentliche Verletzung. 1. **RG. 78** 410, MittöffFeuerversAnst. **12** 207, VAPV. **12** Nr. 679, JW. **12** 477, VersAnn. **12** 307, ZVersWes. **12** 273 u. 409, MasVersRdsch. **24** 224, R. **12** Nr. 1262. Eine wissentlich falsche Angabe im Antrag ist nicht gleichbedeutend mit einer auf Täuschung berechneten Angabe, erfordert vielmehr nur, daß sich der Erklärende der Unrichtigkeit bewußt ist. Gleichgültig ist, ob die Angabe für den Entschluß des Versicherers wesentlich war oder nicht.

2. **RG.** JW. **12** 544, VersAnn. **12** 460, WallmVersZ. **46** 1737, ZVersWes. **12** 330, MasVersRdsch. **24** 225, WarnE. **12** Nr. 222. Eine wissentlich falsche Angabe ist nicht gleichbedeutend mit einer auf Täuschung berechneten Angabe, erfordert vielmehr nur, daß sich der Erklärende der objektiven Unrichtigkeit seiner Angabe bewußt ist. Es ist deshalb unerheblich, ob die falsche Angabe für den Entschluß des Versicherers wesentlich war oder nicht. Altes Recht.

3. Vgl. hierzu Petersen, Rechtsprechung, ZVersWiss. **13** 251, und zu § 18 VVG. unter I.

4. Wegen der Beweislast für die Wissentlichkeit der falschen Angaben vgl. unten VIII 2 (Hamburg).

VI. Verzicht auf die Geltendmachung von Verletzungen. (Vgl. JDR. **10** 1224.) 1. Vgl. zu § 18 VVG. (Conradt).

2. **RG.** WallmVersZ. **47** 1745, VersAnn. **13** 5, R. **13** Nr. 769. Ist bei Stellung eines Versicherungsantrags eine Frage unrichtig beantwortet, hat aber der Versicherer hiervon Kenntnis erlangt und gleichwohl das Versicherungsverhältnis fortgesetzt, so liegt darin ein Verzicht auf die Geltendmachung der sich aus der unrichtigen Beantwortung etwa ergebenden Einreden.

VII. Kenntnis des Versicherers. (Vgl. JDR. **10** 1224.) 1. Heine, Versicherungsrechtliche Erörterungen, LeipzZ. **12** 304. Das Rücktrittsrecht des Versicherers ist nur bei wirklicher Kenntnis des Versicherers von dem nicht angezeigten Umstand ausgeschlossen. Das Kennenmüssen steht der Kenntnis nicht gleich.

2. Vgl. auch oben unter VI und vor §§ 16 ff. VVG. unter I (Grauer).

VIII. Beweislast. (Vgl. JDR. **10** 1224.) 1. **RG.** VersAnn. **12** 332. Die Beweislast für die Schuldlosigkeit der objektiv unrichtigen Angaben trifft den Versicherungsnehmer.

2. LeipzZ. **12** 247 (Hamburg). Die Beweislast dafür, daß die Fragen wissentlich falsch beantwortet sind, trifft den Versicherer. Diesen Beweis hat er noch nicht erbracht, wenn er nachweist, daß der Versicherte die Tatsachen, welche er fälschlich

verneint hat, kennt, er muß vielmehr eine bewußte Unwahrheit nachweisen. Der die Fragen des Formulars unrichtig beantwortende Versicherungsreflektant kann sich über deren Sinn oder über die Bedeutung der in Betracht kommenden Umstände geirrt und deshalb etwas Unzutreffendes geantwortet haben, ohne sich dessen bewußt zu sein. Auch dafür, daß ein solcher Irrtum nicht untergelaufen ist, trifft den Versicherer die Beweislast. Von dem Versicherungsnehmer kann höchstens verlangt werden, daß er die Möglichkeit des behaupteten Irrtums klarlegt.

§ 17. (Vgl. JDR. **10** 1224.) I. Verletzung der Anzeigepflicht durch Unwahrheit. 1. Wegen subjektiv unwahrer, objektiv aber richtiger Angaben vgl. oben zu § 16 VVG. unter I.

2. **RG.** WallmVersZ. **46** 1465, LeipzZ. **12** 700, VersAnn. **12** 451, GruchotsBeitr. **56** 1110. Eine zur Verwirkung des Entschädigungsanspruchs führende unrichtige Beantwortung der Eigentumsfrage hinsichtlich der gegen Feuer versicherten Sachen liegt nicht vor, wenn die Versicherungsnehmer diese Frage mit „die Antragsteller“ beantwortet haben, während sich unter den versicherten Gegenständen solche befanden, auf deren Kaufpreis erst ein Teil bezahlt war, während für den Rest Wechsel liefen, bis zu deren Einlösung sich der Lieferant das Eigentumsrecht vorbehalen hatte.

3. MittöffFeuerversAnst. **13** 81 (Marienwerder). Wenn die Eigentumsverhältnisse an „den versicherten Gegenständen“ und sämtliche auf die Feuergefährlichkeit einwirkenden Umstände gewissenhaft anzugeben sind, so liegt zwar eine objektiv unrichtige Beantwortung der Frage nach dem Eigentümer „des Grundstücks“ vor, wenn er sich als Eigentümer bezeichnet, obwohl ihm nur die Gebäude und die Mobilien gehören. Wenn sich die Versicherung aber nur auf diese Gegenstände, nicht auch auf den Grund und Boden bezieht, so hat er doch seine Auskunftspflicht nicht hinsichtlich „der versicherten Gegenstände“ verletzt. Die Eigentumsverhältnisse an dem versicherten Grundstücke gehören auch nicht zu den „auf die Feuergefährlichkeit einwirkenden Umständen“. In dem hier maßgeblichen gewöhnlichen Sprachgebrauch umfaßt der Begriff „Feuergefährlichkeit“ nur diejenige Feuergefährlichkeit, welche durch die besondere Gefährlichkeit der auf dem Grundstück oder in seiner Nachbarschaft betriebenen Gewerbe, etwa dort lagernder Vorräte von leicht brennbaren Gegenständen oder dgl. (Bauart) begründet wird.

4. MittöffFeuerversAnst. **12** 212 (Stettin). Wenn im Versicherungsvertrage gefragt ist, „wem die zu versichernden Gegenstände gehören“, so ist diese nicht technisch-juristische, sondern dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens angehörige Ausdrucksweise offensichtlich zu dem Zwecke gewählt worden, um die den Versicherer wesentlich interessierende Frage, wer über die zu versichernden Gegenstände zu verfügen habe, beantwortet zu erhalten. Der Versicherungsnehmer, der als Bankier über von ihm beliehene Hölzer mittels Ladescheins zu verfügen berechtigt ist, beantwortet diese Frage nicht falsch, wenn er sich selbst als Eigentümer bezeichnet.

5. Vgl. auch zu § 80 VVG. unter II.

II. Entschuldbarkeit der Verletzung. (Vgl. JDR. **10** 1225.) 1. VAPV. **12** Nr. 678, ZVersWes. **12** 435, MittöffFeuerversAnst. **12** 558 (KG.). Wenn jemand infolge einer entsprechenden Belehrung des Agenten Sachen von Angehörigen im eigenen Namen versichert, so ist diese Versicherung gegen den Versicherer wirksam. Dies gilt auch, wenn der Versicherungsnehmer dabei die Sachen seiner Angehörigen ebenfalls als ihm gehörig bezeichnet. Eine schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht, welche zur Anspruchsverwirkung führen könnte, liegt nicht vor.

2. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 297. Kleine und unwesentliche Unrichtigkeiten und fehlerhafte Bezeichnungen kommen nicht in Betracht. Die unrichtige Angabe des Geburtsjahrs einer zu versichernden Person ist besonders bei Leuten, deren Stand auf einen geringeren Bildungsgrad hinweist,

keine absichtliche Unwahrheit, sondern ein entschuldbarer Irrtum oder Gedächtnisfehler.

3. Vgl. auch zu § 16 VVG. unter II.

III. Entschuldigt das Verhalten des Agenten? 1. MittöffFeuerversAnst. **12** 555 u. **13** 675, VAPV. **12** Nr. 701 a (KG.). Der Versicherer kann die Versicherungsleistung wegen Verletzung der Anzeigepflicht nicht ablehnen, wenn die unrichtige Angabe über die Eigentumsverhältnisse — nicht der Versicherungsnehmer war Eigentümer, sondern eine offene Handelsgesellschaft, an der der Versicherungsnehmer mit 50 pCt. als Gesellschafter beteiligt war, — auf Veranlassung des Agenten erfolgte, welcher diese Beantwortung als „einfacher" empfahl.

2. Zustimmend **RG.** WallmVersZ. **47** 161, ZVersWes. **13** 67, MittöffFeuervers. Anst. **12** 555 u. **13** 675, VAPV. **12** Nr. 701 b, R. **12** Nr. 3281. Es kommt darauf an, ob die unrichtige Beantwortung infolge der Belehrung entschuldbar ist. Der Versicherungsnehmer darf dem Agenten nicht blindlings vertrauen, dessen Angaben müssen an sich glaubhaft sein.

3. Vgl. auch oben unter II 1 und zu § 16 VVG. unter III, ferner zu § 43 VVG. Ziff. 1 unter I, II, III.

IV. Über sonstige Entschuldigungsgründe, „Wissentlichkeit" der Verletzung und Verzicht auf ihre Geltendmachung, Kenntnis des Versicherers und Beweislast vgl. zu § 16 VVG. unter IV—VIII.

§ 18. (Vgl. JDR. **10** 1226.) I. Unerheblichkeit trotz ausdrücklicher Frage. 1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsrechte, ZVersWiss. **13** 290, bes. 295. Auch gegenüber einer ausdrücklichen und schriftlichen Frage bleibt zu prüfen, ob der Umstand, auf den sie sich bezieht, tatsächlich für die Übernahme der Gefahr erheblich ist. Eine zu weit ausgedehnte Fragestellung würde gegen Treu und Glauben verstoßen. Nur wirkliche Krankheiten z. B., nicht aber bloß vorübergehende Beschwerden und unerhebliche Störungen des Wohlbefindens, können bei Fragen nach „Krankheiten, Beschwerden und Körperverletzungen" als für den Versicherer erheblich erachtet werden.

2. **RG.** **81** 13, JW. **13** 218, VAPV. **13** Nr. 762, LeipzZ. **13** 246, VersAnn. **12** 835, MasVersRdsch. **25** 199, ZVersWes. **13** 107, WallmVersZ. **47** 988, WarnE. **13** Nr. 165, R. **13** Nr. 424. Nur wenn der Versicherer unzweifelhaft ein Interesse an der richtigen Beantwortung nicht hat, darf er aus der unrichtigen Antwort ein Rücktrittsrecht nicht ableiten. An syphilitischen Erkrankungen hat er wegen der sehr oft langanhaltenden unheilvollen Nachwirkungen stets das größte Interesse. Auch wenn der Versicherungsnehmer der Ansicht ist, er sei jetzt nicht mehr syphilitisch krank, muß er die Frage nach früherer Erkrankung wahr beantworten, andernfalls ist der Rücktritt des Versicherers berechtigt.

3. MittöffFeuerversAnst. **12** 80 Wallm. **46** 924 (Hamburg). Das Rücktrittsrecht — und ebenso das Anfechtungsrecht — wegen Verschweigung eines früheren Brandschadens und wegen der Tatsache, daß der Versicherungsnehmer früher bei einer anderen Gesellschaft versichert war, ist nicht begründet, wenn es sich nur um einen vor etwa 3 Jahren eingetretenen, mit 200 M. vergüteten Brandschaden (Lampenexplosion) handelt. Dies gilt auch, wenn in dem Antrag ausdrücklich nach früheren Bränden und der bisherigen Versicherung gefragt worden war. Ein derartig bedeutungsloser Brand ist für die Entschließung des Versicherers völlig belanglos.

4. Hiergegen Petersen, Rechtsprechung ZVersWiss. **13** 247: darauf, ob der verschwiegene Umstand „für die Übernahme der Gefahr" erheblich gewesen sei, komme es, da der Versicherungsfall inzwischen eingetreten war, gar nicht an, sondern lediglich darauf, ob der Umstand „auf den Eintritt des Versicherungsfalls und auf den Umfang der Leistung des Versicherers" Einfluß haben konnte.

5. Vgl. auch zu § 16 VVG. unter V 1—3.

II. Verzicht auf die Beantwortung trotz Erheblichkeit und trotz ausdrücklicher Frage. 1. Conradt, Fragenbeantwortung, MittöffFeuerversAnst. **13** 476. Der Versicherer, der einen Antrag, in welchem Fragen durch „Striche" beantwortet sind, annimmt, gibt dadurch zu erkennen, daß er auf die Beantwortung der Fragen keinen Wert legt; der Vertrag gilt als abgeschlossen, wie auch immer die Antwort auf die durch einen Strich beantwortete Frage hätte lauten müssen. An dieser Sachlage kann auch ein Vordruck „Striche gelten nicht als Antwort" nichts ändern. An sich besteht aber für den Versicherer die Möglichkeit, darzutun, daß infolge besonderer Umstände der Antwortstrich als Beantwortung in einem bestimmten Sinne — bejahend, verneinend — aufzufassen sei.

2. Ebenso MittöffFeuerversAnst. **13** 476 (RudK. unter 18 b).

III. 1. Über die Frage, ob auch ohne ausdrückliche Antragsfrage der Versicherungsnehmer Gefahrumstände anzugeben hat, vgl. JDR. **10** 1222 zu § 16 VVG. unter I, und wegen der Aufklärungspflicht hinsichtlich bestehender Doppelversicherung insbesondere vgl. zu § 59 VVG. unter IV 3 u. 4.

2. **RG.** WallmVersZ. **46** 161. Wenn das Antragsformular über eine größere Anzahl von körperlichen und geistigen Krankheiten Fragen vorlegt — so auch über „Lungenkrankheiten" —, so besteht keine Anzeigepflicht über solche Umstände, nach denen nicht in dem Formular gefragt worden ist. Rippenfellentzündungen fallen nicht unter Lungenkrankheiten.

§ 19. (Vgl. JDR. **10** 1226.) 1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 298. Die Vorschrift findet keine Anwendung auf gesetzliche Vertreter. Die Kenntnis eines Minderjährigen oder eines aus anderen Gründen Geschäftsunfähigen, für den der Vormund abschließt, ist völlig irrelevant.

2. Heine, Versicherungsrechtliche Erörterungen, LeipzZ. **12** 303 ff. unter II. Auch für ein Verschulden des zur Übermittlung der Anzeige benutzten Boten, der Telephonanstalt usw. hat der Versicherungsnehmer einzustehen und den Entlastungsbeweis über den Mangel eines Verschuldens zu führen. Ein Verschulden des Beauftragten, welches in der Person des Versicherungsnehmers ein grobes sein würde, hat als grobes zu gelten.

§ 21. (Vgl. JDR. **10** 1226.) 1. Ladiges, Die Befreiung des Versicherers von der Verpflichtung zur Leistung im VVG., ZVersWes. **12** 676. Stellt sich anläßlich des Versicherungsfalls heraus, daß der Versicherungsnehmer bei der Schließung des Vertrags seine Anzeigepflicht verletzt hat, so besteht keine Leistungsbefreiung des Versicherers, sondern höchstens ein einmonatiges Rücktrittsrecht. Oft werden die Fälle aber so liegen, daß die Direktionsentscheidung binnen der Frist nicht erfolgen kann. § 22 VVG. ist aber für den Versicherer von zweifelhaftem Werte. Der Versicherer ist sonach ziemlich ungünstig gestellt.

2. SchlHolstAnz. **12** 135 (Kiel). Der vom Versicherungsnehmer beim Abschlusse des Viehversicherungsvertrags verschwiegene Umstand, daß schon früher infolge von Kolik und Darmentzündung Pferde seines Bestandes erkrankt gewesen sind und daß ein anderes Pferd infolge Beinbruchs eingegangen ist, hat auf den Eintritt des Versicherungsfalls und auf den Umfang der Leistung des Versicherers keinen Einfluß.

§ 22. (Vgl. JDR. **10** 1226.) I. 1. Über das Anfechtungsrecht des Versicherers im allgemeinen s. Keup, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 38 ff. (vgl. zu § 1 VVG. unter VIII 1).

2. Wegen der sog. Unanfechtbarkeit der Lebensversicherung vgl. zu § 163 VVG.

3. Über den Ausschluß des Anfechtungsrechts bei Unerheblichkeit des ausdrücklich nachgefragten Gefahrumstandes vgl. zu § 18 VVG. unter I 3 (Hamburg).

II. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. 1. **RG.** Mitt. öffFeuerversAnst. **12** 80, JW. **12** 151, VersAnn. **12** 74, WallmVersZ. **46** 353 u. 677, ZVersWes. **12** 83, MasVersRdsch. **24** 224, R. **12** Nr. 969. Auch bei bewußt unrichtiger Beantwortung einer Frage der Deklaration ist arglistige Täuschung ausgeschlossen, sofern der Versicherungsnehmer an die Möglichkeit, das Zustandekommen des Vertrags könne durch die unrichtige Angabe gefährdet werden, nicht gedacht hat. Allerdings muß er davon ausgehen, daß für den Versicherer jeder Umstand, über den ausdrücklich Auskunft verlangt wird, erheblich ist, und er wird daher bei bewußt unrichtiger Beantwortung sich gegen den Vorwurf arglistiger Täuschung in der Regel nicht damit entschuldigen können, daß er selbst der Frage keine Bedeutung beigemessen habe.

2. Hierzu Hagen, JheringsJ. **61** 253, bes. Anm. 21: Es ist interessant, wie hier von dem Versicherer der Versuch gemacht worden ist, eine typische Verletzung der Anzeigepflicht unter den Begriff der arglistigen Täuschung zu bringen und so die Schutzvorschriften des VVG., z. B. § 21, aus der Welt zu schaffen.

3. VAPV. **12** Nr. 697 (KG.). Eine „arglistige Verschweigung" kann auch dann vorliegen, wenn ein eigener auf die Schädigung des anderen Teiles gerichteter Wille nicht vorliegt. Es genügt, wenn der Handelnde weiß, welche für einen anderen nachteilige Folgen sich aus seinem Verhalten ergeben können, und wenn er trotzdem in einer sittlich nicht zu rechtfertigenden Weise bei diesem Verhalten verharrt. Es genügt also das Bewußtsein, daß die Kenntnis der verschwiegenen Tatsache den Entschluß des Versicherers möglicherweise beeinflussen werde. Grobe Fahrlässigkeit steht der Arglist nicht gleich. — Die Beweislast für die Arglist trifft den Versicherer.

4. Über „wissentliche" Verletzung der Anzeigepflicht vgl. zu § 16 VVG. unter V.

5. Über das Anfechtungsrecht des Lebensversicherers bei Täuschung über frühere Selbstmordversuche des Versicherungsnehmers vgl. unten zu § 161 VVG.

III. Anfechtung wegen Irrtums. R. **13** Nr. 3080 (Stuttgart). Neben den Bestimmungen der §§ 16—22 VVG. ist eine Irrtumsanfechtung ausgeschlossen.

Zu §§ 23—29. Gefahrerhöhung nach Vertragsabschluß. Literatur: Biedermann, Der Zeitpunkt der Wirksamwerdens von Willenserklärungen und Anzeigen im Versicherungsrecht unter Berücksichtigung der in der Versicherung üblichen Formvereinbarungen, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 241 ff. (s. zu § 1 unter II). — Lange, Die Gefahrerhöhung bei Versicherungsverhältnissen nach den Bestimmungen des VVG. Diss. Göttingen 1911. — Heine, Versicherungsrechtliche Erörterungen, LeipzZ. **12** 304 ff. — Josef, Gefahrerhöhung durch bestellte und durch gesetzliche Vertreter, MittöffFeuerversAnst. **13** 643 ff.

§ 23. (Vgl. JDR. **10** 1227.) I. Anwendbarkeit des § 23 VVG. VAPV. **13** 117. Durch § 10 Abs. 2 G. vom 20. Dezember 1911 betr. die Aufhebung des Hilfskassenwesens ist für Krankenversicherungsvereine auf Gegenseitigkeit die Anwendung der §§ 23 ff. VVG. über Gefahrerhöhung ausgeschlossen und dafür § 164 VVG. für anwendbar erklärt worden: es sind also nur diejenigen Gefahrerhöhungen anzuzeigen, welche nach ausdrücklicher schriftlicher Vereinbarung als solche angesehen werden sollen. Bei den übrigen Krankenversicherungsunternehmungen dagegen, insbesondere bei Aktiengesellschaften, bleiben die §§ 23 ff. VVG. anwendbar, was zu einem für den Versicherten sehr unzuträglichen Zustande führt.

II. Vorliegen einer gewollten Gefahrerhöhung. 1. Wegen der Frage der Gefahrerhöhung, wenn ein Tier auf tierärztliche Anordnung zur Pflege auf das Land gegeben wird, vgl. VAPV. **12** Anh. 109 (KG.), s. zu § 128 VVG.

2. Über den Einfluß der Teilnahme an einer Luftfahrt vgl. Weck, Deutsches Luftrecht 301—305.

3. OGH. Wien, ÖstZBl. **12** 72. Bei einer Einbruchsdiebstahlsversicherung handelt der Versicherte grob fahrlässig und begünstigt schuldhaft durch Gefahr-

erhöhung den Einbruch, wenn er das versicherte Geld zwar den Bedingungen entsprechend „im versperrten eisernen Geldschranke" hält, den Schlüssel zum Schranke aber während der Nacht in einer offenen Pultlade des Geschäftslokals aufbewahrt.

III. Wegen der Frage der Erheblichkeit der Gefahrerhöhung s. zu § 29 VVG.

IV. Über vertraglich zulässige Gefahrerhöhung vgl. zu § 29 VVG. unter III und zu § 61 VVG. unter III.

V. Anzeige der Gefahrerhöhung. LeipzZ. **12** 953 (Colmar). Verlust des Brandentschädigungsanspruchs wegen Nichtanzeige davon, daß mehr als die im Vertrage bezeichnete Menge Petroleum eingelagert wurde.

VI. Gefahrerhöhung durch gesetzliche oder gewillkürte Vertreter. 1. Heine, Versicherungsrechtliche Erörterungen, LeipzZ. **12** 304 ff. Der Versicherungsnehmer muß für das Verhalten eines allgemein mit der Vermögensverwaltung oder doch allgemein mit der Obhut für die versicherte Sache betrauten Dritten einstehen. Ebenso muß der willensunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Versicherungsnehmer die Vornahme oder Gestattung der Gefahrerhöhung durch seinen gesetzlichen Vertreter gegen sich gelten lassen. Eine Ausnahme ist nur zu machen, wenn die gefahrerhöhende Handlung oder Unterlassung sich zugleich als unerlaubte Handlung im Sinne der Strafgesetze und der §§ 823 ff. BGB. darstellt oder unmittelbar den Versicherungsfall herbeiführt. Letzteres, weil die Herbeiführung des Versicherungsfalls keine Gefahrerhöhung ist: Gefahrerhöhung bedeutet Herbeiführung oder Eintritt eines dauernden, die Person oder Sache in höherem Maße als zuvor gefährdenden Zustandes. Ersteres, weil der vom Rechte anerkannte Machtbereich des gesetzlichen Vertreters niemals die Vornahme oder Duldung unerlaubter Handlungen in sich begreift; wo die Verantwortung für derartige Handlungen dem Vertretenen auferlegt ist, ist es besonders und ausdrücklich geschehen, wie z. B. in §§ 31, 89 BGB. Was endlich die unerlaubten Handlungen des gesetzlich vertretenen Versicherungsnehmers selbst anlangt, so hat er sie nur zu vertreten, insoweit er nach §§ 827, 828 BGB. für sie verantwortlich ist. Eine von ihm herbeigeführte Gefahrerhöhung, die sich nicht als unerlaubte Handlung darstellt oder ihm doch als solche nicht zugerechnet werden kann, muß er nur dann gegen sich gelten lassen, wenn der gesetzliche Vertreter es an der gesetzlich gebotenen Aufsicht hat fehlen lassen und die Handlung anderenfalls hätte verhindern können. § 832 BGB. kann nicht Anwendung finden. In den Fällen endlich, in denen die Sorge für die Person eines Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten von der gesetzlichen Vertretung getrennt ist (§§ 1634, 1635, 1707 BGB.), ist zu unterscheiden: Wem die Vermögensverwaltung zusteht, hat auch die Pflicht, den nicht unbeschränkt Geschäftsfähigen von schädigenden oder gefahrerhöhenden Handlungen abzuhalten. Bei Verletzungen dieser Pflicht ist der Versicherer gemäß § 25 VVG. von der Leistungspflicht befreit. Der Versicherer hat für das Verschulden bei dem Verstoße gegen die Aufsichtspflicht den Beweis zu führen. Im übrigen bewendet es bei der in den §§ 6 Abs. 1, 2, 24 Abs. 1 Ziff. 2 VVG. vorgesehenen Regelung der Beweislast.

2. Josef, Gefahrerhöhung durch bestellte und durch gesetzliche Vertreter, MittöffFeuerversAnst. **13** 643 ff. a. Daraus, daß der Versicherungsnehmer betreffs der versicherten Habe Dritten Verrichtungen überträgt, folgt nicht, daß er sich dieser im Sinne des § 278 als Gehilfen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegenüber dem Versicherer bediente. Daher sind die Kenntnis und das Wissen seiner Hausgenossen sowie seiner Wirtschafts- und Gewerbegehilfen von eingetretener Gefahrerhöhung und eine von ihnen bewirkte Gefahrerhöhung dem Versicherungsnehmer unschädlich. In solchem Falle gilt also die Gefahr nicht als vom Versicherungs-

nehmer erhöht (§ 23), sondern es liegt der Fall des § 27 vor, d. h. es ist eine Gefahrerhöhung unabhängig von dem Willen des Versicherungsnehmers eingetreten, und dieser hat unverzüglich nach erlangter Kenntnis dem Versicherer Anzeige zu machen. Dies gilt auch, wenn der Versicherungsnehmer etwa durch Abwesenheit an der selbständigen Obhut über die versicherte Habe verhindert ist. b. Gleichgültig ist dabei auch, daß die Dritten in der Verwaltung der versicherten Habe mehr oder minder selbständig sind. Wenn aber der Gutsbesitzer oder Gewerbetreibende die selbständige Bewirtschaftung oder Verwaltung der versicherten Habe einem Dritten derart überträgt, daß der Dritte vollständig an des Auftraggebers Stelle tritt (was bei gänzlicher Abwesenheit des Versicherungsnehmers vom Orte der Verwaltung anzunehmen ist), so überträgt er hiermit stillschweigend die Bewirkung der ihm unverzüglich obliegenden Anzeigen (insbesondere vom Eintritte der Gefahrerhöhung) diesem Dritten, und die Unterlassung der Anzeige von seiten des Dritten gilt dann als solche des Versicherungsnehmers. Danach bewirkt eine von einem solchen selbständigen Verwalter vorgenommene oder gestattete Gefahrerhöhung zwar nicht für den Versicherer ein Recht auf fristlose Kündigung, noch auch sofortige Leistungsfreiheit (§ 24 Abs. 1 Satz 1, § 25 Abs. 1), wohl aber hat, wenn der selbständige Verwalter schuldhaft die Anzeige von der durch ihn herbeigeführten oder gestatteten Gefahrerhöhung unterläßt oder verspätet, dieses Verschulden Leistungsfreiheit des Versicherers nach Maßgabe des § 28, also mit einmonatiger Frist zur Folge. c. Dagegen vertritt der Vormund (Vater) den Mündel (das Kind) im gesamten Verkehre mit dem Versicherer; jede Kenntnis und jedes Tun des Vormundes gilt folglich als solches des Mündels; dieser hat sonach jede Handlung des Vormundes als eigene gelten zu lassen und verliert daher den Versicherungsanspruch auch, wenn der Vormund den Brand herbeiführt. Daher gilt jede vom Vormunde (Vater) herbeigeführte Gefahrerhöhung als eigene Handlung des Mündels (Kindes), ohne Unterschied, ob diese Gefahrerhöhung sich zunächst nur als ein dauernder Zustand vermehrter Gefahr darstellt oder ob sie sofort den Eintritt des Versicherungsfalls zur Folge hat. Daneben kann aber, da der Mündel (das Kind) der Versicherungsnehmer ist, auch durch das eigene Tun und Lassen des Mündels (Kindes) eine Gefahrerhöhung mit deren gesetzlichen Folgen herbeigeführt werden. Die mangelnde oder beschränkte Geschäftsfähigkeit des Versicherungsnehmers kommt nicht in Betracht, da die Gefahrerhöhung kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung mit der Folge der Verwirkung von Vertragsrechten ist. Diese Verwirkung tritt nach § 276 Abs. 1 Satz 3 BGB. nur in derselben Weise ein, wie nach den §§ 827, 828 die Schadensersatzpflicht aus den vom Mündel gegen Dritte begangenen unerlaubten Handlungen. d. Die gleiche Rechtslage wie der Vormund haben der Konkurs-, Zwangs-, Nachlaßverwalter, der Nachlaßpfleger und der Testamentsvollstrecker. e. Der Vorstand einer juristischen Person bildet einen Teil der Vereinsorganisation und steht daher dem Vereine nicht gegenüber wie ein Bevollmächtigter oder Vormund gegenüber dem Vollmachtgeber oder dem Mündel; vielmehr wird die Handlungsfähigkeit der juristischen Person vermittelt gerade durch den Vorstand. Folglich kann sie auch nur durch den Vorstand den Tatbestand der Gefahrerhöhung herbeiführen; im Sinne der §§ 23—29 VVG. ist also der Vorstand der Versicherungsnehmer, und Leistungsfreiheit des Versicherers tritt danach nur ein, wenn die Gefahrerhöhung durch den Vorstand herbeigeführt ist, sei es auch nur durch ein einzelnes Mitglied des Vorstandes. Denn der Grundsatz der Gesamtvertretung gilt nur für rechtsgeschäftliche Handlungen, nicht für sonstige Handlungen mit notwendiger Rechtsfolge wie die Rechtsverwirkung.

VII. Wegen der Anzeigepflicht bei Veräußerung der versicherten Sache vgl. zu §§ 69 ff. VVG.

§ 24. (Vgl. JDR. **10** 1227.) Folgen der Gefahrerhöhung. Darüber, daß durch die Sonderregelung in den §§ 23—26, 29—31 VVG. das Anfech-

tungsrecht des Versicherers ausgeschlossen wird, s. Keup, MittöffFeuerversAnst. 13 Beih. 38 ff. (vgl. oben zu § 1 VVG. unter VIII 1).

§ 25. I. Ruhen infolge Gefahrerhöhung. 1. **RG.** VersAnn. **13** 177, R. **13** Nr. 1233, WarnE. **13** Nr. 306. Wenn die Entschädigungspflicht bedingungsgemäß wegen Gefahrerhöhung ruht, so ist dies eine unmittelbare und von selbst eintretende Folge der objektiven Gefahränderung. Diesem Ruhen gegenüber kann daher nicht vorgebracht werden, daß das Unterlassen der Anzeige der Gefahrerhöhung ohne Verschulden erfolgt sei.

2. Niemeyer, Feuerversicherungsverträge in Schanghei, NiemeyersZ. **23** I 258 ff. Deutsches Recht entscheidet über die Frage, ob Verstöße im Sinne von § 25 VVG. vorliegen, wenn eine deutsche Versicherungsgesellschaft in Schanghei in einer in englischer Sprache abgefaßten Police Waren einer in Schanghei und London domizilierenden Handelsgesellschaft mit englischer Firma versichert, die eine Zweigniederlassung einer österreichischen, in Wien domizilierenden Gesellschaft ist.

3. Vgl. auch zu § 23 VVG. unter VI, 1 (Heine) und 2 (Josef).

II. Beweislast. ZVersWes. **13** 644 (Düsseldorf). Der Versicherer hat zu beweisen, daß der Versicherungsnehmer in schuldhafter Weise die Gefahr erhöht und dadurch den Eintritt des Versicherungsfalls herbeigeführt oder begünstigt hat.

§ 26. (Vgl. JDR. **10** 1228.) Über Gefahrerhöhung infolge eines Gebots der Menschlichkeit vgl. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 299.

§ 27. (Vgl. JDR. **10** 1228.) I. Vorliegen einer ungewollten Gefahrerhöhung. 1. VAPV. **12** Nr. 694 (Cöln). Das Inkrafttreten des neuen Automobilgesetzes, durch welches die Haftung des Automobilbesitzers verschärft wurde, hat eine vom Versicherungsnehmer nicht verschuldete Gefahrerhöhung mit sich gebracht.

2. Vgl. auch zu § 149 VVG. unter I 10 über den Einfluß des Rechtszustandes eines Rechtsgebiets auf das Risiko des Haftpflichtversicherers.

3. Vgl. auch zu § 23 VVG. unter VI, 2 (Josef).

4. Über Augenleiden als ungewollte Gefahrerhöhung vgl. **RG.** VAPV. **12** Nr. 689, LeipzZ. **12** 702, VersAnn. **12** 361, MasVersRdsch. **25** 23, R. **12** Nr. 1387.

II. Über die Frage der Erheblichkeit einer Gefahrerhöhung s. zu § 29 VVG.

III. Über die Zulässigkeit und das Maß der Prämienerhöhung s. zu § 41 VVG.

IV. Anfechtungsrecht? Darüber, daß durch die Sonderregelung in den §§ 27—31 VVG. das Anfechtungsrecht des Versicherers ausgeschlossen wird, s. Keup, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 38 ff. (vgl. oben zu § 1 VVG. unter VIII 1).

§ 28. (Vgl. JDR. **10** 1229.) **RG.** LeipzZ. **12** 702, VAPV. **12** Nr. 689, VersAnn. **12** 361, MasVersRdsch. **25** 23, R. **12** Nr. 1387. Wenn die Unfallversicherungsbedingungen bestimmen, daß nach Eintritt einer Gefahrerhöhung die Versicherung so lange ruht, bis der Versicherte die Gefahrerhöhung anzeigt und der Versicherer seine Zustimmung zur Fortsetzung der Versicherung erteilt hat, so dauert das Ruhen fort, bis diese Zustimmung erteilt ist, und zwar selbst dann, wenn der die Gefahr erhöhende Umstand später wieder vollständig beseitigt ist. Nur bei ganz vorübergehenden Gefahrerhöhungen hört mit dem vollständigen Wegfalle der Gefahrerhöhung auch das Ruhen ohne weiteres auf. Wenn der Versicherer sich bei Gefahrerhöhungen von einiger Schwere und Dauer auf das Ruhen der Versicherung beruft, obwohl der Unfall erst nach vollständiger Behebung des die Gefahr erhöhenden Umstandes eingetreten ist, so verstößt er nicht gegen Treu und Glauben.

§ 29. (Vgl. JDR. **10** 1229.) I. Erheblichkeit der Gefahrerhöhung. 1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss.

13 298. Hat der Versicherer es unterlassen, genau zu umgrenzen, was unter Gefahrerhöhung zu verstehen sei, so ist die regelmäßige Anschauung des Verkehrs, nicht diejenige, die der Versicherer oder andere Versicherer davon haben, maßgebend. — Nicht in Betracht kommt eine unerhebliche Erhöhung der Gefahr, d. h. eine solche, welche nach der unparteiisch und redlich gewonnenen Überzeugung eines billig denkenden verständigen Dritten einem Versicherer vernünftigerweise keinen Anlaß geben kann, das Versicherungsverhältnis aufzuheben oder dessen Fortbestand von einer Änderung der Vertragsbedingungen, insbesondere von der Zahlung einer höheren Prämie abhängig zu machen.

2. MittöffFeuerversAnst. **13** 60 (Colmar). Wenn in den Versicherungsbedingungen bestimmt ist, daß bei Verlust des Versicherungsanspruchs der Vorrat an Petroleum „in den Gebäuden" nie 50 l übersteigen darf, so hat ein Überschreiten dieser Grenze den Anspruchsverlust zur Folge, ohne daß es darauf ankommt, ob der Mehrvorrat in einem feuersicheren, im Keller stehenden Kessel untergebracht ist, der nur durch eine mit dem im Laden befindlichen Wandapparat in Verbindung stehende Leitung entleert werden konnte: auch in diesem Falle wird die Gefahr erheblich erhöht.

3. **RG.** VersAnn. **12** 775, ZVersWes. **13** 572, WallmVersZ. **47** 665, Mittöff. FeuerversAnst. **12** 654. In dem Stillstande des bisherigen Fabrikbetriebs unter gleichzeitiger Einrichtung einer Zimmerwerkstatt in dem Fabrikgebäude liegt eine erhebliche Gefahrerhöhung.

4. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **13** 379, VersAnn. **13** 393, WallmVersZ. **47** 2321, SaskisVersZ. **13** 165, ZVersWes. **13** 619. Der Versicherer kann die Versicherungsleistung nicht deshalb verweigern, weil ihm der im Anschluß an einen Gütertrennungsvertrag eingetretene Eigentumswechsel an den versicherten Gegenständen nicht angezeigt ist. Der Eigentumswechsel als solcher ist unerheblich. Dies gilt auch dann, wenn in dem Antragsformulare nach den Eigentumsverhältnissen ausdrücklich gefragt war. Eine solche Frage ist nur im Zweifel als erheblich anzusehen, der Richter kann also gleichwohl die Unerheblichkeit annehmen, so wenn jeder Anhalt dafür fehlt, daß ein betrügerisches Verhalten oder eine Gefährdung der Prämienansprüche zu befürchten wäre.

II. Über ganz vorübergehende Gefahrerhöhungen s. **RG.** LeipzZ. **12** 702, VAPV. **12** Nr. 689, vgl. zu § 28 VVG.

III. Vertraglich zulässige Gefahrerhöhung. 1. ZVersWes. **13** 644 (Düsseldorf). Ein die Leistungspflicht des Versicherers ausschließendes Verschulden des Versicherungsnehmers liegt nicht vor, wenn er die zur Öffnung des Geldschrankes nötigen Schlüssel in den Geschäftsräumen verwahrt, um jederzeit den Schrank öffnen zu können. Die vertragliche Pflicht des Versicherungsnehmers, die Diebstahlsmöglichkeiten zu berücksichtigen, hat ihre Grenze an den durch den Geschäftsbetrieb des Versicherten begründeten Interessen. Dagegen würde ein die Leistungspflicht ausschließendes Verschulden vorliegen, wenn die Haustüre zu dem Hause, in welchem der gegen Einbruchsdiebstahl versicherte Schrank steht, während des Bureauschlusses nicht verschlossen worden ist. — Besondere Sicherungsvorschriften lagen offenbar nicht vor. Vgl. zu § 32 VVG. unter II.

2. Vgl. auch zu § 61 VVG. unter III.

§ 32. (Vgl. JDR. **10** 1230.) I. Auslegung von Sicherungsvorschriften im allgemeinen. 1. VAPV. **12** Nr. 706 (Karlsruhe). Auch wenn es in der Police heißt, die Gültigkeit der Versicherung sei von der Beobachtung gewisser Vorsichtsmaßregeln „abhängig", liegt doch kein aufschiebend bedingter Vertrag vor, dem Versicherungsnehmer sind dann nur besondere „Obliegenheiten" im Sinne der §§ 6, 32 VVG. aufgebürdet. Der Versicherungsnehmer kann sich daher trotz der Fassung darauf berufen, daß die Verletzung jener Vorsichtsmaßregeln von ihm nicht verschuldet sei.

II. Über die Sicherheitsvorschriften bei der Einbruchsdiebstahlversicherung (JDR. **10** 1230) s. jetzt vor §§ 49 ff. VVG. unter IV. Über Gefahrerhöhungen bei Nichtvereinbarung besonderer Sicherungen vgl. oben zu § 29 VVG. unter III 1. Vgl. auch zu § 23 VVG. unter II 3.

III. Wegen des Charakters der „allgemeinen Sicherheitsvorschriften für Fabriken und gewerbliche Anlagen" in der Feuerversicherung vgl. VAPV. **12** 132 (s. zu § 9 VAG.).

§ 33. (Vgl. JDR. **10** 1231.) Literatur: Biedermann, Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens von Willenserklärungen und Anzeigen im Versicherungsrecht unter Berücksichtigung der in der Versicherung üblichen Formvereinbarungen, MittöffFeuerversAnst. 12 Beih. 241 ff. (s. zu § 1 unter II). — Eule, Die Pflicht zur Anzeige des Versicherungsfalls. Berlin 1912. — Hercher, Die Anwendung des § 278 BGB. auf das Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer nach dem VVG. Diss., Heidelberg 1912.

I. Anzeige durch Dritte. VAPV. **12** Nr. 699 (Hamburg). Die Pflicht zur Anzeige ist erfüllt, wenn der Platzagent die Anzeige für den Versicherungsnehmer erstattet.

II. Form und Adresse der Anzeige. 1. MittöffFeuerversAnst. **13** 238, VAPV. **12** Nr. 709, ZVersWes. **13** 58 (Celle). Zeigt der Versicherungsnehmer den Einbruch der Generalagentur an, so steht dies der Anzeige an die Gesellschaft gleich, selbst wenn in den Bedingungen hervorgehoben ist, daß die Anzeige an einen Agenten derjenigen an die Bank nicht gleichgestellt wird. Denn die Generalagentur ist mit einem gewöhnlichen Agenten nicht auf eine Stufe zu stellen. Auf die Zuverlässigkeit und das zweckentsprechende Handeln beim Eintritte des Versicherungsfalls kann sich der Versicherer bei einem einfachen Agenten nicht verlassen, die Generalagenturen aber darf er nur mit zuverlässigen Leuten besetzen, auf sie kann daher jene Bestimmung der Bedingungen keine Anwendung finden.

2. Wegen der Schadensanzeige an den Platzagenten, der den Viehversicherungsvertrag unterzeichnet hat, s. VAPV. **12** Anh. 113.

3. **RG.** WallmVersZ. **46** 225, SaskisVersZ. **12** 155, LeipzZ. **12** 88. Ist in den Versicherungsbedingungen bestimmt, daß der Versicherte jeden Entschädigungsanspruch verliere, wenn er es unterlasse, „der Direktion der Gesellschaft" binnen 24 Stunden Anzeige zu machen, so ist eine innerhalb dieser Frist gegenüber dem Generalagenten gemachte Anzeige nicht genügend: die Generalagentur ist nicht ein „Bestandteil der Direktion". Der Generalagent war auch nicht verpflichtet, den Versicherten darüber aufzuklären, daß er seine Anzeige an die unrichtige Adresse gerichtet habe; denn die Versicherungsbedingungen sind so deutlich gefaßt, daß es einer Erläuterung nicht bedurfte. Bei Einbruchsdiebstahlversicherungen hat der Versicherer ein besonders großes Interesse an der genauen Beobachtung einer solchen Bestimmung.

III. Anzeigefrist. 1. **RG.** VAPV. **12** Nr. 707, VersAnn. **12** 617, ZVersWes. **12** 485 u. **13** 57, JW. **12** 808, LeipzZ. **12** 700, MasVersRdsch. **25** 19, MittöffFeuerversAnst. **12** 387, R. **12** Nr. 2436. Wird die Anzeige nicht fristgemäß erstattet, so hat dies den Verlust des Versicherungsanspruchs zur Folge, ohne daß es darauf ankommt, ob dem Versicherer im einzelnen Falle aus der Unterlassung rechtzeitiger Anzeige ein Nachteil erwachsen ist, daß er ein Interesse an der Rechtzeitigkeit gerade in diesem Falle hatte. Der Versicherer ist nicht verpflichtet, ein solches besonderes Interesse zu behaupten und zu beweisen, und der Versicherte kann die Anspruchsverwirkung nicht durch den Nachweis, daß dem Versicherer aus der Verzögerung kein Schaden erwachsen sei, abwenden.

2. VAPV. **12** Nr. 708 (KG.). Wenn der Versicherungsnehmer verpflichtet ist, den Versicherungsfall (Einbruch) dem Versicherer unmittelbar nach der Entdeckung mitzuteilen, so verletzt er diese Verpflichtungen in schuldhafter Weise, wenn er den

Einbruch am Sonnabend morgens erfährt und erst nachmittags zwischen 2 und 3 Uhr eine Postkarte an den Versicherer zur Post gibt, obwohl ihm als Fabrikant bekannt sein mußte, daß die Karte erst in den späten Nachmittagsstunden beim Versicherer, dessen Bureau in demselben Orte lag, eintreffen konnte, daß an einem Sonnabend aber zu dieser Zeit niemand mehr im Bureau sein werde.

3. VAPV. **12** Nr. 699 (Hamburg). Der Versicherungsnehmer hat pflichtgemäß Anzeige „erstattet", wenn er die Anzeige rechtzeitig an die richtige Adresse „abgesandt" hat, gleichviel, ob sie dann überhaupt oder fristgemäß eingeht.

4. Über Unzulässigkeit der Berufung auf die Verspätung der Anzeige des Versicherungsfalls, wenn der Bevollmächtigte des Gegenseitigkeitsversicherers den Versicherungsnehmer in der Annahme bestärkt hat, ein unter die Versicherung fallender Fall liege nicht vor, vgl. **RG.** VersAnn. **13** 91, s. unter IV 2.

IV. Entschuldbarkeit und Unentschuldbarkeit der Verletzung der Anzeigepflicht. 1. Über die Zulässigkeit des Entschuldigungsbeweises in der Viehversicherung bei verspäteter Erkrankungs- und Todesanzeige s. VAPV. **12** Nr. 698 (KG.), vgl. unten zu § 121 VVG.

2. **RG.** VersAnn. **13** 91. Bei einem Gegenseitigkeitsversicherungsvertrage verstößt es wider Treu und Glauben, wenn sich derjenige auf Verwirkung des Versicherungsanspruchs berufen will, der an der verspäteten Anzeige mitschuldig ist. Dies ist der Fall, wenn der Bevollmächtigte des Versicherers den Versicherungsnehmer in der Annahme bestärkt hat, ein unter die Versicherung fallender Fall liege nicht vor.

V. Kenntnis des Versicherers. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 302. Der Hagelversicherer hat noch keine „Kenntnis" des Versicherungsfalls, wenn er nur erfahren hat, daß in dem Bezirke, in welchem die Felder des Versicherungsnehmers liegen, ein Hagelschlag stattgefunden hat.

VI. Erfordernis mehrfacher Anzeigen. VAPV. **12** Nr. 698 (KG.). Wenn der Versicherungsnehmer von der Erkrankung und dem Tode des versicherten Tieres zu einer Zeit erfährt, bedarf es nicht noch einer besonderen Anzeige über die Erkrankung.

VII. Besondere Fälle. 1. Wegen Anzeige vom Versicherungsfalle bei der Haftpflichtversicherung s. zu § 153 VVG.

2. Wegen der Anzeigepflicht bei der Lebensversicherung s. zu § 171 VVG. unter 1, 2, 4 und 6.

3. Über die Anzeigepflicht bei der Unfallversicherung vgl. zu § 182 VVG.

§ 34. (Vgl. JDR. **10** 1234.) Literatur: Eberle, Die Auskunftspflicht des Versicheruugsnehmers. München 1913.

I. Unrichtige Angaben bei der Ermittlung des Schadens. 1. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **12** 154, Wallm. VersZ. **46** 1345. Macht der Versicherungsnehmer bei der Ermittlung des Brandschadens unrichtige (betrügerische) Angaben über die Höhe des gezahlten Kaufpreises so tritt die bedingungsmäßige Verwirkung seines Anspruchs auch dann ein, wenn der von ihm angegebene Preis dem regulären Ladenpreis entspricht, er aber einen außerordentlich niedrigen Ausnahmepreis gezahlt hat.

2. **RG.** **78** 410, VAPV. **12** Anh. 679, JW. **12** 477, R. **12** Nr. 1261. Die Bestimmung über die Verwirkung der Entschädigung wegen betrügerischer Angaben bei der Schadensermittelung ist auf wissenschaftlich falsche Prozeßbehauptungen nicht anwendbar.

3. Vgl. auch zu § 6 VVG. unter II, 3 (**RG.**)

II. Pflicht zur Beschaffung von Belegen. 1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 302. Nötigenfalls genügen zur Begründung des Anspruchs an Stelle der üblichen Belege auch In-

dizien, welche nicht unmittelbar den Versicherungsfall erweisen, aber mit Wahrscheinlichkeit auf ihn schließen lassen.

2. Über die Unzulässigkeit des Verlangens eidesstattlicher Versicherungen der Versicherungsnehmer s. VAPV. 12 90 (vgl. zu § 64 VAG.).

3. VAPV. **13** 111. Ein Zusatz zu § 11 Abs. 4 der Verbandsbedingungen für Feuerversicherung, daß bei kleinen Feuerschäden auf Mobiliarversicherung (Schadenhöhe je nach Vereinbarung, vielleicht bis auf 1000 M. begrenzt) auf Beibringung eines Inventarverzeichnisses verzichtet werde, ist unzulässig, weil sonst der Grundsatz verletzt werden könnte, daß die Versicherung nicht zu einer Bereicherung führen solle.

4. Wegen der Verpflichtung zur Beschaffung von Belegen bei der Lebensversicherung vgl. zu § 171 VVG. unter 1 und 5.

5. Wegen der Unfallversicherung s. zu § 182 VVG. unter III.

Dritter Titel. Prämie.

Vorbemerkung: Zu mehrfacher Behandlung boten Anlaß die Fragen der Zulässigkeit der Prämienerhebung durch Lohnabzug, die Prämienverauslagung, der Prämienverzug und das Verhältnis der §§ 38, 39 VVG. zu § 2 und § 42 VVG. Größere wissenschaftliche Arbeiten sind nicht zu verzeichnen.

Literatur: Bauchwitz, Über die rechtliche Natur der Prämienverauslagung, LeipzZ. **13** 589 ff. — Falk, Kose und Gen., Aufrechnung und Zurückbehaltung des Arbeitslohns, GewuKfmG. **19** 52 ff. — Josef, Kleinere Streitfragen aus dem deutschen VVG., ÖstZVersWiss. **13** 129 ff. — Kirchmann, § 3 der Normativbedingungen der in Deutschland arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften, ZVersWes. **13** 330 ff. — Lindemann, Die Leistungspflicht des Versicherers in der Lebensversicherung, Mas. Rdsch. **24** 203 ff. — Oertmann, Aufrechnung und Zurückbehaltung gegenüber der Lohnforderung, GewuKfmG. **18** 386 ff. — Walsmann, Aufrechnung und Zurückbehaltung gegenüber der Lohnforderung, GewuKfmG. **18** 405 ff. — Wehberg, Die Erfüllung von Lebensversicherungsverträgen in Kriegszeiten, WallmVersZ. **46** 1689 ff. (s. zu § 175 VVG. unter IV).

§ 35. (Vgl. JDR. **10** 1236.) I. Prämienzahlung. 1. R. **13** Nr. 3295 (Hamburg). Hat eine Kraftfahrzeugfabrik sich als Halterin eines Kraftfahrzeugs gegen Schäden versichert, die sie als Halterin treffen können, so ist sie als Halterin nicht mehr anzusehen, wenn sie den Wagen einem ihrer Vertreter überläßt, damit er ihn den Kunden vorführe, ihn auch selbst benutze und auf eigene Kosten — so auch hinsichtlich des Chauffeurs — unterhalte. Damit hat die Fabrik auch das Versicherungsinteresse verloren. Sie ist infolgedessen nur zur Zahlung der Prämie für die laufende Versicherungsperiode verpflichtet.

2. **RG.** BayRpflZ. **13** 255. Lebensversicherungsprämien sind kein „Aufwand" im Sinne des § 240 Ziff. 1 KO.

3. Wegen der Prämie bei der Boykottversicherung s. BayVGH., R. **13** 812, vgl. vor §§ 1 ff. VAG.

4. Wegen der Einwendungen der Mitglieder kleiner Gegenseitigkeitsvereine gegenüber der vom Vorstand oder von der Mitgliederversammlung beschlossenen Nachschußpflicht s. NaumburgAK. **13** 49 (Naumburg), vgl. zu § 36 VAG.

5. Über die wiederkehrende Prämie im ungarischen Versicherungsrechte vgl. Valer, Einiges über ungarisches Versicherungsrecht, AssekJahrb. **37** I 88 ff.

6. **RG.** VAPV. **12** Nr. 647, WallmVersZ. **45** 599, JW. **12** 69, ZVersWiss. **12** 480, ZVersWes. **12** 61, DJZ. **12** 161, R. **12** Nr. 13. Die Bestimmung einer Pensionskasse, daß die Prämienbeiträge der Kassenmitglieder von dem Unternehmer bei der Lohnzahlung abgezogen und an die Kasse abgeführt werden, ist nach §§ 115, 115 a, 117 GewO. und § 2 LohnBG. nichtig, es sei denn, daß die Pensionskasse eine „Wohlfahrtseinrichtung" im Sinne des § 117 Abs. 2 GewO. ist.

7. Ebenso VAPV. 12 Nr. 648 (Hamburg). Auf die Heuerverträge lasse sich § 117 Abs. 2 GewO. nicht anwenden.

8. Hiergegen **RG. 80** 324, GewArch. **12** (1913) 116, ZVersWiss. **13** 547, Hans. GZ. **13** Beibl. 137, DJZ. **13** 166, R. **13** Nr. 22. Der im § 117 Abs. 2 GewO. ausgesprochene Rechtsgedanke muß auf Heuerverträge analog angewandt werden. Es handelt sich auch nicht um eine Verfügung über die Lohnforderung, sondern um eine der Forderung von vornherein anhaftende Beschränkung.

9. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1101, GewArch. **13** 301, GewuKfmG. **19** 14, PosM. Schr. **13** 13, WarnE. **13** Nr. 334, R. **13** Nr. 1216 u. 1217. Eine Verabredung, wonach ein Teil des in Zukunft zu zahlenden Lohnes vom Arbeitgeber für den Arbeiter an eine mit selbständiger Rechtspersönlichkeit ausgestattete Pensionskasse abzuführen ist, ist nach § 117 Abs. 2 GewO. zulässig. Damit eine solche Kasse als eine „Wohlfahrtseinrichtung" im Sinne des § 117 gelten kann, ist nicht erforderlich, daß die Kasse versicherungstechnisch vollkommen ist und den Anforderungen der Versicherungsmathematik durchweg genügt.

10. Über Abholung der Prämien durch den Agenten s. unten zu § 37 VVG.

II. Prämienverauslagung durch Dritte. 1. Bauchwitz, Über die rechtliche Natur der Prämienverauslagung, LeipzZ. **13** 589 ff. a) Löst ein Dritter für den Prämienpflichtigen die Prämie auf Grund des Auftrags des Verpflichteten ein, so hat er einen Erstattungsanspruch nach § 670 BGB. b) Löst er dagegen die Prämie aus eigenem Antrieb ein, so handelt es sich meistens um eine Geschäftsführung ohne Auftrag; für den Erstattungsanspruch des Einlösenden ist es entscheidend, ob die Einlösung dem wirklichen oder doch mutmaßlichen Willen des Schuldners entspricht oder nicht. Die Beweislast hierfür trifft nicht den Einlösenden, vielmehr hat der Prämienschuldner für das Gegenteil den Beweis zu führen. Das ist auch materiellrechtlich von Bedeutung: der Erstattungsanspruch des Einlösenden gegen den Prämienschuldner ist insoweit, als die Einlösung präsumtiv dem Willen des Prämienschuldners entspricht, ein Anspruch aus dem Versicherungsvertrag und verjährt dann in 2 bzw. 5 Jahren. c) Wenn endlich der Agent aus eigenem Antriebe die Prämie verauslagt und — wie meistens — von dem Versicherer zur Annahme der Prämie ermächtigt worden ist, so kann er, da die Prämienzahlung Erfüllung einer Verbindlichkeit ist, nach § 181 BGB. die Prämie an sich selbst entrichten.

2. Josef, Kleinere Streitfragen aus dem deutschen Versicherungsvertragsgesetz, ÖstZVersWiss. **13** 129 ff. Verauslagt ein Dritter, insbesondere der Agent, die vom Versicherungsnehmer geschuldete Prämie für diesen, so erlangt der Verauslagende einen Erstattungsanspruch gegen den Versicherungsnehmer nur, wenn die Zahlung dem wirklichen oder zu vermutenden Willen des Versicherungsnehmers entspricht (§ 683 Ziff. 1 BGB.). Diese Voraussetzung liegt z. B. vor, wenn der Versicherungsnehmer außerstand ist, die fällige Prämie zu bezahlen, also die schwerwiegende Verwirkung seiner Ansprüche aus der Versicherung zu verhüten ist, so bei Mittellosigkeit oder längerer Abwesenheit des Versicherungsnehmers. Anderenfalls kann der Verauslagende weder wegen ungerechtfertigter Bereicherung, noch wegen auftragloser Geschäftsführung Erstattung verlangen.

III. Wirkung der Prämienannahme auf Einreden des Versicherers. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 303. Wenn der Versicherer eine Prämie annimmt, obwohl ihm bekannt ist, daß er einen Grund zur Auflösung des Vertrags hat, so kann er nach Treu und Glauben diesen Auflösungsgrund nicht mehr gegenüber dem Anspruche des Versicherten auf die Gegenleistung geltend machen.

IV. Über die Inkassoprovision des Agenten, die Frage des Fortbezugs nach Entlassung aus dem Dienste des Versicherers und über die Rückgewähr bei Nichteingang der Prämie vgl. vor §§ 43 ff. VVG. unter VII 12.

§ 36. MittöffFeuerversAnst. **13** 265, VAPV. **12** Nr. 682 (RG.). Da Leistungsort für die Entrichtung der Prämie der jeweilige Wohnsitz des Versicherungsnehmers

ist, genügt zur Heilung des Prämienverzugs die Absendung des Geldes. Infolge der Übersendungspflicht besteht aber zunächst ein Schwebezustand: die Wirksamkeit der Erfüllung hängt davon ab, daß das abgesandte Geld am Bestimmungsort ankommt. Die Übersendungspflicht ist nur eine Nebenverpflichtung und darf die Holschuld nicht zur Bringschuld machen.

§ 37. (Vgl. JDR. **10** 1236.) 1. **RG.** JW. **13** 54, VersAnn. **12** 783, SeuffA. **68** 141, LeipzZ. **13** 868, WallmVersZ. **47** 690, ZVersWes. **13** 70, R. **12** Nr. 3500, WarnE. **13** Nr. 26. Wenn die Prämie regelmäßig vom Agenten beim Versicherungsnehmer abgeholt worden ist, so hat diese Übung, so lange sie noch nicht aufgehoben ist, hinsichtlich der Zeit der Zahlung dieselbe Wirkung, wie wenn die Prämienschuld eine Holschuld wäre. Der Versicherer würde gegen Treu und Glauben handeln, wenn er sich auf die Verpflichtung des Versicherungsnehmers zur Überbringung der Prämie berufen wollte, nachdem er jahrelang auf die Erfüllung dieser Verpflichtung kein Gewicht gelegt und ihn an das Abholen der Prämie gewöhnt hatte.

2. Darüber, daß der Generalagent nicht berechtigt ist, mit Wirkung gegenüber dem Versicherer in Abweichung von den Versicherungsbedingungen zu vereinbaren, daß die nach dem Versicherungsscheine zu bringende Pramie abgeholt werden soll, vgl. LeipzZ. **12** 716, VAPV. **12** Nr. 702, s. unten zu § 43 VVG. Ziff. 1 unter III 5.

3. Vgl. auch vor §§ 43 ff. unter I 1 C b (Hagen).

§ 38. (Vgl. JDR. **10** 1236.) I. Abhängigkeit des Versicherungsvertrags von Zahlung der ersten Prämie. Gottschalk, Der Abschluß des Versicherungsvertrags, ZVersWes. **12** 199 ff. § 38 schließt nicht Versicherungsbedingungen aus, nach denen der Vertrag erst mit der Zahlung der ersten Prämie wirksam wird.

II. Abhängigkeit des Versicherungsschutzes von der Zahlung der ersten Prämie. 1. OLG. **24** 220, WallmVersZ. **46** 1281, HansGZ. **12** Beibl. 60, R. **12** Nr. 2440 (Hamburg). Wenn die Versicherungsbedingungen bestimmen, daß die Versicherung, falls die erste Prämie von der Gesellschaft erst nach dem als Beginn der Versicherung festgesetzten Zeitpunkt eingefordert und die Zahlung dann „ohne Verzug" bewirkt wird, als mit dem vereinbarten Zeitpunkt in Kraft getreten gelten soll, so genießt der Versicherungsnehmer den Versicherungsschutz auch dann, wenn die Prämienzahlung erst nach dem Versicherungsfall erfolgt, sofern sie nur „sofort" nach der Einforderung erfolgt. Vgl. aber unter 4 (**RG.**).

2. R. **13** Nr. 1047 (Hamburg). Der Versicherer kann sich auf die Klausel seiner Bedingungen, daß die Versicherung erst mit der Einlösung der Police durch Zahlung der Prämie beginne, dann nicht berufen, wenn er die Police ohne Zahlung dem Versicherungsnehmer mit Prämienquittung übergeben hat. Denn bei Prämien geringen Betrags darf der Versicherte dann annehmen, daß der Versicherer mit einer späteren Zahlung einverstanden sei.

3. VersAnn. **13** 524, SaskisVersZ. **13** 102 (Hamburg). Wenn die erste Prämie erst nach dem als Beginn der Versicherung festgesetzten Zeitpunkte von der Gesellschaft eingefordert wird und die Bedingungen für diesen Fall dem sich durch Einlösung der Police vollziehenden Rechtserwerbe rückwirkende Kraft beilegen, sofern nur die Zahlung „ohne Verzug" bewirkt wird, so liegt keine unverzügliche Zahlung vor, wenn der Versicherungsnehmer die Police erst nach 4 Tagen seit der Zahlungsaufforderung einlöst.

4. **RG. 80** 138, MittöffFeuerversAnst. **13** 33, LeipzZ. **12** 920, ZVersWiss. **13** 110 u. 112, VAPV. **13** Nr. 734, JW. **12** 1111, MasVersRdsch. **25** 195, VersAnn. **12** 747, ZVersWes. **13** 18, SaskisVersZ. **12** 152, WallmVersZ. **47** 1697, R. **12** Nr. 3283 u. 3285 hebt die Entsch. des OLG. Hamburg unter 1 auf: Eine vertragliche Regelung, wonach die Zahlung der ersten Prämie als aufschiebende Bedingung für den Eintritt

des Versicherungsschutzes gesetzt ist, steht mit den §§ 38, 39 G. nicht im Widerspruche. Die Vorschriften des § 38 setzen voraus, daß die Versicherung begonnen hat und die Prämie vor oder bei dem Beginne der Versicherung fällig war, aber nicht gezahlt ist. Im Zweifel beginnt die Versicherung mit dem Vertragsabschlusse, wie auch die erste Prämie sofort nach dem Abschlusse des Vertrags zu zahlen ist. Nach beiden Richtungen ist aber eine abweichende vertragliche Regelung zulässig. Insbesondere bestimmen die §§ 38, 39 nicht, wann die Versicherung beginnt. Sie können daher der Wirksamkeit eines Vertrags, durch den der Versicherungsbeginn in aufschiebend bedingte Abhängigkeit von der Zahlung der ersten Prämie gesetzt ist, nicht entgegenstehen. Folgeweise kann in einem Vertrag, in dem ein gewisser frühzeitiger, insbesondere ein dem Abschlusse der Versicherung vorausliegender Zeitpunkt des Versicherungsbeginns festgesetzt ist, zugleich bestimmt werden, daß der Festsetzung nur dann Wirksamkeit zukomme, wenn die Zahlung der ersten Prämie zu einer gewissen Zeit erfolge. Wenn in den Bedingungen z. B. bestimmt ist, daß, wenn die erste Prämie von der Gesellschaft erst nach dem als Beginn der Versicherung festgesetzten Zeitpunkt eingefordert und die Zahlung dann „ohne Verzug" bewirkt wird, die Versicherung als schon mit dem vereinbarten Zeitpunkt in Kraft getreten gelten soll, so ist der Ausdruck „Verzug" nicht im Sinne von „Leistungsverzug des Schuldners" (§§ 284 ff. BGB.) gemeint, — ein solcher liegt ja nicht vor; denn der Versicherungsnehmer hat nur die rechtliche Möglichkeit, durch die Prämienzahlung den Versicherungsbeginn, also einen Rechtserwerb für sich herbeizuführen —, sondern im Sinne eines der Aufforderung zur unmittelbaren Zahlung tatsächlich nicht entsprechenden Verhaltens des Versicherungsnehmers.

5. Zustimmend Petersen, Rechtsprechung, ZVersWiss. **13** 110.

6. Über die besonderen Bestimmungen in den Versicherungsbedingungen der Mecklenburgischen Versicherungsgesellschaft und der Cölner Concordia vgl. Lindemann, Die Leistungspflicht des Versicherers in der Lebensversicherung, MasVers.Rdsch. **24** 203 ff., s. unten zu § 42 VVG.

7. Über die dem Versicherer im Falle der Kündigung zustehende angemessene Geschäftsgebühr vgl. zu § 40 VVG.

III. Darüber, daß durch § 38 VVG. das Anfechtungsrecht des Versicherers wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung über die Zahlungsfähigkeit des Versicherungsnehmers ausgeschlossen ist, s. Keup, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 38 ff., vgl. oben zu § 1 VVG. unter VIII 1.

§ 39. (Vgl. JDR. **10** 1237.) I. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit. 1. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **13** 143, VersAnn. **13** 4, ZVersWes. **13** 95, WallmVersZ. **47** 1857, R. **13** Nr. 768 u. 774. § 39 kann nur dann angewandt werden, wenn die Versicherung schon in Kraft getreten ist.

2. Über die besonderen Bestimmungen in den Versicherungsbedingungen der Mecklenburgischen Versicherungsgesellschaft und der Cölner Concordia vgl. Lindemann, Die Leistungspflicht des Versicherers in der Lebensversicherung, MasVers.Rdsch. **24** 203 ff., s. unten zu § 42 VVG.

II. Mahnung. 1. **RG.** JW. **13** 692, WallmVerZ. **47** 2049, ZVersWes. **13** 608, VersAnn. **13** 244, MasVersRdsch. **25** 196, R. **13** Nr. 3081. Das Erfordernis der brieflichen Mahnung zur Prämienzahlung kann nicht durch sonstige, an sich scharfe Mahnungen — z. B. von seiten des Agenten, welcher den Versicherungsnehmer darauf aufmerksam macht, daß infolge des Verzugs die Versicherung ruhe, — ersetzt werden. Der Versicherungsnehmer kann auch nicht wirksam auf die Beobachtung dieser zwingenden Formvorschrift dadurch verzichten, daß er die mündliche Mahnung des Agenten nicht zurückweist, sich mit ihr einverstanden erklärt.

2. Welche Formalitäten sind bei der Mahnung säumiger Prämienzahler zu erfüllen?, ZVersWes. **13** 175. Es muß wegen jeder neu verfallenden Prämie nebst

Zinsen und Kosten und unter erneutem Hinweis auf die Rechtsfolge des Anspruchsverlusts gemahnt werden. Dies gilt auch dann, wenn wegen der bereits früher verfallenen Prämien schon ein Prozeß schwebt. Dieser Schwierigkeit kann der Versicherer dadurch begegnen, daß er in den Bedingungen festsetzt, beim Verzuge wegen einer Ratenzahlung könne er die Zahlung sämtlicher Raten der Jahresprämie verlangen.

3. Kirchmann, Zum § 3 der Normativbedingungen der in Deutschland arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften, ZVersWes. **13** 330 ff. a) Bei den noch nicht rückkaufsfähigen Versicherungen kann die Gesellschaft nach fruchtlosem Ablaufe der 14 tägigen Nachfrist mit sofortiger Wirkung kündigen. Es bedarf keiner vorherigen „Mahnung" im Sinne des § 39 VVG. Trotz der Kündigung verbleibt dem Versicherer der Anspruch auf die volle laufende Jahresprämie; diese braucht er auch nicht in den üblichen Raten auszuklagen. Dieses Recht, die Zahlung der ungeteilten Jahresprämie zu verlangen, steht dem Versicherer ferner auch dann zu, wenn er die Versicherung nicht kündigt. Die „restliche Jahresprämie" ist nicht gleich der Summe der noch nicht bezahlten Raten und auch nicht gleich dem noch nicht bezahlten Teile der Jahresprämie; die Gesellschaft muß vielmehr die bereits verfallenen Raten ihrem vollen Ratenbetrage nach einfordern, den noch nicht fälligen Teil der Jahresprämie aber durch genaue Division der letzteren anteilig in Ansatz bringen. b) Bei den bereits länger als 3 Jahre in Kraft befindlichen Versicherungen bleibt die Versicherung auch nach Ablauf der Nachfrist in voller Höhe in Kraft bis zum Ende des am Zahlungstermine der erstmals unbezahlt gebliebenen Prämie laufenden Versicherungsjahrs. Alle noch nicht bezahlten Prämien für das laufende Versicherungsjahr gelten mit fünfprozentigen Verzugszinsen als gestundet. Die Gesellschaft ist aber nach Ablauf der Nachfrist berechtigt, die Versicherung auf den Schluß des Versicherungsjahrs und, wenn dieses abgelaufen ist, mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Aus Geschäftsrücksichten unterbleibt in der Regel die sofort nach Ablauf der Nachfrist zulässige Kündigung: Dann bleibt die Haftung des Versicherers zunächst bestehen. Zahlt der Versicherungsnehmer jeweils die angemahnten Prämien, bevor der Versicherer — jeweils nach erneuter Anmahnung — kündigt, so sind dadurch die Rechtsfolgen des Verzugs beseitigt, mögen auch mehr Prämienraten verfallen sein als angemahnt. Hat der Versicherer dagegen schon gekündigt, dann genügt es zur Beseitigung der Rechtsfolgen des Verzugs bzw. zur Wiederinkraftsetzung der Versicherung nicht mehr, wenn der Versicherungsnehmer nur die angemahnte Prämie mit Kosten einsendet; die Wirkungen der ausgesprochenen Kündigung werden nur dann wieder beseitigt, wenn sämtliche verfallenen Prämien mit Kosten, Verzugszinsen und Aufgeld bezahlt werden.

4. Kirchmann, Einiges aus der Praxis der Lebensversicherungsgesellschaften im Konkursfalle des Versicherungsnehmers, LeipzZ. **14** 132. Verfällt der Versicherungsnehmer in Konkurs, so hat die Mahnung dem Konkursverwalter gegenüber zu erfolgen. Die dem Gemeinschuldner gegenüber erklärte Mahnung und Fristsetzung ist auch dann, wenn der Versicherer von der Konkurseröffnung keine Kenntnis hatte, unwirksam.

III. Verzug und Heilung des Verzugs. 1. VAPV. **12** Nr. 662 (Stuttgart). Der Versicherungsnehmer ist mit der Prämienzahlung nicht in Verzug geraten, wenn nach den Versicherungsbedingungen Voraussetzung hierfür die ausdrückliche Verweigerung der Einlösung einer Postnachnahme in Höhe des Prämienbetrags ist, der Versicherungsnehmer aber von dem Bezirksagenten lediglich mündlich gemahnt worden ist und diesem erklärt hat, er könne momentan nicht zahlen.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 868, JW. **13** 54, VersAnn. **12** 783, WarnE. **13** Nr. 26. Der an die Nichteinhaltung der für die Prämienzahlung gesetzten Respektfrist geknüpfte Verlust des Versicherungsanspruchs tritt nicht ein, solange der Prämienschuldner

die Bezahlung ohne Verschulden unterlassen hat. Dies ist der Fall, wenn die Prämie entgegen den Versicherungsbedingungen unter Duldung der Gesellschaft jahrelang durch den Agenten bei dem Versicherungsnehmer abgeholt worden ist und dies ohne vorherige Mitteilung an diesen dann unterbleibt. Es ist weiter dann der Fall, wenn die Erben des Versicherungsnehmers innerhalb der Respektfrist zwar die Police im Nachlasse finden, aber zunächst mangels jedes Anhalts für das Gegenteil annehmen, die Prämie sei bezahlt.

3. Über Heilung des Prämienverzugs durch Absendung des Geldes vgl. Mitt. öffFeuerversAnst. **13** 265, VAPV. **12** Nr. 682 (KG.), s. oben zu § 36 VVG.

4. Über die Kündigung „mittels eingeschriebenen Briefes" s. zu § 1 VVG. unter IV 1 (**RG.**).

5. Über die Berechnung der Kündigungsfrist (§ 193 BGB.) s. zu § 1 VVG. unter IV 2 (LG. Berlin I).

6. Vgl. auch zu § 41 VVG. unter 1 (Cöln).

VI. Rückwirkende Kraft. VAPV. **12** 137. Durch die rückwirkende Kraft des § 39 VVG. werden solche Vorschriften der alten Bedingungen nicht berührt, welche für den Versicherungsnehmer günstiger sind als das Gesetz. Dies gilt insbesondere auch von den sog. „Respektfristen", wonach die Prämienzahlung noch als rechtzeitig bewirkt gilt, wenn sie innerhalb einer bestimmten Frist nach dem Fälligkeitstermin erfolgt. Die Mahnung des Versicherungsnehmers und die Auferlegung der hierdurch entstehenden Kosten darf erst nach Ablauf dieser alten Respektfrist erfolgen. Auch bleibt es bei der alten Mahngebühr und — an Stelle der in den neuen Bedingungen für den Fall der „Wiederinkraftsetzung" vorgesehenen Verzugszinsen von 5 pCt. nebst Aufgeld von 1 pM. der Versicherungssumme — bei der alten Versäumnisgebühr.

VII. Wiederinkraftsetzung der Versicherung. 1. VAPV. **13** 119. Wenn der Versicherer das Versicherungsverhältnis wegen Nichtzahlung der Prämie kündigt und die Prämie einklagt, und der Versicherungsnehmer die Prämie nunmehr zahlt, so bleibt die Versicherung doch gekündigt und aufgehoben. Der Versicherer kann nicht Fortentrichtung der Prämien verlangen, weil der Versicherungsnehmer nicht gekündigt habe und in der urteilsgemäßen Zahlung der eingeklagten Prämie eine stillschweigende Wiederinkraftsetzung der Versicherung liege.

2. Über die Frage der Pfändbarkeit des Rechtes, die Wiederinkraftsetzung einer Lebensversicherung zu verlangen, vgl. VAPV. **13** 122.

§ 40. (Vgl. JDR. **10** 1239.) 1. VAPV. **12** 137. Die „angemessene Geschäftsgebühr" des § 40 Abs. 2 gebührt der Versicherungsgesellschaft. Die Provisionen, die dem Vermittler entgangen sind, kommen mithin nicht in Betracht. Bei der Berechnung ist davon auszugehen, daß der Gesellschaft für ihre Auslagen und Aufwendungen an Zeit und Mühe ein mäßiger Ersatz zuteil werden soll.

2. ÖstZBl. **12** 450 (OGH. Wien). Bestimmt die Haftpflichtversicherungspolice, daß jede Doppelversicherung die Ungültigkeit der Versicherung zur Folge haben soll, so erlischt auch der Prämienanspruch des ersten Versicherers, wenn der Versicherungsnehmer bei einer anderen Gesellschaft eine gleichartige Versicherung nimmt.

3. Wegen Rückerstattung der Prämie im Falle einer Kündigung wegen Eigentumswechsels vgl. § 70 VVG. unter IV.

§ 41. 1. VAPV. **12** Nr. 694 (Cöln). Das Inkrafttreten des neuen Automobilgesetzes, durch welches die Haftung des Automobilbesitzers verschärft wurde, hat eine vom Versicherungsnehmer nicht verschuldete Gefahrerhöhung mit sich gebracht. Der Versicherer ist infolgedessen berechtigt, die Prämie in einer der Gefahrerhöhung entsprechenden Weise zu erhöhen. Hierbei darf er aber nicht noch eine Prämienerhöhung vornehmen, welche sich nur damit rechtfertigen ließe, daß die bisherigen Prämien gegenüber dem bisherigen Risiko zu niedrig waren und daß die Prämien

sätze der anderen Versicherer schon allgemein höher waren. Der Versicherer darf die Veränderung der Gesetzgebung nicht zum Deckmantel für eine Prämienerhöhung machen, welche schon vor der Veränderung der Gesetzgebung berechtigt war, aber nur durch Verständigung mit den Versicherungsnehmern herbeigeführt werden konnte. Erhöht der Versicherer die Prämie übermäßig, so kann der Versicherungsnehmer nach § 315 BGB. Herabsetzung der Prämie auf einen angemessenen Betrag durch Richterspruch verlangen, außerdem aber vom Vertrage zurücktreten. Wenn er die Zahlung der übermäßig erhöhten Prämie verweigert, kommt er nicht in Zahlungsverzug.

2. Über die Rechte des Automobilversicherers im Falle unverschuldeter Verletzung der Anzeigepflicht über die Geschwindigkeit des Kraftfahrzeugs (§ 8 Abs. 2 RGes. vom 3. Mai 1909 über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen) vgl. MasVersRdsch. **25** 106 ff.

3. Über das Recht, die höhere Prämie zu verlangen, vgl. auch Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 290, bes. 296, 297.

4. Über die Prämienverrechnung bei vorzeitiger Kündigung aus § 59 VVG., vgl. zu § 59 VVG. unter VII.

§ 42. (Vgl. JDR. **10** 1239.) Lindemann, Die Leistungspflicht des Versicherers in der Lebensversicherung, MasVersRdsch. **24** 203 ff. Die §§ 35, 38, 39 VVG. gehen von der bei den meisten Gesellschaften bestehenden Übung aus, wonach der Versicherungsschutz erst mit der Zahlung der ersten Prämie — oder Prämienrate — beginnt. Nur bei 3 Anstalten (Gotha, Mecklenburgische und Cölner Concordia) wird der Versicherungsschutz schon vom Mittage desjenigen Tages an gewährt, an welchem der Versicherungsschein vom Versicherer ausgestellt wird. Das zwingt zu besonderen Vorschriften, um einer Inanspruchnahme vor Zahlung der ersten Prämie vorzubeugen. Verf. zeigt, wie dieses Bestreben z. B. bei den verschiedenen Satzungsrevisionen der Gothaer Lebensversicherungsbank verwirklicht worden ist. In ihren Bedingungen vom 1. Januar 1910 erkennt sie aber im praktischen Ergebnis an, daß die erste Prämie eine nach dem Beginne der Versicherung zu zahlende Prämie im Sinne des § 39 Abs. 1 VVG. ist. Dagegen lassen die Mecklenburgische Versicherungsgesellschaft und die Concordia im Falle einer Versäumung der Einlösungsfrist den Versicherungsschutz ohne weiteres mit Ablauf spätestens der Respektfrist mit rückwirkender Kraft entfallen nach Analogie von § 38 VVG., ohne daß vorher die Maßnahmen des § 39 VVG. — Fristsetzung — erfolgen. Dies ist gültig: Anstalten, bei denen zugunsten des Versicherungsnehmers über die Vorschrift des § 38 Abs. 1 VVG. hinaus Versicherungsschutz gewährt wird, obwohl die erste Prämie noch nicht gezahlt ist, sind nicht gezwungen, das Erlöschen des Versicherungsschutzes im Wege des § 39 VVG. herbeizuführen. Von dieser Erwägung wird auch das Aufsichtsamt ausgegangen sein, als es trotz der zwingenden Kraft des § 39 — § 42 VVG. — die neuen Bedingungen jener Anstalten genehmigte.

Vierter Titel. Versicherungsagenten.

Vorbemerkung zu §§ 43—48. Die Stellung des Versicherungsagenten hat eine vorzügliche und eingehende Behandlung durch Hagen gefunden. Die alten Streitfragen sind noch nicht ausgetragen, insbesondere die über den Fortbezug der Inkassoprovision und die Stellung des Agenten zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer bei Abschluß des Vertrags.

Vor **§§ 43 ff.** Literatur: Bellardi, Zur Frage der Rückgewähr der Überweisungsprovision in der Feuerversicherung, insbesondere bei Prämienauszahlung auf mehrere Jahre, MittöffFeuerversAnst. **13** 401. — Belzner, Die Verwertung der Kenntnis von Abläufen nach Dienstaustritt und ihre Strafbarkeit, ZVersWes. **12** 713 ff. und WallmVersZ. **47** 505 ff. — Born, Über den Fortbezug der Provisionen nach Lösung des Agenten-

verhältnisses, MittöffFeuerversAnst. **13** 385. — Fuld, Unlauterer Wettbewerb im Versicherungsgewerbe, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 416 ff. (s. oben vor §§ 1 ff. VVG. unter VII). — Hagen, Versicherungsagenten und Außenbeamte unter dem Versicherungsgesetze, JheringsJ. **61** 229 ff. — Josef, Mündliche Abreden zwischen dem Agenten und dem Versicherungslustigen beim Antrag auf Versicherung, ZVersWes. **13** 395 ff. — Derselbe, Erläuterung der Versicherungsbedingungen durch den Agenten, ZVersWes. **13** 637 ff. — Levetzow, Versicherungsagenten und Makler. Berlin 1913. — Derselbe, Über den Fortbezug der Provisionen nach Lösung des Agentenverhältnisses, MittöffFeuerversAnst. **13** 386. — Lengnick, Die Vertretungsmacht des Versicherungsagenten. Diss., Leipzig 1913. — Müller gen. Vollmer, Die gesetzlichen Präsumptionen für die Vollmachten des Versicherungsagenten. Diss., Leipzig 1913. — Rothe, Zur Psychologie der Organisation in der Lebensversicherungsbranche, ZVersWes. **13** 104 ff. — Schardt, Die rechtliche Stellung des Versicherungsagenten. Diss., München 1912. — Valer, Einiges über ungarisches Versicherungsrecht (Stellung des Versicherungsagenten), AssekJahrb. **35** I 92 ff. — MasRdsch. **24** 85 ff., Das künftige preußische Fortbildungsschulgesetz und die Privatversicherung.

I. Die Versicherungsbeamten im allgemeinen (vgl. JDR. **10** 1240). 1. Hagen, Versicherungsagenten und Außenbeamte unter dem Versicherungsvertragsgesetz, JheringsJ. **61** 229 ff. A. Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung sind den besonderen Interessen dieses Standes alles schuldig geblieben. Alle hier in Betracht kommenden Verhältnisse beruhen auf einem Dienstvertrag im Sinne des BGB. Die Dienstleistung vollzieht sich auf dem Gebiete des Handelsgewerbes. Der „Vertreter" ist entweder Handlungsgehilfe oder Handlungsagent. Rechtsgrundsätzlich steht der Unterschied fest. Tatsächlich haben sich aber eine Reihe von Zwischenstufen herausgebildet, besonders im Versicherungswesen. Die Rechtssätze des HGB. haben dem nicht Rechnung getragen. Ein innerer Grund für eine rechtlich verschiedene Behandlung der Mitglieder des wesentlich einheitlichen Personenkreises besteht nicht. Die feinen Übergänge von Gehalt zum Provisionseinkommen (Bureaukostenzuschuß, Provisionsgarantie, garantiertes Mindesteinkommen) stehen einer klaren Anwendung der gesetzlichen Unterscheidungsmerkmale entgegen. Die praktische Bedeutung des Unterschieds beruht in der Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit der sozialen Schutzvorschriften in den §§ 59 ff. HGB., im Lohnbeschlagnahmegesetz und im § 61 Abs. 1 KO., ferner in der Frage, ob die ordentlichen Gerichte oder die Kaufmannsgerichte für gewisse Klagen zuständig sind. Besonders in der Frage der Gerichtszuständigkeit hat sich noch keine einheitliche Gerichtspraxis herausgebildet; besonders verwickelt werden hier die Verhältnisse noch durch die unglückliche Fassung des § 16 VAG., aus welcher vielfach, aber zu Unrecht, gefolgert wird, daß die Kaufmannsgerichte für die Ansprüche der Angestellten der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit unzuständig seien: Dies ist eine innerlich ungerechtfertigte, am Buchstaben haftende Auslegung. Dies gilt auch für die Zuständigkeit bei den Ansprüchen der vom Versicherungsagenten auf eigene Rechnung angestellten Gehilfen. Für die Entscheidung, ob der Versicherungsvertreter Handlungsgehilfe oder Handlungsagent ist, ist maßgebend das Maß der geschäftlichen Selbständigkeit. Diese deckt sich nicht mit der persönlichen Initiative, dem selbständigen Handeln und Auftreten innerhalb der gesteckten Aufgaben. Maßgebend ist die mehr oder weniger scharfe Bindung an Weisungen, Instruktionen und Aufsichtsrechte des Geschäftsherrn. In dieser Beziehung sind die Gesellschaften mehr und mehr dazu übergegangen, ihre Vertreter an scharfe Instruktionen zu binden, ihnen bestimmte Geschäftsstunden vorzuschreiben, sie Revisionen aller Art zu unterwerfen, die Bekanntmachungen und den sonstigen sich äußerlich kundgebenden Geschäftsbetrieb zu überwachen u. dgl. Wo dies der Fall ist, fehlt die für den Begriff des Handlungsagenten erforderliche Selbständigkeit. Mit dem OVG. ist daher bei Generalagenten im Zweifel anzunehmen, daß ein Angestellten-, also Handlungsgehilfenverhältnis, kein Agentenverhältnis vorliegt. Dies gilt auch für die übrigen Außenbeamten. Andererseits sind nicht alle Innenbeamten Hand-

lungsgehilfen, sondern nur die, welche kaufmännische Dienste leisten, also z. B. nicht die juristischen Referenten und die auf dem Gebiete des Rechnungswesens, der Registratur und zu bloßen Schreibarbeiten verwendeten Personen. Die ganze bisher über diese Fragen bestehende Rechtsunsicherheit wird in absehbarer Zeit durch die Spruchpraxis des auf Grund von § 210 Abs. 2 AVG. in letzter Instanz entscheidenden Oberschiedsgerichts beseitigt werden: ist der Versicherungsagent Angestellter, so ist er versicherungspflichtig, andernfalls fällt er nicht unter das Gesetz. Der Entscheidung des Oberschiedsgerichts werden sich annehmbar auch die Kaufmannsgerichte und die ordentlichen Gerichte anschließen. Dann wird die Stellungnahme der Gerichte zur Frage der Gültigkeit der sog. Pensaverträge einheitlicher werden. In diesen Verträgen hat sich die Versicherungspraxis ein außerordentlich feines Mittel geschaffen, einerseits den auf Provision gestellten Vertretern ein regelmäßiges Einkommen zu sichern, andererseits aber im eignen Interesse der Gefahr eines Nachlassens der Arbeitslust zu begegnen. Die Klauseln, daß die Nichterreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses zur sofortigen Kündigung berechtige, oder daß eine zugesagte Provisionsgarantie im Kündigungsmonate ganz wegfallen oder aber entsprechend den tatsächlich erzielten Leistungen herabgesetzt werden soll, sind gültig. Da die Agenten in der Regel Handlungsgehilfen sind, so ist § 831 BGB. für die Haftung der Gesellschaften anzuwenden. Andererseits ist der Agent nicht als Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB. anzusehen. Beides gilt auch dann, wenn der Versicherungsagent echter Agent ist. — B. Das VVG. hat alle diese Fragen nicht geregelt, es behandelt nur die Vertretungsmacht des Agenten und unterscheidet zwischen Abschlußagenten und Vermittelungsagenten. Die Stellung des ersteren bietet keine Besonderheiten: er ist Handlungsbevollmächtigter. Über die Stellung des Vermittlungsagenten dagegen weicht die Auffassung des Publikums erheblich von der der Gesellschaften ab. Das Publikum geht davon aus, daß die Kenntnis des Agenten der Kenntnis der Gesellschaft gleichstehe, daß alle Anzeigen und Geldzahlungen an ihn bewirkt werden können und daß die Gesellschaft jede Erklärung des Agenten gegen sich gelten lassen muß. Die Gesellschaften lehnen all dies ab. Das VVG. hat einen angemessenen Ausgleich der entgegenstehenden Interessen und Auffassung versucht, aber keine klare Rechtslage geschaffen. Dagegen trifft § 34 SchweizVVG. vom 2. April 1908 den Kern der Sache. Wenn und insoweit die Gesellschaften grundsätzlich nur durch Vermittlung der Agenten mit dem Publikum in Verkehr treten, können sie auch die Verantwortung für dasjenige nicht von sich ablehnen, was mit der Ausführung dieser Vermittlung untrennbar verknüpft ist. Jede Verwahrung gegen diese Verantwortlichkeit, sei sie in den allgemeinen Versicherungsbedingungen, in der Agenturinstruktion oder sonstwo ausgesprochen, ist eine protestatio factis contraria. Fraglich ist nur, wie weit man diese Verantwortlichkeit abzugrenzen hat. Die Entscheidungen des RG. ergeben kein klares Bild. Eine zuverlässigere Grundlage läßt sich nur gewinnen durch ein Zurückgehen auf die tatsächlich übertragenen und ausgeübten Funktionen des Agenten. Diese sind bei den verschiedenen Versicherungszweigen ganz verschieden. Der Agent bei der Feuer- und Einbruchsdiebstahlversicherung ist in vielen Beziehungen ganz etwas anderes als der Agent bei der Lebens- und Unfallversicherung. Das VVG. läßt in der Beziehung große Freiheit, bestimmt im § 43 nur den normalen Umfang der Bevollmächtigung und knüpft im § 47 die Wirksamkeit von Vollmachtsbeschränkungen dem Versicherungsnehmer gegenüber daran, daß dieser die Beschränkung kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Versicherungsnehmer sie nicht kennt, obwohl sie sich aus den allgemeinen Bedingungen ergibt. — C. Die Tätigkeit des Agenten besteht a) in der eigentlichen Antragsvermittlung, b) im Inkasso, c) in der Vermittlung des sonstigen Verkehrs zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer während der Vermittelung.

Zu a) Auf die Antragsvermittlung bezieht sich § 43 Ziff. 1 u. 3. Hieran knüpfen sich die meisten Streitfälle. Da der Agent dazu berufen ist, Versicherungslustige zum Abschlusse mit der Gesellschaft zu gewinnen, so muß die Gesellschaft auch das gegen sich gelten lassen, was von seinen Handlungen und Erklärungen im Rahmen dieser Tätigkeit liegt. Er ist ferner berufen, zum Zwecke der Anwerbung die Versicherungsbedingungen zu erläutern und den Versicherungslustigen bei der Stellung des Antrags behilflich zu sein. Inwieweit hierbei das Verhalten des Agenten für den Versicherer bindend ist, kommt auf die Person des Antragstellers an, ob er lesen kann und der deutschen Sprache hinreichend mächtig oder sonst nach Stand und Bildung befähigt ist, eine Kritik an den Erläuterungen des Agenten zu üben, andererseits, ob der Antrag und die Bedingungen klar und unmißverständlich sind, insbesondere, ob die Erläuterungen des Agenten mit ihnen allenfalls vereinbar sind und ob der Widerspruch für einen Laien erkennbar ist. Es kommt ferner darauf an, ob der Antragsteller bei Verletzungen der Anzeigepflicht von dem Agenten geradezu irregeführt worden ist oder ob er diesem in unverantwortlichem blinden Vertrauen die Ausfüllung des Fragebogens überlassen hat, ferner der Agent den Titel „Generalagent“ oder „Betriebsdirektor“ führt und dadurch als besondere Vertrauensperson gekennzeichnet ist. Die eigenen Wahrnehmungen des Agenten liegen außerhalb des Rahmens der eigentlichen Vermittlungstätigkeit. § 44 VVG. steht aber, wenn der Versicherer den Agenten dazu verwendet, für ihn eine eigene Inspektion der Risikos vorzunehmen, nicht entgegen, dem Versicherer das anzurechnen, was der Agent hierbei gesehen hat oder auch nur sehen konnte und mußte. Vorausgesetzt ist nur, daß die Inspektion des Risikos in den Kreis der Aufgaben des Agenten gehört. Dies ist bei den verschiedenen Versicherungszweigen ganz verschieden. Bei der Lebens- und Unfallversicherung hat er mit der Feststellung der Körperbeschaffenheit des Antragstellers nichts zu tun, dies ist Sache der ärztlichen Untersuchung oder der Angaben im Fragebogen. Anders bei der Feuerversicherung und den ihr verwandten Zweigen: hier behält die bisherige Rechtsprechung über offensichtliche örtliche Verhältnisse ihre Geltung. Allgemein: Der Agent ist nicht Vertreter der Gesellschaft, kann also ihr zustehende Vertragsrechte nicht eigenmächtig preisgeben, er ist aber auch nicht Beauftragter des Versicherungsnehmers, selbst wenn er bei Aufnahme des Antrags seine Befugnisse überschreitet. Zu b) Das Inkasso steckt nicht im Rahmen der dem Agenten an sich kraft seiner typischen Stellung zustehenden Befugnisse. Ist das Inkasso aber einmal übertragen, so muß der Versicherer auch die Handlungen, Unterlassungen und Erklärungen des Agenten vertreten, die zur Ausübung dieser Befugnisse gehören. Er kann also die Rechtsfolgen eines Annahmeverzugs nicht von sich abwälzen. Auf diesem Gesichtspunkte beruht auch § 37 VVG. Der Inkassoagent ist aber immerhin nicht Vertreter der Gesellschaft, kann also z. B. mit dem Versicherungsnehmer keine Sonderabkommen über die Prämienzahlung treffen oder Aufrechnungen — insbesondere mit eigenen Verbindlichkeiten — gegen die Prämienforderung erklären oder entgegennehmen. Er ist ferner nicht zur Stundung der Prämien berechtigt. — Was die Inkassoprovision anlangt, so ist das Recht auf die Provision k e i n höchstpersönliches, geht also auf die Erben über. Nach dem Gesetze bleibt der Anspruch auf sie begründet, auch wenn das Agentenverhältnis aufgelöst wird. Doch kann dies ausdrücklich oder durch Handelsgebräuche ausgeschlossen sein. Bei einzelnen Versicherungszweigen bestehen solche Handelsgebräuche: so z. B. bei der Lebensversicherung. Bei der Feuer- und Glasversicherung dagegen ist beim Mangel entgegenstehender Vereinbarung der Fortbezug der Provision handelsgebräuchlich, doch schließen die Feuerversicherungsgesellschaften meist entgegenstehende Verträge ab. Bei der großen Versicherung ist die normale Inkassoprovision nur ein Anhängsel der Abschlußprovision. Der Fortbezug der Inkassoprovision führt zu verwickelten Abrechnungen: das amerikanische System ist zu emp-

fehlen, wonach der Fortbezug auf 5 oder 10 Jahre beschränkt ist. Das Verlangen der Agenten ist begründet, der ein Eingreifen ablehnende Bescheid des Aufsichtsamts VAPV. **10** 181 ist nicht frei von Formalismus und Bureaukratismus. Zu c) Die Vertretungsmacht des Agenten während bestehender Versicherung ist im § 43 Abs. 2 VVG. sehr weit gezogen. Die Vorschrift entfernt sich völlig von der tatsächlichen Gestaltung des Versicherungsverkehrs.

2. Über die Rechtsstellung der Reisenden, welche den Zeitungsbezug und damit die Abonnentenversicherung vermitteln, vgl. VAPV. **13** 98.

3. Über die Unzulässigkeit der Verwendung von unzuverlässigen Personen im Anwerbe- und Außendienst vgl. VAPV. **12** 100.

4. Über die Stellung des Generalbevollmächtigten einer ausländischen Versicherungsgesellschaft als „gesetzlicher Vertreter" im Sinne von § 51 ZPO. vgl. unter V **3**.

5. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 121, SeuffBl. **11** 768, BayRpflZ. **11** 464. Ein Provisionsversprechen für die Vermittlung eines Vertrags, durch welchen sich ein Verein gegen Provision ausländischen zum Geschäftsbetrieb in Deutschland nicht zugelassenen Feuerversicherungsgesellschaften gegenüber verpflichtet, den Abschluß von Versicherungsverträgen zwischen seinen Mitgliedern und den ausländischen Gesellschaften zu vermitteln, verstößt gegen § 108 VAG. und ist nichtig.

6. Über das künftige preußische Fortbildungsschulgesetz und die Privatversicherung (Fortbildungsschulpflicht der Versicherungslehrlinge? § 6 GewO.) vgl. MasVers. Rdsch. **24** 85 ff.

7. Pensionskassen der Versicherungsangestellten. VAPV. **12** 107 behandelt die Zulässigkeit einer Bestimmung, daß der Anspruch des Pensionärs an die Pensionskasse erlischt und daß eine Rückzahlung der geleisteten Beiträge nicht erfolgt, wenn der Pensionär ohne ausdrückliche Einwilligung der Gesellschaft in den direkten oder indirekten Dienst einer anderen Versicherungsgesellschaft tritt.

8. Rothe, Zur Psychologie der Organisation der Lebensversicherungsbranche, ZVersWes. **13** 104 ff. Die Aquisitionstätigkeit in der Lebensversicherungsbranche unterscheidet sich von der in den übrigen Versicherungsbranchen dadurch, daß derjenige, der zum Abschluß eines Vertrags veranlaßt werden soll, den Zweck und den Wert einer Lebensversicherung zunächst meistens nicht kennt. Der Lebensversicherungsvertreter muß infolgedessen ein besonderes scharfes Auge für die Eigenheiten seines Abnehmers haben. Die Gefahr für die Organisation der Lebensversicherungsbranche liegt in der Unbegrenztheit des für den Vertreterberuf zur Verfügung stehenden Menschenmaterials. Der Beruf erfordert keine andere Vorbildung als diejenige, welche in der Intelligenz, in der Gewandtheit und in der Entschlossenheit liegt. Ist ein Vertreter gewonnen, der diese Eigenschaften besitzt, so bedarf es nur noch der Anregung und der Aufmunterung, insbesondere während der ersten Zeit, wo Schwierigkeiten, Enttäuschungen und Mißerfolge unvermeidlich sind.

II. Die Versicherungsmäkler insbesondere. 1. Hagen, Versicherungsagenten und Außenbeamte unter dem Versicherungsvertragsgesetz, JheringsJahrb. **61** 231. Versicherungsvermittlung durch Handelsmäkler kam bisher nur bei der Seeversicherung und in geringerem Maße bei der Feuerversicherung vor. Neuerdings versuchen wieder unabhängige Maklerfirmen auch auf sonstigen Versicherungsgebieten Einfluß zu erringen.

2. Über die Stellung des Versicherungsmaklers gegenüber dem Rückversicherungsfonds vgl. unten zu § 186 VVG.

3. **RG.** WallmVersZ. **46** 49, ZVersWiss. **12** 1069, 1071. Wenn der Versicherungsmakler von zwei Versicherungsgesellschaften Vollmacht besitzt, für sie Rückversicherungen abzuschließen, so kann er auch mit sich selbst als beiderseitigem Vertreter abschließen. Eine Arglist des Maklers muß jede Gesellschaft gegen sich gelten

lassen, dergestalt, daß zwar das Verhalten der einen abschließenden Gesellschaft als arglistig zu gelten hat, daß aber andererseits die andere Gesellschaft als von dieser Arglist ihrer Vertragsgegnerin wissend anzusehen ist.

4. Gutachten der Handelskammer Berlin über den Provisionsanspruch, Wallm. VersZ. **46** 266. In der Feuer- und Einbruchsversicherungsbranche steht dem Makler üblicherweise auf die Dauer seiner Inkassotätigkeit eine Inkassoprovision zu, sofern er zu der Versicherungsgesellschaft in einem dauernden agentenähnlichen Verhältnisse steht. Bei einem reinen Maklerverhältnisse dagegen hat er gebräuchlicherweise nur Maklerlohn in vereinbarter oder angemessener Höhe von der Prämie aus den Versicherungen, die durch seine Vermittlung gezahlt sind. Bei stillschweigender Prolongation des Versicherungsverhältnisses hängt der Provisionsanspruch davon ab, ob diese auf die Tätigkeit der Maklers zurückzuführen ist. Eine Verpflichtung der Gesellschaft, die dem Makler keine fortlaufende Prämie zahlen will, dies bei Auszahlung der ersten Provision ausdrücklich zu erklären, besteht nicht.

5. Über die Stellung des Versicherungsmaklers (broker) im nordamerikanischen Feuerversicherungswesen vgl. Avellis, ZVersWiss. **12** 66 ff. unter IV, s. oben vor §§ 1 ff. VAG. unter III 1.

III. Stellung der Versicherungsagenten im allgemeinen, insbesondere gegenüber Dritten. (Vgl. JDR. **10** 1240 unter II.) 1. Über die Frage der Kaufmannseigenschaft der Agenten vgl. oben unter I 1 A (Hagen), unter IV 1 A (Lilie) und unter VI 1 (BayObLG.).

2. Über den Einfluß der Spruchpraxis des Oberschiedsgerichts für die Angestelltenversicherung (§ 210 Abs. 2 AVG.) auf die Entscheidung strittiger Fragen, über die rechtliche Stellung des Versicherungsagenten vgl. oben unter I 1 (Hagen).

3. **RG.** DVersZ. **11** 625, ZVersWiss. **12** 1070. Wenn dem Agenten die Vermittlung der Versicherung nicht gelingt, nachdem ihm der Reeder nach § 326 BGB. eine Frist von 14 Tagen und eine Nachfrist von 3 Tagen gesetzt hat, kann er von dem Reeder die entgangene Provision nicht ersetzt verlangen, weil die Fristen zu kurz gewesen seien.

4. ElsLothJZ. **13** 419, LeipzZ. **13** 411, VAPV. **13** Anh. 6, MittöffFeuerversAnst. **13** 61 (Colmar). Der Agent, der Versicherungsverträge mit einer im Inlande nicht zugelassenen ausländischen Versicherungsgesellschaft vermittelt, macht sich nicht nur nach § 108 VAG. strafbar, sondern — da § 108 ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz ist — auch schadensersatzpflichtig nach § 823 Abs. 2 BGB. Der dem Versicherungsnehmer erwachsene Schaden besteht darin, daß gegen die Gesellschaft kein inländischer Gerichtsstand begründet ist, daß es an einer gesicherten Anlage des Prämienfonds (§§ 85—91 VAG.) fehlt und daß der gesetzliche Schutz nicht vorliegt, welcher in der Unterstellung des ganzen Geschäftsbetriebs des Versicherers unter die Aufsichtsbehörde sonst gewährleistet wird. Der Agent muß die eingezahlten Prämien ersetzen, es genügt nicht, wenn er dem Versicherungsnehmer nach Analogie von §§ 85—91 VAG. Hypotheken an inländischen Grundstücken einräumt.

5. Über Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gegen Versicherungsagenten auf Grund des UWG. vgl. oben vor § 1 unter VII 5 (Fuld, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 416 ff.).

6. **a)** Über die Anwendbarkeit des § 831 BGB. auf die Haftung des Versicherers für Verschulden seiner Agenten vgl. Hagen, JheringsJ. **61** 229 ff., s. oben unter I 1 A. **b)** Vgl. ferner zu § 43 Ziff. 1 unter I 9 (LG. Danzig). **c)** MittöffFeuervers. Anst. **13** 289 (Hamm). Der Versicherer — Versicherungsgesellschaft, öffentliche Feuersozietät — haftet nicht für den Agenten oder Kommissar, wenn dieser nachlässigerweise den Versicherungsantrag nicht rechtzeitig weitergibt. **d)** Vgl. auch unter 7 b.

7. a) Über Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gegen die Gesellschaften auf Grund von Behauptungen der Agenten nach dem UWG. vgl. oben vor § 1 unter VII 5 (Fuld, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 416 ff.). b) Über die Unzulässigkeit des Entlastungsbeweises nach § 831 BGB. gegenüber den auf Grund des UWG. wegen der Behauptungen von Agenten erhobenen Unterlassungsansprüchen und über die Zulässigkeit gegenüber den entsprechenden Schadensersatzansprüchen vgl. oben vor § 1 unter VII 5 (Fuld, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 416 ff.).

8. Darüber, daß der Versicherungsagent auch dann, wenn er bei Aufnahme des Antrags seine Befugnisse überschreitet, im Zweifel nicht Beauftragter des Versicherungsnehmers ist, vgl. oben unter I 1 (Hagen unter C a) und andererseits zu § 43 Ziff. 1 unter III, 2 (Josef unter B).

9. Über Besonderheiten, die sich aus der Bezeichnung als „Generalagent" oder als „Generalvertreter" ergeben, vgl. unter I 1 C a; IV 1; VI 1; VII 3; ferner zu § 43 Ziff. 1, I 8 (**RG.**), I 9 (LG. Danzig), I 11 (LG. III Berlin); zu § 43 Ziff. 2 unter 3 (Celle) und 4 (**RG.**) und zu § 45 Ziff. 2.

10. Über die rechtliche Stellung eines von dem Generalagenten gedungenen, für diesen arbeitenden Unteragenten vgl. unter VII 12 g (**RG.**) und oben unter I 1 A (Hagen).

11. Über die Stellung des Versicherungsagenten als Versicherungsantragstellers s. VAPV. **13** Nr. 770, vgl. oben zu § 1 VVG. unter II 15 (Nürnberg).

12. Über die Stellung des Versicherungsagenten nach ungarischem Versicherungsrechte vgl. Valer, Einiges über ungarisches Versicherungsrecht, AssekJahrb. **35** I 92 ff.

13. Wegen der Agentenorganisation und der Befugnisse des Agenten im amerikanischen Feuerversicherungswesen vgl. Avellis, Nordamerikanische Feuerversicherung unter besonderer Berücksichtigung des Staates New York, ZVersWiss. **12** 66 ff., s. oben vor §§ 1 ff. VAG. unter III 1.

IV. Stellung des Versicherungsagenten in bezug auf Firmen- und Registerrecht. 1. Lilie, Die Eintragung der Firma eines Generalagenten von Versicherungsgesellschaften in das Handelsregister, ZVersWes. **13** 313. Von der Frage, wann die Generalagentur einer Versicherungsgesellschaft als Zweigniederlassung zum Handelsregister angemeldet werden muß, ist die Frage zu unterscheiden, wann der Generalagent selbst seine eigene Firma eintragen lassen muß. Die Frage deckt sich mit der: Wann ist der Versicherungsagent Vollkaufmann? A. Die erste Voraussetzung hierfür ist, daß der Versicherer, für den er tätig ist, ein Handelsgewerbe betreibt. Dies ist der Fall nur bei den Prämienversicherungsgesellschaften und bei den sog. Gemischten Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, — welche außer der Gegenseitigkeitsversicherung noch die Versicherung von Nichtmitgliedern gegen feste Prämien betreiben —, nicht dagegen bei den reinen Gegenseitigkeitsversicherungsvereinen und bei den kleineren Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit. Die größeren reinen Gegenseitigkeitsvereine unterstehen aber nach § 16 VAG. in vielen Beziehungen dem Handelsrecht, ihre Agenten sind daher Kaufleute. B. Die zweite Voraussetzung ist, daß er „Agent" im Rechtssinn ist und nicht Handlungsgehilfe; dies beurteilt sich nach folgenden Gesichtspunkten: a) Ist der Generalagent Leiter einer von der Gesellschaft selbst mit ihrer Firma eingetragenen Zweigniederlassung, so ist er Handlungsgehilfe. b) Der Agent im Rechtssinne bezieht Provision, der Handlungsgehilfe festes Gehalt. Dadurch, daß der Versicherer dem Agenten ein festes Mindesteinkommen zusichert, wird der Agent noch nicht zum Handlungsgehilfen. c) Der Agent trägt die Geschäftsunkosten selbst, insbesondere die für Geschäftsräume und Personal. Durch Bureauzuschüsse der Gesellschaft wird dies noch nicht geändert. d) Der Agent ist regelmäßig für mehrere Gesellschaften tätig, der Handlungsgehilfe meist nur für eine Firma. e) Der Agent

ist als selbständiger Gewerbetreibender tätig. Damit ist durchaus vereinbar, daß er verpflichtet ist, den Weisungen der Gesellschaftsdirektionen zu folgen, daß seine Tätigkeit vielfach von Genehmigungen der Gesellschaften abhängt, daß er seine Tätigkeit ausschließlich den betreffenden Gesellschaften zu widmen hat und andere Agenturen nur mit ihrer Zustimmung übernehmen darf. C. Die dritte Voraussetzung ist, daß er nicht zu den Kleingewerbetreibenden des § 4 HGB. gehört.

2. Über die Handelsregisterpflicht der Generalagenturen als Zweigniederlassungen der Versicherungsgesellschaft vgl. oben vor § 1 ff. unter VIII (Lilie, ZVersWes. **13** 175 ff.).

V. Prozessuale Stellung des Versicherungsagenten — ordentliche Gerichte oder Kaufmannsgericht —. Stellung als Zeuge.

1. Über die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte oder der Kaufmannsgerichte für die Ansprüche der Versicherungsagenten, insbesondere für diejenigen der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit vgl. oben unter I 1 A (Hagen), ferner unter VII 2 (KfmG. München).

2. MittöffFeuerversAnst. **13** 647 (Colmar). Der Sitz von Generalagenturen und von Hauptbevollmächtigten begründet für Klagen gegen die Gesellschaft keinen allgemeinen Gerichtsstand im Sinne des § 21 ZPO.

3. OLG. 27 96 (Naumburg). Der nach § 86 Ziff. 3 VAG. für eine ausländische Gesellschaft bestellte Generalbevollmächtigte ist, auch wenn er nach § 115 Ziff. 2 VAG. zur gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft zugelassen ist, nicht „gesetzlicher Vertreter" der Gesellschaft im Sinne des § 51 ZPO., er kann daher als Zeuge vernommen werden.

4. PosMSchr. **12** 157 (Posen). Der Versicherungsagent hat keinen Anspruch auf Zeugengebühren.

5. Über die Verteilung der Beweislast bei Klagen auf Ablieferung angeblich einkassierter Prämien s. unter VII 11 (**RG.**).

VI. Strafrechtliche Stellung des Versicherungsagenten. (Vgl. JDR. **10** 1242 unter V.) 1. VAPV. **13** Nr. 714, ZVersWes. **12** 713, MittöffFeuerversAnst. **12** 655. (Bay. ObLG.). Der Vertrag des Versicherungsagenten ist ein Dienstvertrag über Geschäftsbesorgung im Sinne der §§ 611 ff. BGB. und der §§ 84 ff. HGB. Eine der wesentlichsten Pflichten ist die Treuepflicht. Die Buchführung des Geschäftsherrn ist dem Versicherungsagenten regelmäßig unzugänglich. Es steht ihm dann aber auch kein Recht zur Einsicht der Bücher zu, sondern er kann lediglich nach § 91 HGB. bei der Abrechnung die Mitteilung eines Buchauszugs fordern. Um so gewissenhafter hat folgerichtig der Agent die Geheimnisse der Buchführung seines Geschäftsherrn zu wahren, wenn ihm zufolge seiner besonderen Vertrauensstellung, wie sie die eines Generalagenten mit sich bringt, die Führung, Ergänzung und Verwahrung hochwichtiger Bücher des Geschäftsherrn persönlich anvertraut ist. Schon durch die leichtfertige Gestattung der Einsichtnahme in die Bücher an Dritte, noch mehr aber durch eine ausgedehnte Abschriftnahme von Listen zwecks Verwertung im Dienste eines Konkurrenzunternehmens verschafft sich der Agent durch Verstoß gegen ein Gesetz — § 84 HGB. — die Kenntnis von Geschäftsgeheimnissen der Gesellschaft. Dies genügt für den Tatbestand des § 17 Abs. 2 UWG. vom 7. Juni 1909.

2. Über die Strafbarkeit der Verwertung der Ablaufsregister durch den Agenten nach Entlassung vgl. oben vor §§ 1 ff. VVG. unter VII 3 (Belzner, ZVersWes. **12** 713 und WallmVersZ. **13** 505).

3. Über die Frage des „öffentlichen Interesses" bei Strafklagen auf Grund des § 15 UWG. gegen Versicherungsagenten vgl. oben vor §§ 1 ff. VVG. unter VII 5 (Fuld, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 416 ff.).

4. Über die zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung des Agenten wegen der Äußerungen über Konkurrenzgesellschaften vgl. Fuld, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 416 ff., s. oben vor §§ 1 ff. VVG. unter VII.

5. Über die Strafbarkeit der Gesellschaftsorgane vgl. oben vor § 1 unter VII 5 (Fuld, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 416 ff.).

VII. Vertragliche Stellung des Agenten gegenüber der Versicherungsgesellschaft. (Vgl. JDR. **10** 1240 unter III und 1242 unter VI.) 1. Über die Natur des Agentenvertrags, ob Handlungsgehilfenvertrag oder echter Handlungsagentenvertrag, vgl. oben unter I 1 A (Hagen, JheringsJ. **61** 229 ff.), unter IV 1 A (Lilie, ZVersWes. **13** 313) und unter VI 1 (Bay. ObLG. VAPV. **13** Nr. 714).

2. GewuKfmG. **17** 180 (KfmG. München). Der Platzinspektor einer Versicherungsgesellschaft, dem ein Fixum nur unter der Voraussetzung zugesichert ist, daß er ein bestimmtes Pensum erreicht, der aber in der Ausübung seiner Dienste völlig selbständig ist, ist kein Handlungsgehilfe, sondern ein Handlungsagent. Daß er in kurzen Zeiträumen Bericht zu erstatten hat, steht dem nicht entgegen. Das Kaufmannsgericht ist daher unzuständig.

3. OLG. **24** 125 (München). Der Generalagent einer Lebensversicherungsgesellschaft ist Agent, nicht Handlungsgehilfe, selbst wenn er festes Gehalt bezieht.

4. Über die Frage der Anwendbarkeit der sozialen Schutzvorschriften der §§ 59 ff. HGB., § 61 Ziff. 1 KO. und des LohnBG. auf die Versicherungsagenten vgl. oben vor § 43 unter I 1 (Hagen).

5. Über die Eigentumsverhältnisse an den Maximalkontrollbüchern der Generalagenten vgl. oben vor §§ 1 ff. VVG. unter VII 3 (Belzner, ZVersWes. **12** 713 und WallmVersZ. **47** 505).

6. VAPV. **13** Nr. 714, ZVersWes. **12** 713 (BayObLG.). Der Agent hat kein Recht zur Einsicht der Bücher, er kann nur nach § 91 HGB. die Mitteilung eines Buchauszugs verlangen.

7. **a)** Über die Pensaverträge und ihre Gültigkeit vgl. oben unter I 1 A (Hagen). **b)** SaskisVersZ. **13** 130, WallmVersZ. **47** 2053 (KfmG. Leipzig). Die sog. Pensumverträge, d. h. Agentenverträge, in welche die Bestimmung aufgenommen ist, daß im Falle einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses der garantierte Gehalt für die Zeit von der Kündigung bis zum Austritte wegfallen und der Agent auf die Provisionen für die noch abgeschlossenen Verträge angewiesen sein soll, verstoßen nicht gegen die guten Sitten. **c)** SaskisVersZ. **13** 174, ZVersWes. **13** 583 (KfmG. Berlin). Die Bestimmung in einem Generalagenturvertrag, im Kündigungsmonate soll nicht Garantie, d. h. Provision in fester garantierter Minimalsumme gezahlt werden, sondern nur die wirklich verdiente Provision, verstößt gegen die guten Sitten. **d)** WallmVersZ. **13** 413 (KfmG. Halle). Ein Pensumvertrag ist dann nichtig, wenn er mit einer Person geschlossen wird, die den Sinn der Pensumklausel nicht klar erfaßt oder im Versicherungswesen so unerfahren ist, daß sie das verlangte Pflichtpensum doch nicht erreichen kann.

8. Über die Gültigkeit von Klauseln, daß die Nichterreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses zur sofortigen Kündigung berechtigen soll, vgl. oben unter I 1 A (Hagen).

9. Wegen des Einflusses der Fusion von Aktiengesellschaften auf das Dienstverhältnis ihrer Angestellten s. zu § 14 VAG. unter II.

10. ZVersWes. **12** 150 (Hamburg). Die Fusion zwischen zwei Versicherungsunternehmungen ist noch kein Grund zur Kündigung eines Dienstverhältnisses. § 613 Abs. 2 BGB. über die Unübertragbarkeit des Anspruchs auf die Dienste findet bei Universalsukzessionen keine Anwendung.

11. **RG.** R. **13** Nr. 2062. Auch wenn der Konkursverwalter zum Vermögen der Versicherungsgesellschaft in der Klage gegen den mit Einziehung der Prämien Beauftragten statt Verurteilung zur Rechnungslegung sofort Zahlung eines bestimmten Betrags fordert, trifft den Beauftragten die Beweislast hinsichtlich des Verbleibs der Einnahmen.

12. Provisionsfragen. (Vgl. JDR. **10** 1249.) **a)** Bellardi, Zur Frage der Rückgewähr der Überweisungsprovision in der Feuerversicherung, insbesondere bei Prämienvorauszahlung auf mehrere Jahre, MittöffFeuerversAnst. **13** 401. Dem Versicherungsvermittler stehen die fortlaufenden Inkassoprovisionen nicht als fortlaufendes Entgelt für seine Abschlußtätigkeit zu, sondern für die Zuführung für das Eingehen der Folgeprämien. Wird ihm die Inkassoprovision aus Gründen vereinfachter Abrechnung gleich im voraus auf mehrere Jahre bezahlt, so kann der Versicherer, wenn das Inkasso nicht eingeht oder zurückerstattet werden muß, den entsprechenden Teil der Inkassoprovision nach § 812 BGB. zurückfordern. **b)** Born, Fragenbeantwortung zu Frage 15 a, MittöffFeuerversAnst. **13** 385. Der Vertreter des Versicherers (Versicherungskommissar, -agent), dem die Erwerbung anderweitig noch auf Jahre hinaus laufender Versicherungen für seine Versicherungsgesellschaft oder -anstalt gelungen ist, hat Anspruch auf Zahlung der ihm vertragsmäßig zugesicherten Erwerbsprovision, auch wenn er zur Zeit des Inkrafttretens der Versicherungen nicht mehr im Dienste des Versicherers steht oder versetzt ist. Die Inkassoprovision steht dagegen demjenigen Vertreter des Versicherers zu, der das Inkasso tatsächlich besorgt. **c)** Levetzow, Fragenbeantwortung zu Frage 15 b, MittöffFeuerversAnst. **13** 386. Darüber, ob der Versicherungsvertreter, der nicht mehr im Dienste des Versicherers steht, noch Inkassoprovisionen aus den von ihm abgeschlossenen Verträgen beanspruchen kann, entscheidet zunächst das, was zwischen ihm und dem Versicherer ausdrücklich vereinbart ist. Eine Vereinbarung, daß er die Inkassoprovisionen nicht weiterbezieht, ist rechtswirksam. Wenn aber nichts vereinbart ist, steht dem Vertreter nach wie vor die Inkassoprovision zu. Denn diese ist nicht eine Vergütung für die Tätigkeit des Einkassierens, sondern eine fortlaufende Vergütung für die beim Abschlusse des Vertrags entwickelte Tätigkeit. Der Anspruch auf die fortlaufenden Inkassoprovisionen ist hiernach mit dem Abschlusse des Versicherungsvertrags erworben, lediglich die Fälligkeit der einzelnen Raten ist von dem Eingange der Prämien abhängig. So auch das RG. in einer Entsch. vom 23. November 1910. Die Glasversicherungsgesellschaften garantieren ihren Vertretern den Fortbezug der Inkassoprovisionen sogar ausdrücklich im Vertrage, während fast alle Lebensversicherungsgesellschaften den Fortbezug im Vertrag ausschließen. **d)** Gutachten der Handelskammer zu Berlin betr. Provisionsanspruch, WallmVersZ. **46** 266. In der Feuer- und der Einbruchsversicherungsbranche hat der Agent üblicherweise nicht nur den Abschluß zu vermitteln, sondern auch den weiteren Verkehr mit dem Versicherten zu unterhalten, namentlich für die Einziehung der Prämien zu sorgen. Deshalb hat er Anspruch auch auf Inkassoprovision, aber nur so lange, als er das Inkasso besorgt. Der Anspruch erlischt, wenn die Agentur auf einen anderen Agenten übergeht. Besorgt dieser das Inkasso, so steht ihm nunmehr auch die Provision zu. **e)** Über das Recht auf Fortbezug der Inkassoprovisionen nach Entlassung des Agenten vgl. oben unter I 1 (Hagen unter C b). **f)** Vgl. auch das Gutachten von Heicke, ZVersWes. **12** 251. In Hamburg besteht für das Versicherungswesen weder ein Gewohnheitsrecht, noch ein Handelsgebrauch für den Fortbezug der Inkassoprovisionen. **g)** **RG.** VersAnn. **13** 144, SaskisVersZ. **13** 7, WallmVersZ. **47** 1313. Wenn ein Agent, welcher zunächst als freier Berufsagent für eine Versicherungsgesellschaft gearbeitet hat, dann mit dem Generalagenten der Gesellschaft einen Vertrag abschließt, nach welchem er in der Generalagentur als Unteragent arbeitet, so liegt darin kein echter Agentur-

vertrag, sondern nur ein Dienstvertrag, auf welchen aber hinsichtlich der Provisionen die Grundsätze des Agenturverhältnisses Anwendung finden sollen. Gemäß § 89 HGB. gebühren dem Unteragenten infolgedessen in der Regel die Inkassoprovisionen auch noch nach Auflösung des Agentur- bez. Dienstverhältnisses. Es kann aber auch stillschweigend das Gegenteil vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung ist anzunehmen, wenn die Weiterzahlung der Inkassoprovisionen im Verhältnisse zwischen dem Generalagenten und der Versicherungsgesellschaft nicht üblich, sondern ausdrücklich ausgeschlossen war. **h)** Wegen der Agenturgebühren bei Feuerversicherungen s. VAPV. **12** 51 u. 193 ff.

§ 43. (Vgl. JDR. **10** 1242.) Ziff. 1. Mitwirkung des Agenten bei Vertragsabschluß. (Vgl. JDR. **10** 1242.) I. Belehrungen des Agenten. (Vgl. JDR. **10** 1242.) 1. Hagen, Versicherungsagenten und Außenbeamte unter dem Versicherungsvertragsgesetz, JheringsJ. **61** 229 ff., s. oben vor §§ 43 ff. unter I 1 B und C a.

2. Josef, Erläuterung der Versicherungsbedingungen durch den Agenten, ZVersWes. **13** 637 ff. Das Verhalten des Agenten ist nur insofern rechtserheblich, als infolge seiner Erklärungen eine dem Versicherungsnehmer zur Last fallende Verletzung einer Obliegenheit entschuldigt erscheint. Dagegen ist der Inhalt der Versicherungsbedingungen ausschließlich vom Gerichte zu ermitteln. Dies geschieht nach den allgemein gültigen Grundsätzen. Äußerungen des Agenten über die Bedeutung einzelner Vorschriften der Bedingungen gegenüber dem Versicherungslustigen sind der Gesellschaft gegenüber ganz unverbindlich. Sie können infolgedessen die Rechte des Versicherungsnehmers nicht über das hinaus erweitern, was sich sowieso bei richtiger Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen ergeben hätte. Händigt der Versicherer dem Agenten aber Schriftstücke aus, deren Inhalt für den Umfang der Verpflichtungen des Versicherers erheblich ist, so ermächtigt er hierdurch den Agenten, dem Versicherungslustigen die Verpflichtungen des Versicherers nach Maßgabe jener Schriftstücke zu erläutern, so daß aus diesem Grunde die Erklärungen des Agenten über den Umfang der Verpflichtungen des Versicherers für diesen verbindlich sind.

3. R. **13** Nr. 2939 (BayObLG.). Für die Auslegung zweifelhafter Versicherungsbedingungen durch den Agenten muß die Gesellschaft einstehen.

4. **RG.** VAPV. **13** Anh. 71. Keine Bindung der Gesellschaft an Erklärungen des Agenten, wenn diese Erklärungen mit dem Wortlaute der betreffenden Antragsfrage unvereinbar sind und der Agent zu Sonderabmachungen keine Vertretungsmacht hatte.

5. **RG.** LeipzZ. **12** 85. Die Niederschrift unrichtiger Antworten durch einen Vermittlungsagenten befreit den Versicherungsnehmer nur beim Vorliegen besonderer Umstände von seiner Verantwortlichkeit für die Richtigkeit der Antworten. Es ist aber gerade die Aufgabe des Agenten, den Versicherten über den Sinn und die Tragweite der Versicherungsbedingungen aufzuklären. Empfängt der Versicherte von ihm eine unzutreffende Belehrung hierüber und wird er dadurch veranlaßt, die Fragen des Antragsformulars unrichtig zu beantworten, so ist er entschuldigt. Dies gilt auch dort, wo nicht eine Auskunfterteilung in ausdrücklicher Form vorliegt, sondern nur ein Verhalten des Agenten, aus welchem der Versicherte eine stillschweigende Bestätigung seiner falschen Auffassung entnehmen durfte.

6. Haftung des Versicherers für Erläuterung des Begriffs des „Verschlusses" bei Einbruchsversicherung durch Agenten. Vgl. VAPV. **12** Anh. 42 (KG.), s. vor §§ 49 ff. VVG.

7. SchlHolstAnz. **12** 343 (Kiel). Bezieht sich die Haftpflichtversicherung nach den Bedingungen nicht auf „Schäden, welche an den von dem Versicherungsnehmer oder in seinem Auftrag und für seine Rechnung von anderen Lieferanten, Bauhand-

werkern usw. hergestellten Gebäudeteilen, gelieferten Arbeiten und Materialien entstehen", und erklärt der Agent diese Bestimmung dahin, daß die Gesellschaft nur dann nicht hafte, wenn die Antragsteller für eigene Rechnung bauten, wird diese Erklärung auch durch einen Prospekt der Gesellschaft, enthaltend eine „Sammlung von Schadenfällen beim Baubetriebe" nahegelegt, so ist diese Auslegung für die Gesellschaft verbindlich.

8. a) **RG.** SeuffA. **68** 358, LeipzZ. **13** 785, VAPV. **13** Nr. 746, WallmVersZ. **47** 1633, JW. **13** 542. Die Versicherungsgesellschaft ist an die bei Abschluß des Vertrags von ihrem Generalagenten gegebene Auslegung der Versicherungsbedingungen gebunden, wenn deren Inhalt zu Zweifeln Anlaß gibt. Dies ist insbesondere auch dann der Fall, wenn das von der Gesellschaft den Agenten zur Anwerbung von Versicherungsnehmern zur Verfügung gestellte gedruckte Material, z. B. die von einem Haftpflichtversicherer seinen Agenten gegebene „Sammlung von Schadensfällen beim Baubetriebe" die Entstehung von Zweifeln befördert oder die vom Generalagenten gegebene Auslegung der Bedingungen bestätigt. **b)** Gegen diese Entscheidung Josef, Erläuterung von Versicherungsbedingungen durch den Agenten, ZVersWes. **13** 637, s. oben unter 2. Die Folgen sind recht unerwünscht. Ist der Versicherungslustige schlau, so läßt er sich den Sinn jeder ihm angeblich nicht ganz klaren Bestimmung vom Agenten erläutern; dieser schießt bei solchen „Auslegungen" — vielleicht ohne jede böse Absicht — über das Ziel hinaus, und so werden Verpflichtungen der Gesellschaft geschaffen, welche diese gar nicht einräumen wollte.

9. MittöffFeuerversAnst. **13** 167 (LG. Danzig). Daß auf Ratschläge eines einfachen Agenten nicht zu bauen ist, weiß jedermann. Von einem Generalagenten erwartet das Publikum aber unbedingt richtige Ratschläge und darf dies auch tun, weil sonst nicht ersichtlich ist, weshalb einem solchen von der Gesellschaft ein so hochklingender, direkt auf Vertretungsbefugnis hinweisender Titel verliehen ist. Die Gesellschaft ist deshalb gemäß § 831 BGB. für Handlungen ihres „Generalvertreters" und seines Bureaus bei Beratung des Publikums verantwortlich.

10. Über die Wirkung des Umstandes, daß der Agent den Titel „Generalagent" oder „Betriebsdirektor" führt, auf die Erläuterung der Versicherungsbedingungen durch den Agenten vgl. oben vor §§ 43 ff. unter I 1 (Hagen unter C a).

11. KGBl. **13** 95 (LG. Berlin III). Der Versicherer haftet für folgendes Verhalten seines Generalagenten: Der Versicherungsnehmer äußert vor Abschluß des Vertrags, daß er für alle Haftverpflichtungen aus dem Möbeltransporte versichert sein will. Bei der Zusendung des Versicherungsnachtrags teilt der Generalagent dem Versicherungsnehmer mit, daß er nunmehr gegen alle Haftpflicht versichert sei. Derartige Aufklärungen fallen, selbst wenn sie in dem Versicherungsvertrage keine Stütze finden, in den Kreis der dem Agenten übertragenen Befugnisse. Der Vertrag erstreckt sich auf alle Haftpflichtfälle, der Versicherungsnehmer braucht den Vertrag nicht etwa anzufechten.

12. Über Belehrungen durch den Agenten vgl. auch zu § 16 VVG. unter III 1—11 u. zu § 17 unter II 1.

II. Ausfüllung des Antrags durch Agenten (vgl. JDR. **10** 1244). 1. Hagen, Versicherungsagenten und Außenbeamte unter dem Versicherungsvertragsgesetz, JheringsJ. **61** 229 ff., s. oben vor §§ 43 ff. unter I 1 C a.

2. Vgl. auch oben unter I 5 (**RG.**).

III. Nebenabreden mit Agenten (vgl. JDR. **10** 1246). 1. Josef, Mündliche Abreden zwischen dem Agenten und dem Versicherungslustigen beim Antrag auf Versicherung, ZVersWes. **13** 395 ff. A. Ist bei den Verhandlungen zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Agenten vereinbart, daß die Wirksamkeit der Versicherung abhängen solle vom Eintritt einer Bedingung, deren Herbei-

führung dem Versicherungsnehmer obliegt, und ist diese Abrede nicht mit in den schriftlichen Antrag aufgenommen, so daß der Versicherer den Versicherungsschein in Unkenntnis jener Abrede ausstellt, so kann der Versicherer, wenn er dann von jener Abrede Kenntnis erhält, den Vertrag (auch nach Eintritt des Versicherungsfalls) wegen Irrtums anfechten. Die Bestimmung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen, daß die Verpflichtung der Gesellschaft sich lediglich nach dem Versicherungsscheine richte, sonstige Abmachungen zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Agenten aber der Gesellschaft gegenüber keine Wirkung hätten, steht dem nicht entgegen. B. Hat der Antragsteller dem Agenten neben dem schriftlichen Antrag noch mündliche abweichende Erklärungen abgegeben, so ist der Agent beauftragt, diese mündliche Einschränkung des schriftlichen Antrags dem Versicherer gleichfalls mitzuteilen; unterläßt er dies und fertigt der Versicherer infolgedessen den Schein gemäß dem schriftlichen Antrag aus, so ist, da auch das mündlich Erklärte für den Versicherer bindend ist, der Vertrag nicht zustande gekommen. Die Gesellschaft kann aber im Antragsformular oder auch in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen vorschreiben, daß der Agent zur Entgegennahme mündlicher Abreden neben dem schriftlichen Antrag auf Versicherung nicht ermächtigt ist. Doch muß diese Beschränkung des Agenten dann klar, zweifelsfrei und auffällig (§ 43 VVG.) zum Ausdrucke kommen. Bloße Vermerke, wie die, daß Nebenabreden zwischen dem Agenten und dem Versicherungsnehmer für die Gesellschaft unverbindlich sind, genügen nicht, weil sie die Deutung zulassen, daß sie nur Abreden für die Zeit nach Abschluß des Vertrags betreffen. Noch weniger genügen Bestimmungen in den Bedingungen, welche für die während des Bestehens des Versicherungsverhältnisses abzugebenden Erklärungen die schriftliche Form festsetzen.

2. Über die Einwendungen des Versicherungsnehmers, der bei dem Agenten drei voneinander abhängige Anträge gestellt hat, wenn der Agent die Anträge als voneinander unabhängig weitergibt und der Versicherer nur einen annimmt, s. OLG. Dresden und P e t e r s e n , Entscheidungen, ZVersWiss. **13** 107, vgl. oben zu § 1 VVG. II, 16 und 17.

3. VAPV. **12** Nr. 662 a (Stuttgart) und **RG.** VAPV. **12** Nr. 662 b, Wallm. VersZ. **45** 2209. Wenn in den Versicherungsbedingungen bestimmt wird, daß mit den Vertretern der Gesellschaft getroffene Vereinbarungen keinerlei rechtliche Wirkung haben, sofern sie nicht von der Gesellschaft schriftlich genehmigt werden, so bezieht sich das nicht nur auf solche mündliche Vereinbarungen, in denen eine A b ä n d e - r u n g der Bedingungen liegen würde, sondern auch auf Abmachungen über die Einräumung von Verzugsbedingungen, z. B. von niedrigeren Prämiensätzen, oder über den Beitritt des Antragstellers zu einem Vereine.

4. Zustimmend P e t e r s e n , Rechtsprechung, ZVersWiss. **13** 108.

5. LeipzZ. **12** 716, VAPV. **12** Nr. 702 (Colmar). Vereinbart der Versicherungsnehmer bei Abschluß der Feuerversicherung mit dem Generalagenten, daß die nach der Police zu b r i n g e n d e Prämie a b g e h o l t werden solle, so hat dies gegenüber dem Versicherer keine bindende Wirkung. Der Versicherungsnehmer ist infolgedessen dem Versicherer gegenüber gleichwohl in Verzug geraten. (Früheres Recht.)

5. ÖstZBl. **12** 152 (OGH. Wien). Die Klausel über die automatische Erneuerung der Unfallversicherung ist keine integrierende Vertragsbestimmung, sondern ein pactum adiectum. Hat der Vermittlungsagent dem Versicherungsnehmer gutgläubig zugesichert, der Antrag laute lediglich auf drei Jahre, während der schriftliche Antrag die Erneuerungsklausel enthält, so beruht die Willenseinigung auf einem Irrtume des Versicherungsnehmers, den der Agent mitverschuldet hat. Eine „wahre Einwilligung" des Versicherungsnehmers (§§ 869, 871 ÖstBGB.) liegt nicht vor, die Erneuerungsklausel ist daher nicht wirksam.

IV. Täuschung durch Agenten (vgl. JDR. **10** 1247). 1. Hagen, Versicherungsagenten und Außenbeamte unter dem Versicherungsvertragsgesetz, JheringsJ. **61** 229 ff., s. oben vor §§ 43 ff. unter I 1 C a.

2. MittöffFeuerversAnst. **12** 25 (Hamburg). Der Agent — Oberinspektor — der Versicherungsgesellschaft ist zwar nicht Bevollmächtigter der Gesellschaft, wohl aber Vertreter der Interessen der Gesellschaft, deren Vertrauensmann. Betrügerische Handlungen des Agenten bei der Vermittlung des Vertrags muß die Gesellschaft gegen sich gelten lassen; denn es sind nicht Handlungen eines unbeteiligten Dritten. Der Versicherungsnehmer kann daher wegen arglistiger Täuschung über tatsächliche Behauptungen in Ansehung der Nachschußpflicht — der Agent hatte versichert, die Nachschußpflicht sei belanglos; denn die Gesellschaft habe einen sehr hohen Reservefonds, — den Vertrag anfechten.

3. Über das Anfechtungsrecht des Versicherungsnehmers wegen Irrtums infolge irriger Angaben des Agenten und wegen arglistiger Täuschung durch den Agenten s. Keup, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 38 ff., vgl. oben zu § 1 VVG. unter VIII 1.

Ziff. 2. Entgegennahme von Anzeigen und sonstigen rechtserheblichen Erklärungen während der Versicherung (JDR. **10** 1249). 1. Hagen, Versicherungsagenten und Außenbeamte unter dem Versicherungsvertragsgesetze, JheringsJ. **61** 229 ff., s. oben vor §§ 43 ff. unter I 1 C c.

2. Kirchmann, Wesen und Wirkung der unwiderruflichen Bezugsberechtigung, ZVersWiss. **13** 457. Die Bezeichnung des Bezugsberechtigten kann wirksam durch Erklärung gegenüber dem Agenten erfolgen. Die Versicherer können dies, da § 43 VVG. nach § 47 Abs. 1 VVG. zwingendes Recht ist, auch nicht durch Beschränkungen der Vertretungsmacht ihrer Agenten ändern.

3. VAPV. **12** Nr. 709, MittöffFeuerversAnst. **13** 239, VersAnn. **12** 577 ZVers. Wes. **13** 58 (Celle). Die Anzeige des Versicherungsfalls kann wirksam gegenüber dem Generalagenten erfolgen, selbst wenn in den Bedingungen hervorgehoben wird, daß die Anzeige nicht gegenüber dem Agenten erfolgen könne. Denn die Generalagentur ist mit einem gewöhnlichen Agenten nicht auf eine Stufe zu stellen. Bei einem einfachen Agenten kann sich der Versicherer auf zweckentsprechendes Handeln bei Eintritt des Versicherungsfalls nicht verlassen, die Generalagenturen aber darf er nur mit zuverlässigen und genau unterrichteten Leuten besetzen. Auf sie kann daher jene Bestimmung der Bedingungen keine Anwendung finden.

4. **RG.** LeipzZ. **12** 88, WallmVersZ. **46** 225, SaskisVersZ. **12** 155. Eine Generalagentur ist kein „Bestandteil der Direktion". Bestimmen die Versicherungsbedingungen, daß der Versicherungsfall (Einbruch) der Direktion anzuzeigen ist, so genügt nicht die Anzeige an den Generalagenten. Dieser ist angesichts der deutlichen Fassung der Versicherungsbedingungen auch nicht verpflichtet, den Versicherten darüber aufzuklären, daß er seine Anzeige an die unrichtige Adresse gerichtet habe.

5. Über ablehnenden Bescheide (§ 12 Abs. 2 VVG.) des Agenten vgl. **RG.** WallmVersZ. **46** 1297, VersAnn. **12** 105, s. oben zu § 12 VVG. unter III 2.

Ziff. 3. Aushändigung der Versicherungsscheine. 1. MittöffFeuerversAnst. **12** 82, LeipzZ. **12** 332 (Colmar). Der Agent einer Viehversicherungsgesellschaft, dem nach den Bedingungen die Entscheidung darüber zusteht, ob ein bestimmtes, zum Schlachten geführtes Tier in die Versicherung aufzunehmen ist, ist insoweit nicht bloß Mittelsperson, sondern „Vertreter" im technischen Sinne. Dies gilt auch, wenn er bei seiner Entscheidung die ihm von der Gesellschaft erteilten Instruktionen vernachlässigt. Wenn er nach der Unterzeichnung der Police durch die Gesellschaft eigenmächtig vor ihrer Aushändigung einfügt, daß alle Tiere, welche vom Fleischbeschauer — in Zweifelsfällen vom Tierarzt oder vom Schlachthausdirektor — zur Schlachtung zugelassen sind, auch versichert seien, so ist das für

die Gesellschaft bindend. Denn der Agent hat dann nur an Stelle seiner Entscheidung über die Versicherungsfähigkeit die Entscheidung eines sachverständigen anderen über die Schlachtfähigkeit gesetzt. Dies führt, da die Begriffe „Versicherungsfähigkeit" und „Schlachtfähigkeit" in der Regel zusammenallen, nicht zu einer sachlich anderen Entscheidung.

Ziff. 4. Inkasso (vgl. JDR. **10** 1249). 1. Hagen, Versicherungsagenten und Außenbeamte unter dem Versicherungsvertragsgesetz, JheringsJ. **61** 229 ff., s. oben vor §§ 43 ff. unter I 1 C b.

2. LeipzZ. **12** 716, VAPV. **12** Nr. 702 (Colmar). Vereinbart der Versicherungsnehmer mit dem Generalagenten bei Abschluß der Feuerversicherung, daß die Prämie, welche nach der Police Bringschuld ist, abgeholt werden soll, so hat dies gegenüber dem Versicherer keine bindende Wirkung. (Früheres Recht.)

3. Wegen der Prämienentrichtung durch den Agenten vgl. oben zu § 35 VVG. II 1 (Bauchwitz unter c).

4. Über die den Agenten gegenüber der Herausgabeklage treffende Beweislast hinsichtlich des Verbleibs einkassierter Prämien vgl. vor §§ 43 ff. VVG. unter VII 11 (**RG.**).

5. Über die Inkassoprovision und die Frage des Fortbezugs nach Entlassung vgl. oben vor §§ 43 ff. unter VII 12.

§ 44. (Vgl. JDR. 8 1077.) Darüber, daß § 44 VVG. dann, wenn der Versicherer den Vermittlungsagenten zur Inspektion der Risiken verwendet, nicht entgegensteht, dem Versicherer das anzurechnen, was der Agent hierbei gesehen hat oder auch nur sehen konnte und mußte, vgl. oben vor §§ 43 ff. unter I 1 (Hagen unter C a).

§ 45. (Vgl. JDR. **10** 1250.) 1. Über die Stellung des Versicherungsagenten, dem die Entscheidung darüber zusteht, ob ein bestimmtes zum Schlachten geführtes Tier in die Versicherung aufzunehmen ist, vgl. zu § 43 Ziff. 3 unter 1 (Colmar).

2. **RG.** R. **13** Nr. 766, JW. **13** 335, ZVersWes. **13** 280, WallmVersZ. **47** 1353, 1379. Der Versicherer braucht die Kenntnis des Generalagenten nicht ohne weiteres gegen sich gelten zu lassen, es sei denn, daß er zum Vertragsabschlusse bevollmächtigt wäre. Der Umstand allein, daß der Agent die Bezeichnung „Generalagent" führt, begründet aber noch nicht die Annahme, daß er auch Abschlußvollmacht hätte.

§ 47. (Vgl. JDR. 8 1077.) 1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 311. Die Beweislast dafür, daß der Versicherungsnehmer von der Entziehung oder Beschränkung der Vollmacht Kenntnis hatte, trifft den Versicherer.

2. Über grob fahrlässige Unkenntnis s. Hagen, JheringsJahrb. **61** 229 ff. (vgl. oben vor §§ 43 ff. VVG. unter I 1 B) und Biedermann, MittöffFeuervers. Anst. **12** Beih. 241 ff. (vgl. oben zu § 1 VVG. unter II).

§ 48. (Vgl. JDR. **10** 1250.) I. Wesen dieses Gerichtsstandes. 1. MittöffFeuerversAnst. **13** 647 (Colmar). Der Sitz von Generalagenturen und von Hauptbevollmächtigten begründet für Klagen gegen die Gesellschaft keinen allgemeinen Gerichtsstand im Sinne von § 21 ZPO.

2. MittöffFeuerversAnst. **13** 647 (Colmar). Der Gerichtsstand des Versicherers aus § 48 ist ein besonderer Gerichtsstand, kein allgemeiner.

II. Rückwirkung. 1. VAPV. **12** Nr. 681 (Düsseldorf). Die Vorschrift des § 48 VVG. hat rückwirkende Kraft.

2. VAPV. **13** Nr. 713, VersAnn. **13** 282, ZVersWes. **13** 213 (KG.). Die Bestimmung ist prozeßrechtlicher, öffentlich-rechtlicher Natur und gilt infolgedessen ohne weiteres auch für die vor dem 1. Januar 1910 abgeschlossenen Versicherungen.

Zweiter Abschnitt.

Erster Titel. Vorschriften für die gesamte Schadensversicherung.

I. Inhalt des Vertrags.

Vorbemerkung zu §§ 49—68: Wertvolle Förderung haben die allgemeinen Fragen der gesamten Schadensversicherung durch die Arbeiten von Kisch erfahren (über die Stellung des Nießbrauchers bei der Sachversicherung vgl. vor §§ 49 ff., subjektives Versicherungsinteresse und Versicherung für wen es angeht vgl. zu § 51). Im übrigen hat § 67 und ebenso § 64 eine eingehendere wissenschaftliche Bearbeitung gefunden, jener durch Josef, dieser durch Wedemeyer. Bei der Frage des Überganges der Ersatzansprüche auf den Versicherer war die Durchdringung des Gebiets im einzelnen wichtig, besonders in seinen Beziehungen zur Versicherung für fremde Rechnung. Dagegen hat Wedemeyer die Stellung des Schiedsgutachters im Verhältnisse zu den Parteien einer Klärung zuzuführen und damit wichtige Fragen zu lösen gesucht, die aus der rechtlichen Auffassung dieser Stellung heraus zu beantworten sind. Daß auch dieses Jahr die Rechtsprechung zu den Fragen des Schiedsgutachtens und des Schiedsgutachterverfahrens reichlich geflossen ist, ist bei der Wichtigkeit dieses Gebiets verständlich. Die Handhabung dieser an sich sehr segensreichen Einrichtung, die den Prozeßgerichten eine Fülle von Arbeit abzunehmen bestimmt und geeignet ist, läßt jedoch, wie auch aus der Rechtsprechung zu ersehen ist, manches zu wünschen übrig. Es wäre empfehlenswert, wenn wenigstens bei größeren Schätzungen die Schiedsgutachter nicht der juristischen Leitung entbehren möchten, die ohne viel Kosten und Mühe geschaffen werden und die in vielen Fällen die Gutachten vor der Anfechtung bewahren könnte. Ähnlich wie es bei den Schiedsgerichten jetzt meistens zu sein pflegt, könnte ein Jurist als Vorsitzender der Gutachterkommission eingesetzt werden, der die Streitpunkte formulieren und dafür sorgen müßte, daß alles erschöpfend geprüft würde.

Zu bemerken ist, daß die kleineren Schadensversicherungen vor §§ 49 ff. zusammengefaßt worden sind. Besonders wichtig ist von ihnen die Einbruchsversicherung und bedeutsam das Problem der Mietverlustversicherung.

Vor §§ 49 ff. (Vgl. JDR. **10** 1251.) Literatur: I. Allgemeines: Biedermann, Spruchsammlung zur Sachschadenversicherung (1909—1911), MittöffFeuerversAnst. **12** 209—222. — Rothauge, Versicherungsfall, riskiertes Kapital und Risikoprämie. Heft 2 des VI. Bd. d. Vers.-wiss. Mitt. d. Österr.-Ung. Verb. der Privatvers.-Anst. Wien 1911. — Wertheimer, Die Sachschadenversicherung in den „Untersuchungen über das Versicherungswesen in Deutschland", Bd. 137 der Veröffentlichungen des Vereins für Soizalpolitik unter II 2. — II. Sachversicherungspflicht: Kisch, Die Rechtsstellung des Nießbrauchers bei Versicherung der Sache, R. **13** 763 ff., 789 ff. — Josef, Abzahlungsgeschäft und Versicherungsabrede, R. **12** 398. — Korsch, Abzahlungsgeschäft und Versicherungsabrede, JW. **12** 230 ff. — III. Einbruchsdiebstahlversicherung: Kirchner, Einiges über die Einbruchdiebstahlversicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** 168 ff. — v. Hasselbach, Zur Haftung des Einbruchdiebstahlversicherers, ZVersWiss. **12** 203. — Worms, Entgegnung hierzu, ZVersWiss. **12** 204. — Wilhelm, Contribution à l'étude de l'assurance contre le vol. Paris 1911. — IV. Wasserschädenversicherung: Härry, Hochwasserversicherung in der Schweiz, Schweiz. Zeitschr. f. Wasserwirtsch. **11** Heft 19—21. — Meltzing, Neues zur Überschwemmungsversicherung, MittöffFeuerversAnst. **13** 454 ff. — Hurter, Die Wasserleitungsschädenversicherung. Hannover 1912. — Kleeberg, Fünfundzwanzig Jahre Wasserleitungsschädenversicherung, ZVersWiss. **12** 737 ff. — Derselbe, Die Wasserleitungsschädenversicherung in ihrem Jubiläumsjahre 1911, MasVersRdsch. **24** 271 ff. — Derselbe, Die Beurteilung der Versicherung gegen Wasserleitungsschäden bei ihrem Inslebentreten durch die Fachpresse, MasVersRdsch. **24** 94 ff. Schüttensack, Fallen Schäden, verursacht durch Zentralheizungsanlagen unter die Feuerversicherung oder unter die Versicherung gegen Wasserleitungsschäden? DVersZ. **53** 249. — V. Mietverlustversicherung. Dyhrenfurth, Neues über die Mietverlustversicherung, Mitt. öffFeuerversAnst. **12** 10 ff. (Besprechung neuer Mietverlustversicherungsunternehmungen). — Grandtke, Die Mietversicherung, ZVersWiss. **12** 287 ff. — Hausson, Das Problem der Mietverlustversicherung. Berlin 1912. — Weber, Die Versicherung von Häusern gegen

Mietverlust. Berlin 1912. — VI. Wegen der Depositenversicherung vgl. zu § 187 VVG. — VII. Veruntreuungsversicherung: Crüger, Die Überspannung des Versicherungsgedankens, MittöffFeuerversAnst. 13 52 ff. — Grelich, Die Veruntreuungsversicherung — keine Überspannung des Versicherungsgedankens, MittöffFeuerversAnst. 13 1351. — VIII. Weitere Schadensversicherungszweige: Ecker, Prozeßkostenversicherung, MittöffFeuerversAnst. 12 483 ff. — Guttmann, Die Versicherung zweiter Hypotheken unter genossenschaftlicher Mitwirkung, BankA. 13 46 ff. — Kirchner, Beraubungsversicherung, MittöffFeuerversAnst. 12 359 ff. — Obst, Die Maschinenversicherung, MittöffFeuerversAnst. 12 Beih. 199 ff. — Weygandt, Grundzüge der Kundenversicherung (Generalversicherung der Speditions- und Lagergüter) mit einer Einleitung über das Interesse als Element der Sachversicherung. Diss., Leipzig. Berlin 1914. — Wörner, Kombinierte Kraftfahrzeugversicherung, DVersZ. 12 41 ff. — Saskis VersZ. 2 143, Luftschiffversicherung. — ZIndR. 7 Heft 13: „Patent- und Musterschutzversicherung". — IX. Wegen der Betriebsunterbrechungsversicherung s. zu § 89 VVG., wegen der Kreditversicherung s. zu § 187 VVG. — X. Wegen der Abonnentenversicherung vgl. vor § 1 ff. VVG. und zu § 1 VAG. — XI. Wegen des ungarischen Sachversicherungsrechts s. Valèr, Einiges über ungarisches Versicherungsrecht, AssekJahrb. 35 78 ff.

I. Stellung des Nießbrauchers zur Versicherung. Kisch, Die Rechtsstellung des Nießbrauchers bei Versicherung der Sache, R. 13 763 ff., 789 ff. Verf. bespricht die Bestimmungen in §§ 1045 u. 1046 BGB. und geht ausführlich auf die praktisch wichtigste Frage ein, nämlich auf das Verhältnis des Nießbrauchers gegenüber dem für den Eigentümer bestehenden Versicherungsverhältnis im ganzen. Der Nießbraucher steht völlig außerhalb des Versicherungsverhältnisses, auch wenn er selbst den Versicherungsvertrag geschlossen hat. Er hat nur gewisse Befugnisse hinsichtlich der, ihm an sich nicht zustehenden, Versicherungsforderung, aber auch nur Befugnisse zivil-, nicht versicherungsrechtlicher Natur, nicht beruhend auf dem Versicherungsvertrage. Möglich ist allerdings auch die Versicherung des Nießbraucher- neben der des Eigentümerinteresses. Nichtsdestoweniger ist es im übrigen für die versicherungsrechtliche Stellung des Nießbrauchers von Bedeutung, ob der Versicherungsvertrag von ihm oder vom Eigentümer geschlossen worden war. — Im letzteren Falle ist der Nießbraucher hinsichtlich des Versicherungsverhältnisses allenthalben als Dritter zu behandeln; selbst seiner Zustimmung bedarf es nur, soweit nicht §§ 1046 u. 1071 BGB. einschlagen. Ihn treffen keinerlei Pflichten und Obliegenheiten, die den Eigentümer treffen. Ereignisse, die in seiner Person eintreten, wirken auf das Versicherungsverhältnis nicht so, wie sie es getan hätten, wenn sie in der Person des Eigentümers eingetreten wären. Insbesondere bringt der von ihm vorsätzlich oder grobfahrlässig verursachte Eintritt des Versicherungsfalls (§ 61 VVG.) die Versicherungsforderung nicht zum Erlöschen; doch geht der Schadensersatzanspruch des Eigentümers gegen den Nießbraucher nach § 67 VVG. auf den Versicherer über, der allerdings weder Aufrechnungs- noch Zurückbehaltungsrecht hat, und der, wenn ein Dritter den Schadensfall nach § 61 VVG. herbeigeführt hat, nach § 67 VVG. die Ersatzforderung des Eigentümers gegen den Dritten erwirbt und Abtretung der gleichen Forderung seitens des Nießbrauchers verlangen kann. — Hat der Nießbraucher neben der vom Eigentümer genommenen Versicherung sein Nießbrauchsinteresse versichert, dann ist weder Überversicherung (§ 51 VVG.) noch auch Doppelversicherung (§ 59 VVG.) anzunehmen, weil er die Rechte an der Versicherungsforderung des Eigentümers nicht als Versicherter, sondern nur als Nießbraucher hat. — Nimmt der Nießbraucher die Versicherung für Rechnung des Eigentümers, dann sind die §§ 74 ff. VVG. anwendbar; der Nießbraucher ist Versicherungsnehmer. Im Falle des § 61 VVG. vernichtet sein Verhalten die Versicherungsforderung (ebenso Manes-Hagen, Komm. z. VVG. § 74 aE.; aM. Gierke, IheringsJ. 40 444). Er ist in diesem Falle nicht anders gestellt als jeder andere, der eine Versicherung für fremde Rechnung eingeht. Seine Eigenschaft als Nießbraucher ist insoweit unerheblich.

II. Stellung des Abzahlungskäufers. 1. Samter, Komm. z. AbzG. 61. Es ist schlechthin unzulässig, in Abzahlungsverträgen dem Abzahlungskäufer die Verpflichtung aufzulegen, die Sachen gegen Feuer, Diebstahl und sonstige Sachschäden zu versichern.

2. Korsch, Abzahlungsgeschäft und Versicherungsabrede, JW. **12** 230 ff., führt gegen Samter aus, daß diese Verpflichtung schlechthin zulässig sei.

3. Josef, Abzahlungsgeschäft und Versicherungsabrede, R. **12** 398 ff., bespricht die Meinungen Samters und Korschs sowie die Mittelmeinungen von Fuld, GruchotsBeitr. **39** 570, und Hörle, GruchotsBeitr. **55** 184, und kommt zu dem Ergebnisse, daß das Abzahlungsgeschäft die Auferlegung einer Versicherungspflicht nicht verbietet, daß sowohl für den Verkäufer wie für den Käufer ein versicherbares Interesse vorliege, daß aber das Maß der Versicherungspflicht nicht das des Interesses des Verkäufers, also den Betrag der Restkaufpreisschuld übersteigen könne.

4. Wegen der Sachversicherungspflicht s. im übrigen zu § 1 VVG. unter III.

III. Prozeßführung in der Sachschadenversicherung. 1. MittöffFeuerversAnst. **12** 30 (Über Versicherungsprozesse) wendet sich gegen die aus meist unzureichenden Gründen erfolgende große Inanspruchnahme der Versicherer durch die Versicherten und andererseits gegen zu scharfes Vorgehen der Versicherer.

2. Valèr, Einiges über ungarisches Versicherungswesen, AssekJahrb. **35** 78 ff. bringt ähnliche Klagen vor und bedauert die Neigung der Gerichte, im Zweifel gegen die Versicherer zu entscheiden ohne Berücksichtigung der großen Gefahren, die die Gesellschaften und dadurch indirekt die Versicherungsnehmer durch zu große Inanspruchnahme erleiden können.

3. MittöffFeuerversAnst. **13** 463 (Hamburg). Dem Versicherten wird in der Regel der Beweis obliegen, daß die Voraussetzungen für die Zahlungspflicht des Versicherers eingetreten sind. Allein, da dieser Beweis oftmals sehr schwer zu führen sein wird, und der Versicherungsvertrag im besonderen Maße der Beurteilung nach Treu und Glauben unterworfen ist, so wird man sich im allgemeinen, d. h. bei unverfänglicher Sachlage mit einem Tatbestande begnügen können, der dem äußeren Anscheine nach alle Merkmale des unter die Versicherung fallenden Schadensereignisses an sich trägt. Allerdings volle Beweisführung ist zu verlangen, wenn Verdacht besteht, daß der Versicherte (hier Einbruchsversicherung) den Versicherungsfall nur vorgetäuscht hat.

IV. Einbruchsdiebstahlversicherung. 1. v. Hasselbach, Zur Haftung des Einbruchdiebstahlversicherers, ZVersWiss. **12** 203, wendet sich gegen Worms, ZVersWiss. **11** 953 ff. (JDR. **10** 1199). Für die Ersatzverbindlichkeit des Versicherers ist es nicht ausschlaggebend, wie die Handlung sich strafrechtlich darstellt. Vielmehr kommen auch Gründe der Billigkeit, des mutmaßlichen Vertragswillens und andere Umstände in Betracht. Deshalb besteht Ersatzpflicht auch dann, wenn die Tat trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 243 StGB. doch nur nach § 370 Ziff. 5 StGB. als Mundraub zu strafen ist. Ebenso wenn der Täter sich einer strafunmündigen Person zur Ausführung der Tat bedient. Andererseits besteht versicherungrechtlich keine Ersatzpflicht, obwohl nach § 243 StGB. zu strafen ist, wenn der Täter lediglich ein Behältnis, in welchem die ordnungsmäßigen Schlüssel verwahrt werden, erbricht und mit diesen Schlüsseln den Geldschrank öffnet.

2. Worms, ZVersWiss. **12** 204, entgegnet auf den Aufsatz v. Hasselbachs: er halte an seiner Meinung fest, daß rechtlich die strafrechtlichen Begriffe und nur sie als Grundlage für die Prüfung auch der Versicherungsfrage

zugrunde zu legen sind, wenn die allgemeinen Versicherungsbedingungen sich dem Wortlaute des Strafgesetzbuchs anpassen.

3. VAPV. **13** Anh. 129 (Naumburg). Ein „Diebstahl durch Erbrechen oder Eröffnen von Behältnissen mittels falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsgemäßen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge“ liegt nicht vor, wenn der Dieb die Behältnisse mit den Reserveschlüsseln geöffnet hat, selbst wenn diese von ihm mittels Einbruchs und Erbrechens von Behältnissen erlangt worden waren.

4. **RG.** VAPV. **13** Anh. 127, LeipzZ. **13** 634, R. **13** Nr. 1101, WarnE. **13** Nr. 270, MittöffFeuerversAnst. **13** 140. Bei der Einbruchsdiebstahlsversicherung kann im Sinne der Versicherungsbedingungen eine gestohlene Sache erst dann als wieder herbeigeschafft gelten, wenn der Bestohlene in dasselbe körperliche Verhältnis zu ihr gesetzt wird, die vor dem Diebstahle bestand, wenn er also nicht nur weiß, wo sie ist, sondern wenn er sie wieder in seiner Verfügungsgewalt hat.

5. VAPV. **12** Anh. 41 (Düsseldorf). Die Tatsache, daß der Einbruchversicherte den Versicherungsschein, der die Bestimmung enthält, daß die Gültigkeit der Versicherung vom Vorhandensein gewisser Sicherungen abhängig sei, angenommen und hiergegen keinen Widerspruch erhoben hat, ist nach § 5 VVG. unerheblich, wenn jene Bestimmung weder im Antrage noch in sonstigen Erklärungen des Versicherungsnehmers und auch nicht in den allgemeinen Versicherungsbedingungen enthalten und auch eine Widerspruchsfrist im Sinne von § 5 VVG. nicht vereinbart war.

6. VAPV. **12** Anh. 42, MittöffFeuerversAnst. **12** 305 (KG.). Die Bestimmung, daß Bargeld und Silberzeug nur versichert seien, wenn sie sich „unter Verschluß“ befänden, setzt voraus, daß die Behältnisse, in die die versicherten Sachen eingeschlossen sind, nicht ebenso leicht weggenommen werden können wie die Sachen selbst (z. T. kleine Kassetten, die unter dem Bette stehen). Der Versicherungsnehmer kann aber den Angaben des Agenten trauen, daß die ihm gezeigten Behältnisse genügend seien. In solchem Falle besteht ein Versicherungsanspruch.

7. VAPV. **12** Anh. 43, ZVersWes. **12** 278 (KG.). Das gestohlene Geld befindet sich auch dann unter dem vorgeschriebenen Verschlusse, wenn es in dem Geldschranke, dessen innere und äußere Tür verschlossen war, lag, der Schlüssel zur äußeren Geldschranktür aber im offenen Formularschrank unter Druckpapier versteckt in den verschlossenen Geschäftsräumen sich befand. — Ein grobes Verschulden des Versicherungsnehmers, das den Versicherungsanspruch ausschließen würde, liegt nicht vor.

8. LeipzZ. **13** 414 (LG. Frankfurt a. M.). Bestimmen die Bedingungen, daß Schmuckgegenstände nicht mehr als versichert gelten sollen, sofern sie „sich nicht im Gebrauche befinden“, so sind sie als noch im Gebrauche befindlich zu bezeichnen, wenn sie nur vorübergehend abgelegt sind und zwar derart, daß der Wille des Versicherten deutlich zu erkennen ist, die Schmucksachen alsbald wieder anzulegen. So z. B. wenn eine Uhr am Abend auf einen Tisch gelegt wird in der Absicht, sie am anderen Morgen wieder an sich zu nehmen. Anders, wenn die Uhr dann am ganzen folgenden Tage liegen bleibt.

9. Wegen der Beziehungen des Haager Landkriegsabkommens zur Einbruchsversicherung vgl. Wehberg, Wallm. VersZ. **47** 985 ff., 1001 ff., s. vor § 1 VVG.

10. Im übrigen vgl. zu § 32 VVG.

V. Wasserschädenversicherung. 1. Kleeberg, Fünfundzwanzig Jahre Wasserleitungsschädenversicherung, ZVersWiss. **12** 737 ff., bespricht den Entwicklungsgang und die Aussichten der deutschen Wasserleitungsschädenversicherung. Sie wird stets nur als Unterzweig, meist mit der Feuerversicherung zusammen be-

trieben und nur von Erwerbs-, nicht von Gegenseitigkeitsgesellschaften, die sich zu einer Vereinigung zusammengeschlossen haben, einerseits zur Interessenwahrung und andererseits zur Neuredaktion der allgemeinen Versicherungsbedingungen, die seit 1. Januar 1910 für alle Gesellschaften die gleichen sind.

2. VAPV. **13** Anh. 126 (KG.). Ein Fall des vertragsmäßig von der Entschädigung ausgeschlossenen Rückstaus liegt auch dann vor, wenn der Rückstau erst in Verbindung mit einem zweiten ursächlich wirkenden Umstande (Unordnung der Wasserleitungsanlage) schädigend wirken konnte. Anders nur, wenn der Versicherer diesen weiteren Umstand zu vertreten hätte. Eine solche Vertretungspflicht trifft ihn nicht schon dann, wenn er gewisse Reparaturen dauernd übernommen hat. Denn diese Übernahme schließt nicht eine periodische Prüfungspflicht des Versicherers in sich.

3. Darüber, ob Dampfschäden zu den Wasserleitungsschäden zu rechnen sind, vgl. MittöffFeuerversAnst. **13** 589 ff.

VI. Kombinierte Sachversicherung. Wörner, Kombinierte Kraftfahrzeugversicherung, DVersZ. **12** 41 ff., bespricht eine neue Art einer Gefahren-Kombinations-Versicherung, nämlich die Verbindung von Unfall-, Haftpflicht- und Sachversicherung hinsichtlich von Kraftfahrzeugen.

VII. Maschinenversicherung. Obst, Maschinenversicherung, Mitt. öffFeuerversAnst. **12** Beih. 199 ff., behandelt eingehend die Maschinenversicherung, soweit sie nicht gegen Feuersgefahr genommen ist, also die Maschinenschadenversicherung im engeren Sinne. — Sie ist Mobiliarversicherung, also den Rechten der Realgläubiger nicht unterstehend, wofern sie nicht in einen Gebäudeversicherungsvertrag einbezogen ist. Die technischen Schwierigkeiten sind erheblich. Das Gesetz der großen Zahl erst kann eine Prosperität herbeiführen. Sie ist zum Teil verbunden mit einer Maschinen-Chomage-Versicherung. Einheitliche allgemeine Versicherungsbedingungen sind 1908 festgesetzt. Die Bestimmungen dieser Bedingungen werden eingehend dargestellt und erörtert.

VIII. Mietverlust-Versicherung. Grandtke, Die Mietversicherung, ZVersWiss. **12** 287 ff. Die Mietversicherung ist ein Zweig derjenigen Versicherungsgruppe, die man als Gewinnentgangs-Versicherung zu bezeichnen pflegt. — Wegen ihrer geschichtlichen Entwicklung und der verschiedenen Projekte s. 288 ff. — Näher besprochen wird die Ausgestaltung der Mietversicherung, die sie durch den Dresdener Verein (290 ff.), durch die Husleis Forsikringen (291 ff.) und durch den allgemeinen deutschen Mietversicherungsverein auf Gegenseitigkeit (293 ff.) gefunden hat, von denen die Einrichtung der letzteren Gesellschaft als die richtigste und zweckentsprechendste erklärt wird.

IX. Die Veruntreuungsversicherung. 1. Crüger, Die Überspannung des Versicherungsgedankens, MittöffFeuerversAnst. **13** 52 ff., wendet sich gegen ein Übergreifen des Versicherungsgedankens auf Gebiete, wo er unbewußt und unbeabsichtigt als Prämie auf die Sorglosigkeit wirken muß, besonders auf dem Gebiete der Verbindung von Versicherungen mit der Kreditbefriedigung (Hypotheken-, Kredit-, Veruntreuungs-, Depositenversicherung).

2. Hiergegen Grelich, Die Veruntreuungsversicherung — keine Überspannung des Versicherungsgedankens, aaO. 135 ff.

3. Erwiderung Crügers, aaO. 190 ff.

4. **RG.** VAPV. **13** Anh. 130, MittöffFeuerversAnst. **13** 61. Bezieht sich nach den Versicherungsbedingungen die Versicherung gegen Veruntreuungen schlechtweg auf Verluste, die der Versicherungsnehmer durch Veruntreuung erleidet, so erstreckt sich der Versicherungsschutz nur auf die nach Versicherungsbeginn begangenen (nicht entdeckten) Veruntreuungen.

3. Wegen der Wertsachenversicherung s. Leyers, ZVersWiss. **12** 168 ff. (s. vor §§ 1 ff. VVG.), ferner ZVersWes. **12** 471.

4. Wegen der Kreditversicherung s. zu § 187 VVG.

X. Weitere kleinere Versicherungszweige. 1. Wegen der Kapitalanlageversicherung s. ZVersWiss. **12** 1322, **13** Rdsch. 36.

2. Wegen der Hypothekenversicherung s. VAPV. **12** 9 und 125 ff. (vgl. zu § 1 VAG. unter I 5).

3. Wegen der Prozeßkostenversicherung s. zu § 150 VVG.

XI. Über „neue Versicherungszweige" vgl. die fortlaufenden Berichte in der ZVersWiss. **12** 244 ff., 470 ff., 692, 1096 ff., 1322 ff., **13** (Rundschau) 36, 204, 248 ff., 291.

XII. Wegen der Regelung allgemeiner Grundsätze der Schadensversicherung im Entwurfe eines österr. VVG. vgl. Berliner, Der Entwurf des österr. VVG., MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. (97 ff.) 128 ff.

§ 49. (Vgl. JDR. **10** 1251.) Literatur: Tasche, Die Praxis der Schadensfeststellung. Berlin 1913.

Über die Frage, wie lange bei der Einbruchdiebstahlversicherung der Sacheigentümer geschädigt ist, vgl. vor §§ 49 ff. VVG. unter IV 4.

§ 50. Vgl. JDR. **8** 1078, 1079.

§ 51. (Vgl. JDR. **10** 1251, **8** 1079.) Literatur: Clauß, Der Versicherungswert. Diss. 1913. — Kisch, Subjektives Versicherungsinteresse und Versicherung „für wen es angeht", JheringsJ. **63** 361 ff. — Adler, Über Doppelversicherung und Überversicherung, LeipzZ. **12** 497 ff., 633 (s. zu § 59 VVG.). — Wegen des Sachwertes s. zu § 52 VVG.

I. Versicherungswert. Kisch, Subjektives Versicherungsinteresse und Versicherung „für wen es angeht", JheringsJ. **63** 361 ff. Objekt des Versicherungsschutzes ist nicht der Gegenstand, an welchen sich ein schädigendes Ereignis betätigen kann, sondern ein mit diesem verknüpftes Interesse des Versicherten, d. i. der Vorteil, den der Nichteintritt eines bestimmten schädigenden Ereignisses für den Versicherten darstellt. Dieses Interesse kommt aber nur in Verbindung mit einem bestimmten Subjekt in Betracht (362). Denn von den beiden möglichen Auffassungen des Interesses, der objektiven und der subjektiven (363 ff.) verdient die letztere vom gesetzgeberischen Standpunkt aus den Vorzug (368 ff.). Andernfalls würde der Versicherungsvertrag der genügenden Bestimmtheit entbehren (370), es würde ferner der Versicherer über die Person des Interessenten (371), über die Höhe (372) und über die Identität (373) des versicherten Interesses im unklaren sein; die Person des Interesseträgers aber ist in einer großen Reihe von Beziehungen von größter Bedeutung (373). Diesem gesetzgeberischen Vorzuge des subjektiven Standpunkts entspricht der Stand des geltenden Rechtes (374 ff.), was sich besonders aus der Behandlung der Unter- und Überversicherung, der Doppelversicherung (375), der Hypothek und des Nießbrauchs (377 ff.) und den Vorschriften über die Veräußerung der versicherten Sache (379 ff.) ergibt und ebenso aus der Gegenüberstellung von Eigen- und Fremdenversicherung im VVG. (381 ff.) und hier wieder besonders aus der Hervorhebung und Regelung der Versicherung „für wen es angeht" im § 80 VVG. (383). — Hieraus ergeben sich wichtige Folgerungen (384 ff.): Notwendigkeit 1. der Individualisierung des Interesses im Vertrage, 2. der Einigung über die persönliche Zuständigkeit des Interesses, insbesondere darüber, ob Eigen- oder Fremdenversicherung gewollt ist (mit den aus § 80 VVG. sich ergebenden Ausnahmen) und 3. des Hervortretens der Person des Interessenten spätestens im Augenblicke der Schadensberechnung. — Gewissen Unzuträglichkeiten, die dieser Standpunkt mit sich bringt (387 ff.), trägt das Gesetz durch eine Reihe ausgleichender Vorschriften Rechnung (388 ff.), obligatorischer Art, insbesondere § 281 Abs. 1

BGB., §§ 812 ff. BGB. usw. (389), oder dinglicher Art, z. B. §§ 1046, 1127 BGB. (390), familien- und erbrechtlicher Natur (391 ff.), ferner durch die Vorschriften der §§ 69 ff. VVG. (394 ff.) und durch die Möglichkeit der Versicherung für fremde Rechnung (395).

II. Einschreiten des Versicherers und der Aufsichtsbehörden gegen Überversicherung. VAPV. **12** 122 ff. Wenn auch § 51 VVG. Überversicherung nicht schlechthin verbietet, so ist doch der Versicherer verpflichtet, die Angemessenheit der Versicherungssumme nachzuprüfen und gegebenenfalls von der ihm durch § 51 Abs. 1 VVG. gegebenen Befugnis zur Herabsetzung Gebrauch zu machen, wenn eine Behörde die Annahme, daß eine erhebliche Überversicherung vorliege, unter Berufung auf Taxen beeideter Sachverständiger begründet hatte. Die Aufsichtsbehörden aber haben gleichfalls die Pflicht, Überversicherungen zu verhüten und event. Herabsetzung von den Versicherern zu verlangen.

III. Gültigkeit strafrechtlicher Landesgesetze gegen die Überversicherung. 1. VAPV. **12** 123. Alle landesrechtlichen Strafvorschriften über Überversicherung sind durch das VVG. außer Kraft gesetzt.

2. AM. der Vorentwurf zu einem deutsche Strafgesetzbuche, Begründung 764.

3. **RG.**, s. JDR. **10** 1251, jetzt auch abgedruckt in VAPV. **12** 35 u. **RG.** (Strafs.) **45** 118. § 20 PrG. vom 8. Mai 1837 ist gültig.

4. Galli, DJZ. **12** 714 stimmt der Ansicht des RG. bei.

IV. Über den Ausschluß der Täuschungsanfechtung wegen der Überversicherung s. Keup, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 38 ff., vgl. oben zu § 1 VVG. unter VIII 1.

§ 52. (Vgl. JDR. **10** 1252, 8 1079.) Literatur: v. Geyer, Versicherung zum Kunstwert und zum Liebhaberwerte, ZVersWiss. **12** 711 ff. — Rosenbaum, Brandschadenregulierung bei Kunstwerken, MittöffFeuerversAnst. **13** 322 ff. — Weiland, Der Versicherungswert der Warenbestände bei der Feuerversicherung, ZVersWiss. **13** 445 ff. — Wegen des Versicherungswerts im allgemeinen s. zu § 51 VVG.

Der Sachwert. I. Waren. 1. Weiland, Der Versicherungswert der Warenbestände bei der Feuerversicherung, ZVersWiss. **13** 445 ff. Als Versicherungswert von Waren ist anzusehen: 1. für eingekauftes Gut der Preis, zu welchen am Brandtage Waren gleicher Art zu beschaffen sind zuzüglich Unkosten; 2. für in Arbeit befindliches Gut die anteiligen Gestehungskosten; 3. für verkaufsbereite Ware die vollen Gestehungskosten, gegebenenfalls der niedrigere Verkaufswert; 4. für verkaufte, lieferungsbereite Waren der Verkaufspreis und an dessen Stelle der Börsen- oder Marktpreis für solche Waren, die im handelsgebräuchlichen Sinne einen Börsen- oder Marktpreis haben.

2. MittöffFeuerversAnst. **12** 653 (Colmar). Wenn bestimmt ist, daß der Versicherungsnehmer den Verkaufswert ersetzt verlangen soll, dann ist maßgebend für die Auslegung, daß der Versicherungsnehmer einerseits aus dem Brande keinen Gewinn ziehen, andererseits aber seinen vollen Schaden ersetzt erhalten soll. Wenn er daher eine besonders günstige Einkaufsgelegenheit benutzt hatte, so ist der Wert der Sache für ihn nicht der tatsächliche Einkaufspreis, sondern der Preis, zu dem solche Waren im Großhandel allgemein gewöhnlich bezogen werden. Soweit er nach dem Durchschnittsumsatze seines Geschäfts auf baldigen Absatz der Waren rechnen durfte, hatten sie für ihn tatsächlich den Wert, zu dem er sie an seine Kunden zu liefern pflegte.

3. Wegen der sog. Verkaufspreisklausel bei der Betriebsverlustversicherung s. zu § 89 VVG.

II. Kunst- und Liebhaberwert. 1. v. Geyer, Versicherung zum Kunstwert und zum Liebhaberwert, ZVersWiss. **12** 711 ff., stellt gegenüber der Ansicht des APV. (Veröff. **12** 9, 138; s. unten) die Frage, ob nicht unter Umständen auch die Versicherung eines subjektiven Liebhaberwerts zum Gegenstand einer Feuerversicherung in der Weise gemacht werden kann, daß für den Fall des Unterganges der versicherten Sache durch Brand die durch die persönlichen Beziehungen des Versicherungsnehmers zur versicherten Sache bestimmte und gesteigerte Wertschätzung, d. i. der hierdurch begründete Liebhaberwert versichert werden kann. Die Frage wird bejaht. Ein Verstoß gegen § 87 Satz 2 VVG. liegt nicht vor, wenn keinerlei Anzeichen dafür sprechen, daß eine Bereicherung des Versicherungsnehmers beabsichtigt war. Konversion nach Maßgabe von § 87 Satz 1 VVG. ist in den meisten Fällen zulässig, so daß der angegebene Wert nur gezahlt wird, wenn nicht inzwischen in den für die Beurteilung wesentlichen rechtlichen und tatsächlichen Umständen ein erheblicher Unterschied eingetreten ist.

2. VAPV. **12** 9 u. 138. APV. schließt sich **RG. 73** 66 (s. JDR. **10** 1252) an. Kunstwert ist der objektive gemeine Wert, den ein Kunstgegenstand im Verkehre hat. Objektiver Liebhaberwert ist der Wert, den ein bestimmter, wenn auch beschränkter Kreis von Personen aus besonderen Gründen beweglichen Sachen (Briefmarken, Autogrammen, Sachen berühmter Personen usw.) beimißt, deren Wert wegen des, wenn auch engen, Marktes von sachkundigen Personen ermittelt werden kann. Die Versicherung eines lediglich subjektiven Liebhaberwerts (das ist die auf rein persönlichen Beziehungen einer Person zu einem Gegenstande beruhende Wertschätzung desselben) ist nicht zulässig. Sie verstößt gegen den Grundsatz, daß „Wert" und „Interesse" im Sinne des Versicherungsrechts rein wirtschaftliche Begriffe sind und daß die Versicherung nur den Ausgleich von Vermögensschäden bezweckt. Sie würde auch dem § 87 Satz 2 VVG. zuwiderlaufen.

3. MittöffFeuerversAnst. **13** 503 (Gerichtsentscheidung, Angabe des Gerichts fehlt). Eine Vereinbarung, die den Versicherer verpflichtet, den Liebhaberwert zu ersetzen, ist nichtig, weil sie nichts anderes ist als die Vereinbarung einer Taxe.

§ 53. (Vgl. JDR. **10** 1252, 8 1080.) 1. Wegen der Mietverlustversicherung s. vor §§ 49 ff. VVG.

2. Wegen der Betriebsverlustversicherung vgl. zu § 89 VVG.

§ 54. (Vgl. JDR. **10** 1252, 8 1080.) Literatur: Keup, Zur Versicherung von Sachinbegriffen, MittöffFeuerversAnst. **12** 228 ff.

I. Sachinbegriffe. Keup, MittöffFeuerversAnst. **12** 228 ff. Für die Frage, ob bei Beschädigung einzelner Stücke einer Sachvereinigung nur Vollschaden hinsichtlich dieser Stücke oder aber Teilschaden hinsichtlich der Sachvereinigung vorliegt, ist die sachenrechtliche Scheidung zwischen einheitlichen Sachen und Sachinbegriffen nicht verwertbar. Entscheidend ist vielmehr, ob ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Versicherungsfall und der Wertverringerung der körperlich unversehrten Sachteile der Sachvereinigung besteht und ob und inwieweit nach versicherungsrechtlichen Grundsätzen der Versicherer für den Schaden verantwortlich gemacht werden kann. Besondere Vorschriften enthält das VVG. hierüber nicht. Die Bestimmungen des BGB. über Schadensersatz sind nicht anwendbar. Auch §§ 54, 83 VVG. geben keine Lösung. Auslegungsregeln geben aber für die Feuerversicherung die §§ 83 u. 86 VVG. Es läßt sich folgender Satz formulieren: Wird bei Sachvereinigungen infolge der Zerstörung oder Beschädigung eines zugehörigen Stückes ein anderes körperlich unversehrtes Stück wertlos und kann diese Entwertung durch den Ersatz des beschädigten Stückes allein nicht behoben werden, so umfaßt der Ersatz des beschädigten Stückes auch den Betrag, der nötig ist, das wertlos gewordene unversehrte Stück zu ersetzen. Bei bloßer

Wertminderung des unversehrten Stückes kann im Hinblick auf §§ 55, 59, 89 VVG. die Schadensersatzpflicht hierauf nicht erstreckt werden. Die Höhe des Schadensersatzes wird durch § 86 VVG. modifiziert. Hiernach nur Ersatz des beschädigten Sessels, der zu einer Garnitur gehört, deren Bezug nicht mehr zu beschaffen ist. Dagegen Ersatz beider Stiefel, wenn auch nur einer verbrannt ist.

II. Rückwirkung des § 54 VVG. LeipzZ. **13** 495, R. **12** Nr. 2756 (Colmar). Die Vorschrift des § 54 VVG. findet auch auf die schon vor dem Inkrafttreten des VVG. geschlossenen Versicherungsverträge Anwendung.

III. Wegen der Kompensation der einzelnen Positionen des Antrags vgl. zu § 86 VVG.

§ 55. (Vgl. JDR. **10** 1252.) VAPV. **13** 111. Unzulässig ist die Bestimmung, daß bei kleinen Mobiliarversicherungen bis 100 M. Schadenshöhe auf Beibringung eines Inventarverzeichnisses verzichtet werden könne. Sonst würde der Grundsatz verletzt werden können, daß die Versicherung nicht zu einer Bereicherung führen soll.

§ 57. (Vgl. JDR. **10** 1253, 8 1081.) Literatur: Eberstadt, Taxwesen und Realkredit, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 1 ff. (s. zu § 87 VVG.).

Wegen der taxierten Police s. zu § 87 VVG.

§ 58. Vgl. JDR. 8 1081.

§§ 59, 60. Doppelversicherung. (Vgl. JDR. **10** 1253, 8 1082.) Literatur: Adler, Über Doppelversicherung und Überversicherung, LeipzZ. **12** 497 ff., 633.

I. Doppel- und Überversicherung. Adler, LeipzZ. **12** 497 ff., 633, vergleicht die Regelung der Doppel- und der Überversicherungen im deutschen und schweizerischen VVG. und in den österreichischen Vorlagen sowie in seinem eigenen Entwurfe zu einem österr. VVG., insbesondere im Konkursfalle, bei der Ausgleichungsfrage und in verwickelten Fällen, für die er Lösungen mit Hilfe der Algebra gibt. In einem Nachworte weist er auf die Anwendbarkeit der von ihm de lege ferenda gemachten Vorschläge mit der Regelung der Gesamthaftung und der Ausgleichungsansprüche bei der Mitbürgschaft hin.

II. Voraussetzungen für das Vorliegen einer Doppelversicherung. 1. LeipzZ. **12** 949 (Colmar). Doppelversicherung liegt vor, wenn dasselbe Haus von dem Eigentümer und von dem zufolge Mietvertrags zur Eingehung einer Versicherung verpflichteten Mieter versichert worden ist.

2. Wegen der Frage, ob eine Doppelversicherung vorliegt, wenn von dem einen Konkurrenzinteressenten der volle Sachwert, von einem anderen aber dessen spezifisches Interesse versichert wird, vgl. Lenné, ZVersWiss. **12** 1224 ff., s. zu § 74 VVG.

III. Beweislast. MittöffFeuerversAnst. **12** 55 (Hamburg). Den Beweis für das Vorliegen der Voraussetzungen einer Doppelversicherung hat im Zweifel der Versicherer zu führen. — Eine Vermutung für das Vorliegen einer Doppelversicherung wird nicht schon durch die Tatsache begründet, daß in zwei Policen derselbe Gegenstand gegen dieselbe Gefahr mit derselben Summe versichert ist.

IV. Vertragliche Behandlung der Doppelversicherung. 1. **RG.** Sörgel **12** 879. Ruht die Entschädigungspflicht während des Bestehens einer anderen Versicherung, so haftet der Versicherer im Schadenfalle gleichwohl nicht für die Kosten des Rechtsstreits über jene anderweitige Versicherung, mag er auch diesem Prozeß als Nebenintervenient beigetreten sein.

2. HansGZ. **12** Beibl. 117 (Hamburg). Wenn nach den Bedingungen die Entschädigungspflicht des Versicherers ruht, falls der Versicherer die versicherten Gegenstände anderweit versichert, so gilt dies doch nicht schon für den bloßen Abschluß der zweiten Versicherung, also dann nicht, wenn die zweite Versicherung un-

gültig ist oder doch eine Klausel enthält, auf Grund deren unter den Beteiligten nachträglich die Ungültigkeit der zweiten Versicherung rechtskräftig festgestellt wird.

3. LeipzZ. **12** 871 (Colmar). Die Antragsfragen: a) „Waren Sie bisher schon gegen Haftpflicht versichert und ...?", b) Im Falle der Bejahung ...: „Ist die Versicherung von Ihnen oder von der Gesellschaft gekündigt ...?" beziehen sich nur auf erledigte, nicht aber auf noch bestehende Versicherungen. Auch ohne ausdrückliche Antragsfrage muß nach allgemeinen Grundsätzen der Versicherungsnehmer das Bestehen einer Doppelversicherung anzeigen. Die bedungene Verwirkung des Versicherungsanspruchs tritt aber nur ein, wenn ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt (altes Recht).

4. VAPV. **13** Anh. 37, LeipzZ. **12** 949 (Colmar). Entschuldbarkeit des Unterlassens der bedingungsgemäßen Anzeige von Doppelversicherung, wenn der Versicherungsnehmer die weitere Versicherung nicht kannte und nicht zu kennen brauchte (Mieter, der kraft Mietvertrags zur Versicherung des vermieteten Hauses verpflichtet ist; gegenüber dem Vermieter, zu dessen Gunsten die Versicherung genommen ist, kann keine Verwirkung geltend gemacht werden, weil er vor dem Versicherungsfalle dem Versicherer gegenüber keine Verpflichtungen hatte, also auch zur Anzeige der von ihm genommenen Versicherung nicht verpflichtet war).

V. Über den Ausschluß der Täuschungsanfechtung wegen der Doppelversicherung s. Keup, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 38 ff., vgl. oben zu § 1 VVG. unter VIII 1.

VI. Wegen der Stellung des Nießbrauchers vgl. Kisch, R. **13** 763 ff., 789 ff., s. vor §§ 49 ff. VVG.

VII. Wegen des sog. Schutzes durch mittelbare Versicherung seitens des Obhutspflichtigen beim Zusammentreffen mit der vom Sacheigentümer genommenen Versicherung vgl. Josef, ZVersWiss. **12** 778 ff., s. zu § 74 VVG.

VIII. Wegen der Prämienverrechnung bei vorzeitiger Kündigung der Feuerversicherung durch die Gesellschaft wegen anderweiter Versicherungsnahme auf Grund von § 9 u. § 19 der Verbandsbedingungen vgl. DVersZ. **12** 73.

IX. Landesrechtliche Regelung der Doppelversicherung. 1. Württemberg. WürttJ. **12** 27 (Stuttgart). Nach Artt. 42, 43 Württ. Gebäudebrandversicherungs G. vom 14. März 1853 ist Doppelversicherung der bei der Gebäudebrandversicherungsanstalt versicherungspflichtigen Gebäude verboten. Die dieser Vorschrift widersprechenden Verträge sind aber nicht nichtig. Für die Entscheidung über das (Art. 42 Abs. 1 jenes G.) Vergehen der Doppelversicherung entscheiden jetzt nicht mehr Verwaltungsrat bzw. Geheimer Rat, sondern die Strafkammern (Art. 49 WürttG. betr. Änderungen des Polizeistrafrechts vom 27. Dezember 1871). Deshalb ist jetzt kein Raum mehr für die in Artt. 42 Abs. 2, 43 des näheren geregelte Entscheidung, daß der Entschädigungsanspruch vom Verwaltungsrate bzw. Geheimen Rate für verwirkt erklärt werden solle. Denn das Gesetz ging davon aus, daß eine und dieselbe Behörde über Strafe und Verwirkung entscheiden sollte (aM. Schicker, Württ. Polizeistrafrecht § 49 Abs. 2).

2. Preußen. Wegen § 2 G. vom 8. Mai 1837 (vgl. JDR. **10** 1255) vgl. Reger **31** 410 (KG.), s. oben vor §§ 1 ff. VVG. unter VII 7.

§ 61. (Vgl. JDR. **10** 1255, **8** 1082.) Literatur: Bauchwitz, Über das Recht zur schuldhaften Herbeiführung des Versicherungsfalls, ZVersWiss. **12** 661 ff. — Heine, Zu § 61 VVG., MittöffFeuerversAnst. **13** 496. — Hercher, Die Anwendung des § 278 BGB. auf das Verhältnis des Versicherungsnehmers zum Versicherer nach dem

VVG. Diss. Heidelberg 1912. — Josef, Vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls, ZVersWiss. **13** 233 ff. — Derselbe, Brandstiftung in der Ehe, GesuR. **12** 553 ff. — Batke, Das Verschulden im VVG. Diss. Greifswald 1911.

I. Gebot der Menschlichkeit. 1. Bauchwitz, Über das Recht zur schuldhaften Herbeiführung des Versicherungsfalls, ZVersWiss. **12** 661 ff. Das Recht auf Schuld, d. h. das Recht zu schuldhaftem Handeln, ist abhängig von einer Pflicht zum Schutze. Die Herbeiführung des Versicherungsfalls muß nötig sein, um höhere Pflichten des Versicherten zu erfüllen. Unentschuldbarer Vorsatz besteht nur, wenn der Täter sich durch die Kenntnis von der Tragweite seiner Handlung hätte von ihrer Vornahme abhalten lassen sollen, wenn er aber gerade durch diese Kenntnis von ihr zum Handeln bestimmt wird. Wer einem anderen das Leben retten will, darf dies nicht ohne jede Vorsicht und Überlegung und nicht ohne jede Aussicht auf Erfolg tun. Begründet ist der Beistand, wenn er kraft Gesetzes, Amtes oder Vertrags geleistet wird. Mindestens eine freiwillig übernommene Pflicht ist erforderlich.

2. Josef, ZVersWiss. **13** 237. Der Versicherungsanspruch besteht, wenn der Landwirt sein Pferd zu Schanden hetzt, um für sein krankes Kind einen Arzt zu holen oder um sich und die anderen Wageninsassen vor einer Gefahr zu retten. Eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Herbeiführung des Todes des Pferdes liegt nicht vor, weil der Landwirt zwar die naheliegende Möglichkeit des Todes in seine Vorstellung aufnimmt, seine Vorstellung sich zwar auf diesen möglichen Nebenerfolg erstreckt, sein Wille aber in bezug auf diesen Nebenerfolg gleichgültig oder vielmehr geradezu ablehnend ist.

II. Vorsatz. 1. Josef, Vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls, ZVersWiss. **13** 233 ff. Nach Sinn und Zweck jeder einzelnen Art der Versicherung ist zu prüfen, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit man sagen kann, der Versicherungsnehmer habe den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt. Soweit nicht das besondere Rechtswesen der einzelnen Versicherungsart in Betracht kommt, ist vorsätzlich jede Handlung, die wissentlich und willentlich geschieht; hat z. B. der Versicherungsnehmer seine Sache absichtlich verbrannt, weil er sie für wertlos hielt, so ist der Versicherer leistungsfrei, obwohl jener insoweit versehentlich gehandelt hat, als er über den Wert im Irrtume war.

2. SaskisVersZ. **13** 117 bespricht die fingierten Einbrüche und das Einschreiten der Versicherungsgesellschaften gegen derartige Manipulationen.

3. SaskisVersZ. **13** 133 ff., 137 ff. behandelt die Aufdeckung der Brandstiftungen.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1145, WallmVersZ. **47** 2305, R. **13** Nr. 1534. Unter die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls, die die Entschädigungspflicht ausschließt, fällt auch der sog. Eventualdolus. Er liegt aber nur dann vor, wenn der Handelnde einen weiteren Erfolg seines Tuns als den, den er unmittelbar wollte, sich als sichere Folge seiner Handlung vorgestellt und gebilligt hat, wenn er also die Handlung auch dann vorgenommen hätte, wenn er sich jenen Erfolg als sicher vorgestellt hätte (verneint bei Körperverletzung, die eintrat, obwohl der Versicherungsnehmer nur Schreckschüsse abgeben wollte).

III. Fahrlässigkeit. 1. **RG.** Sörgel **13** 945. Grobe Fahrlässigkeit ist besonders schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Hat das Berufungsgericht diesen Rechtsbegriff nicht erkannt, so liegt die Frage, ob das festgestellte Verhalten des Versicherten ein grobfahrlässiges ist, auf tatsächlichem Gebiet, ist also in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 489. Ein Bahnarzt handelt, mag er auch abgespannt und in Gedanken versunken gewesen sein, grob fahrlässig, wenn er sich achtlos auf einem 3 m breiten Zwischenraume zwischen zwei von einlaufenden Zügen befahrenen Geleisen bewegt und von einem Zuge erfaßt wird.

3. **RG.** VersAnn. **13** 752. Kein eigenes Verschulden, wenn der Versicherungsnehmer (Einbruchsdiebstahl) bei einer Reise den Geldschrankschlüssel seiner schon mehrere Jahre bei ihm tätigen Buchhalterin in Verwahrung gibt, die ihn dann — ohne sein Vorwissen — in dem im gleichen Raume wie der Geldschrank stehenden Schreibpulte verwahrt. Keine Haftung für fremdes Verschulden.

4. MittöffFeuerversAnst. **13** 434 (Norweg. Höchstgericht). Keine Fahrlässigkeit, wenn der Versicherungsnehmer einer Einbruchsversicherung die Schlüssel zum Geldschrank im Kontor in einem verschlossenen Pulte aufbewahrt.

5. VAPV. **13** Anh. 89, MittöffFeuerversAnst. **13** 595 (Düsseldorf). Steckenlassen des Schlüssels in der Kontortür stellt kein Verschulden dar unter der Voraussetzung, daß die Haustür verschlossen gehalten wurde. Ebenso liegt kein Verschulden darin, daß die Geldschrankreserveschlüssel, aber getrennt und zum Teil in anderen Zimmern und unter Verschluß, in den versicherten Räumen aufbewahrt werden. Eine derartige Aufbewahrung kann in dem Geschäftsbetriebe nötig sein.

6. DVersZ. **12** 31 ff., wendet sich gegen die Ansicht des KG., daß eine Tür, die außer einem Schließschlosse noch ein Schnappschloß hat, nur dann als verschlossen im Sinne der Versicherungsbedingungen angesehen werden könne, wenn das Schließschloß zugeschlossen sei.

7. VAPV. **12** Anh. 117 (Königsberg). Keine grobe Fahrlässigkeit, wenn der Ehemann seiner Ehefrau gestattet oder aufträgt, zwecks Beseitigung von Motten das von ihr schon mehrfach benutzte Mittel der Ausschwefelung des Mobiliars usw. anzuwenden.

8. MittöffFeuerversAnst. **12** 23 (BadVerwGH.). Die Tatsache, daß polizeiliche Anordnungen zum Ausbrennen von Wohnräumen usw. erfolgt waren und daß diese keine näheren Anweisungen über die Art und Weise der Ausführung gaben, kann von dem Vorwurfe grober Fahrlässigkeit bei ihrer Befolgung nicht befreien (§ 5 BadGebäudeversicherungsG.).

9. LeipzZ. **13** 332 (Hamburg). Verschulden des Versicherungsnehmers zu verneinen, wenn er den Bau der (die Schadensursache bildenden) Kaimauer einem als tüchtig bekannten Bauunternehmer übertragen und überdies einem als maßgebend geltenden Fachmanne die Nachprüfung des Baues übertragen hatte. Für seinen Vertreter (Vize), der übrigens bei dem kurzen Bestehen der Anlage eine Untersuchungspflicht nicht hatte, haftet er nur, wenn dieser die Mangelhaftigkeit der Anlage gekannt oder Zweifel in dieser Richtung gehabt hat.

IV. Haftung für Dritte. 1. Heine, Zu § 61 VVG., MittöffFeuerversAnst. **13** 467. Auch die Handlung eines mehrerer Miterben und zwar auch eines unmündigen vernichtet den Versicherungsanspruch aller Erben. Dagegen bleibt der Anspruch bestehen, wenn der Vormund handelt.

2. SeuffA. **67** 266, LeipzZ. **12** 870, MittöffFeuerversAnst. **12** 205 (Hamburg). Der Versicherungsanspruch aus einer vom Erblasser genommenen Versicherung wird verwirkt durch das Verschulden auch nur eines der Miterben, für deren Rechnung der Testamentsvollstrecker das unter nichteingetragener Firma betriebene Handelsgeschäft weiterführt.

3. **RG. 82** 43, VAPV. **13** Anh. 131, R. **13** Nr. 2806, JW. **13** 1111. Wenn der Versicherte Hilfspersonen mit einer Tätigkeit in bezug auf das versicherte Gut betraut, so bedient er sich ihrer nicht im Sinne von § 278 BGB., denn die Vermeidung von Fahrlässigkeit in bezug auf das versicherte Interesse gehört nicht zu den Pflichten des Versicherten gegenüber dem Versicherer. Jedenfalls steht Verschulden eines Gehilfen oder Vertreters dann dem Schadensersatzanspruche gegen den Versicherer nicht entgegen, wenn die den versicherten Gütern

durch solche Personen drohende Gefahr gerade einen Teil des versicherten Interesses bildet. Ob das der Fall ist, ist durch Auslegung festzustellen (bejaht für den Fall der Versicherung von Reis, lagernd im Hamburger Hafen, einschließlich Verholen von einem Platze zum anderen).

4. Wegen der Wirkung von Brandstiftungen durch die Ehefrau s. Josef, Die Einwirkung des ehelichen Güterrechts auf die Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 177 ff., vgl. unten zu § 81 VVG.

5. VAPV. **12** Anh. 117 (Königsberg). Keine Haftung für das Verschulden der Familienangehörigen (Ausschwefeln).

6. MittöffFeuerversAnst. **13** 435 (Breslau). Wenn bedungen ist, daß ein Versicherungsanspruch nicht bestehen soll, wenn die Diebstähle durch Hausangehörige vorsätzlich herbeigeführt sind, so fällt hierunter jede Form der Teilnahme (Täterschaft, Anstiftung, Beihilfe) und zwar auch von Dienstboten, gleichgültig, ob die Diebstähle in der Wohnung oder im Geschäftslokale verübt worden sind.

7. HansGZ. **13** Beibl. 29 (LG. Hamburg). Mangels ausdrücklicher Bestimmung besteht keine Haftung des Versicherungsnehmers für Verschulden seiner Ehefrau und sonstigen Hausangehörigen, weil sonst der Zweck der Versicherung zum größten Teile vereitelt werden würde.

8. Wegen der Stellung des Nießbrauchers s. Kisch, R. **13** 763 ff., 789 ff., vgl. vor §§ 49 ff. VVG.

9. Wegen der Frage, wessen Verschulden bei der Versicherung für fremde Rechnung maßgebend ist, das des Versicherungsnehmers oder das des Versicherten s. Lenné, ZVersWiss. **12** 1239 ff., vgl. zu § 74 VVG.

10. Vgl. wegen des Verschuldens Dritter auch VAPV. **13** Anh. 91 (Stuttgart), s. zu § 74 VVG.

V. Beweislast. 1. Schuldlosigkeitsattest bei Feuerversicherung. VAPV. **12** 195. Ein Schuldlosigkeitsattest des zuständigen Amtsvorstehers, daß der Auszahlung der Brandentschädigung nichts entgegenstehe, genügt. Der Versicherungsgeber kann nicht noch ein staatsanwaltschaftliches Schuldlosigkeitszeugnis fordern. Vielmehr ist es seine Sache, die seiner Meinung nach nötigen Feststellungen zu treffen, wenn er Bedenken hat.

2. Wegen der Beweislast für die Schuldlosigkeit bei Verletzung von Obliegenheiten im allgemeinen vgl. zu § 6 VVG. unter III u. § 16 VVG. unter VII.

VI. Prozessuales. 1. Beweislast. **RG.** JW. **12** 312, VAPV. **12** Anh. 59. Die Bestimmung, daß Unfälle ausgeschlossen seien, „von denen festgestellt worden ist, daß sie durch Vorsatz des Versicherungsnehmers herbeigeführt worden sind", legt dem Versicherer die Beweislast auf.

2. Wegen der Wirkung von Vorentscheidungen über die Frage des Vorsatzes vgl. VAPV. **12** Anh. 57 (KG.) u. VAPV. **12** Anh. 59 (**RG.**), oben zu § 150.

§ 62. (Vgl. JDR. **10** 1257, **8** 1085.) I. Umfang der Rettungspflicht. 1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 304. Wenn ein Teil der Habe des Versicherungsnehmers unversichert ist, so ist er berechtigt, zunächst diesen Teil zu retten.

2. **RG.** WallmVersZ. **46** 1126, VersAnn. **13** 425. Unbedingte Pflicht des Versicherungsnehmers, bei Kenntnis von erheblichen Schiffsunfällen persönlich die versicherten Waren zu besichtigen und hierzu auch Reisen zu unternehmen (Hamburg—Rotterdam).

3. Wegen der Verweigerung des Parteieids seitens des

Haftpflichtversicherten im Prozesse mit dem geschädigten Dritten s. zu § 150 VVG.

II. Verletzung der Rettungspflicht. 1. **RG.** JW. **12** 312, R. **12** Nr. 2434, MittöffFeuerversAnst. **12** 208. Eine Verletzung der gebotenen Rettungs- und Erhaltungspflicht liegt schon dann vor, wenn der Versicherte einen anderen ernstlich und bewußt aufgefordert hat, versicherte Gegenstände zu zerstören oder zu beschädigen, gleichgültig, ob der bezweckte Erfolg eingetreten ist oder nicht.

2. **RG.** WarnE. **13** Nr. 270, VAPV. **13** Anh. 127, VersAnn. **44** 241. Begriff der „Böswiligkeit", an die der Versicherungsvertrag den Verlust des Versicherungsanspruchs knüpft. Erheblichkeit des Einwandes des Einbruchsdiebstahlversicherers, daß der Versicherungsnehmer gegen die Bedingungen verstoßen und die zur Wiedererlangung der gestohlenen Sachen (Kraftwagen) erforderlichen Schritte nicht getan habe.

III. Folgen der Verletzung. **RG.** VAPV. **13** Anh. 127, R. **13** Nr. 1104, WarnE. **13** Nr. 270. Ein schuldhaftes Zuwiderhandeln gegen die Rettungspflicht im Sinne von § 62 VVG. kann, auch wenn die Bedingungen Verwirkung nicht vorschreiben oder die hierfür gegebenen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, ein schuldhaftes Verletzen von Vertragspflichten mit den Rechtsfolgen darstellen, die, abgesehen von vertraglichen Abmachungen hierüber, im Gesetz an schuldhaftes Verhalten einer Vertragspartei geknüpft sind. Demgemäß kann unter Umständen die Entschädigungspflicht ausgeschlossen sein als Folge des zu leistenden Schadensersatzes.

IV. Wegen der Versicherung für fremde Rechnung s. Lenné ZVersWiss. **12** 1239 ff., vgl. zu § 74 VVG.

§ 63. Literatur: Seydel, Kann der Fabrikarbeiter, der sich am Löschen eines plötzlich in der Fabrik seines Herrn ausgebrochenen Brandes beteiligt, Ersatz der geleisteten Arbeit und der dabei beschädigten Kleidung von der Versicherungsanstalt verlangen, bei der der Fabrikherr versichert ist? MittöffFeuerversAnst. **12** 276. — Josef, Schadensersatz bei Feuerlöschhilfe, LeipzZ. **13** 752. — Derselbe, Über die Haftpflicht der Gemeinden und Dritter für Beschädigungen bei Löscharbeiten, MittöffFeuerversAnst. **13** 311 ff. (s. zu § 121 VAG.). — Vgl. im übrigen die Literatur zu § 121 VAG.

I. Ersatz für Aufwendungen und Schäden Dritter bei der Löschhilfe. 1. Josef, Schadensersatz bei Feuerlöschhilfe, LeipzZ. **13** 752. Im Hinblick auf § 62 VVG. kann man nicht sagen, daß ein Dritter, der sich an den Löscharbeiten beteiligt, hierdurch ein Geschäft der Versicherungsgesellschaft führe; LG. I Berlin, DJZ. **13** 416, wendet zu Unrecht § 677 BGB. gegenüber der Gesellschaft an. Sonst könnte auch die Feuerwehr für ihre Aufwendungen schlechthin Ersatz verlangen. Unter Aufwendungen im Sinne von § 62 VVG. ist nur die auf freiem Willen beruhende Aufopferung zu verstehen, während der Dritte, obwohl er die Gefahr wissentlich auf sich nahm, das Opfer an seiner Kleidung nicht gewollt hat.

2. Seydel, MittöffFeuerversAnst. **12** 276. Der beim Fabrikbrande helfende Fabrikarbeiter kann Ersatz für die aufgewendete Arbeit von seinem Herrn auf Grund der Vorschriften über die auftraglose Geschäftsführung, von dem Versicherer seines Herrn aber nur auf Grund der Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung fordern. Schäden, die er hierbei an seiner Kleidung erleidet, kann er weder aus dem einen noch aus dem anderen rechtlichen Gesichtspunkt ersetzt verlangen.

3. DVersZ. **13** 47. Ein Anspruch der bei der Löschung helfenden Personen auf Ersatz ihrer beschädigten Kleidung gegenüber der Versicherungsanstalt besteht nach §§ 677 ff. BGB. nicht.

4. VAPV. 12 Anh. 40, MittöffFeuerversAnst. 12 306 (LG. I Berlin). Der Angestellte, dessen Kleidung bei Löscharbeiten in der Fabrik seines Arbeitgebers beschädigt wird, hat auf Grund von § 683 BGB. einen Ersatzanspruch gegen die Versicherungsgesellschaft, bei der der Arbeitgeber versichert ist.

II. Wegen der Haftung der Feuerwehr und der Gemeinden sowie wegen ihrer Ansprüche wegen der Löschhilfe s. zu § 121 VAG.

III. ÖstZBl. 12 449 (ÖstOGH.). Der Regreßanspruch des Brandschadenversicherers gegen den für den Schaden verantwortlichen Dritten erstreckt sich nur auf den Schaden selbst, nicht auch auf die Kosten der Liquidierung und Abschätzung des Schadens.

§ 64. (Vgl. JDR. 10 1257, 1328, 8 1085, 1142). Literatur: Krüger, Das Expertise-Verfahren in der Feuerversicherung (Vortragsbericht), MittöffFeuerversAnst. 12 270 ff. — Wedemeyer, Von der Schiedsgutachterklausel und vom Rücktritt eines Schiedsgutachters, MittöffFeuerversAnst. 13 Beih. 100 ff. — SaskisVersZ. 13 189, Wirkung des Rücktritts eines Sachverständigen. — Frankenberg, ordentlicher Rechtsweg oder Schiedsgericht, ÖsterrRev. 13 277 ff.

I. Voraussetzung und Umfang der Tätigkeit der Schiedsgutachter. 1. R. 12 Nr. 2757, LeipzZ. 13 495, MittöffFeuerversAnst. 12 653 (Colmar). Voraussetzung der Anwendbarkeit von § 64 VVG. ist, daß nach dem Versicherungsvertrage die Parteien den Sachverständigen die Aufgabe von Schiedsgutachtern übertragen wollten, d. h. von Gutachten, die für beide Parteien verbindlich sein sollten. Sollte dies nicht der Fall sein, dann sind die Parteien an das Gutachten nicht gebunden, mag ihm auch, weil kurz nach dem Versicherungsfall aufgenommen, in der Regel großer Beweiswert zukommen.

2. Ebenso VAPV. 13 Anh. 61 (Cöln).

3. **RG.** MittöffFeuerversAnst. 13 674. Mangels entgegenstehender ausdrücklicher Vertragsbestimmung sind die Sachverständigen nicht nur zur Feststellung des Wertes, sondern auch zur Feststellung der Art und Menge der gestohlenen Sachen bei Einbruchsdiebstahlversicherungen berechtigt.

4. VAPV. 13 Anh. 37, LeipzZ. 12 949, ElsLothJZ. 38 12 (Colmar). Wider Treu und Glauben verstößt der Versicherer, der seine Verpflichtung bestritten und das Verlangen des Versicherungsnehmers auf Abschätzung zurückgewiesen hat, dann aber nach kurzer Zeit, nachdem inzwischen längst die Brandreste beseitigt sind, und eine Abschätzung unmöglich geworden ist, gegenüber der Klage geltend macht, es müsse erst das Abschätzungsverfahren vor sich gehen, das Gericht könne über die Höhe nicht entscheiden.

II. Verhältnis der Schiedsgutachter zu den Parteien. 1. Wedemeyer, Von der Schiedsgutachterklausel und vom Rücktritt eines Schiedsgutachters, MittöffFeuerversAnst. 13 Beih. 100 ff. Der Schiedsgutachter steht in einem Vertragsverhältnis und zwar zu beiden Parteien, auch dann, wenn jede Partei einen der beiden Schiedsgutachter ernennt und zu bezahlen hat (falsch WallmVersZ. 12 1169 ff., 1172). Das gleiche gilt vom Obmanne, der zu beiden Parteien und nur zu ihnen im Vertragsverhältnisse steht. — Für die Frage der Zulässigkeit und Wirkung des Rücktritts (im weitesten Sinne, also jede Einstellung der Tätigkeit) ist die Bezahlung wesentlich. — Fehlt sie, dann kann jederzeit der Auftrag zur Erstattung des Gutachtens widerrufen werden, aber nur von beiden Parteien, nicht von einer Partei allein. Für den Widerruf des Schiedsgutachters gilt § 671 BGB., aber mit der Einschränkung, daß nach Lage der Sache ein stillschweigender Verzicht des Schiedsgutachters auf das Recht jederzeitiger Kündigung als gewollt zu unterstellen und daß demgemäß der Schiedsgutachter nur nach Abs. 3 von § 671 kündigen kann, also nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes.

Bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist der besondere Charakter des Schiedsgutachtervertrags zu berücksichtigen. Die Vollstreckung des auf Erteilung des Gutachtens gerichteten Urteils ist nach § 888 Abs. 1 ZPO. zulässig. Die bloße Weigerung des Gutachters oder die Verzögerung der Abgabe des Gutachtens hat nicht die Folge, daß auch die Verpflichtung des Gutachters gegenüber den Parteien hinfällig würde. Die auf diesen Fall sich beziehenden Bestimmungen in § 319 BGB., §§ 64, 183 VVG. beziehen sich nur auf das Verhältnis der Parteien zueinander und sie machen den Schiedsgutachtervertrag nicht ohne weiteres hinfällig, sondern geben nur den Parteien das Recht, sich an das Staatsgericht zu wenden, statt zunächst an die Schiedsgutachter. — Ist Bezahlung vereinbart, dann sind nicht die Regeln des Werkvertrags, sondern die des Dienstvertrags anzuwenden, besonders wichtig für die Frage, ob der Gutachter Bezahlung auch dann beanspruchen kann, wenn das Gutachten falsch und wenn es offenbar unbillig ist. Maßgebend ist § 675 BGB. Für die Möglichkeit der Kündigung gilt § 626 BGB. § 627 BGB. ist nicht anwendbar. Die Vollstreckung eines auf Erstattung des Gutachtens gerichteten Urteils ist nach § 888 Abs. 2 ZPO. unzulässig. — Die Schwierigkeiten, die sich bei Anwendung der Vertragstypen des BGB. ergeben, führen zu dem Schlusse, daß der Schiedsgutachtervertrag keiner dieser Vertragstypen zuzurechnen, sondern als ein Vertrag eigner Art zu behandeln ist. Aus seinem Wesen lassen sich unschwer die Regeln entnehmen, nach denen er zu behandeln ist. Die Scheidung danach, ob Bezahlung vereinbart ist oder nicht, ist nicht geboten. Die Vollstreckung des gegen den Schiedsgutachter ergehenden Urteils ist in allen Fällen zuzulassen. Sein Rücktritt ist nur aus wichtigen Gründen zu gestatten. Gegebenenfalls macht er sich schadensersatzpflichtig.

2. SasKisVersZ. **13** 189, Wirkung des Rücktritts eines Sachverständigen. Bei Rücktritt vor Erstattung des Gutachtens tritt ein neu zu ernennender Sachverständiger an die Stelle des zurücktretenden. Der Gegner kann nicht widersprechen. Ob die Partei, die den Zurücktretenden ernannt hatte, den Sachverständigen zum Gutachten zwingen kann, hängt von den zwischen ihr und dem Sachverständigen getroffenen Abmachungen und von den Umständen ab, ebenso ob sie Schadensersatz verlangen kann. — Der Rücktritt nach Erstattung, Unterzeichnung und Herausgabe des Gutachtens ist einflußlos. Das Gutachten unterliegt der gewöhnlichen Anfechtung nach § 64 VVG. und zwar seitens beider Parteien. Der Rücktritt bildet keinen besonderen Anfechtungsgrund. — Der Rücktritt nach der Wahl des Obmanns, aber vor der Beendigung der Schätzung durch die Sachverständigen ist nicht nach § 64 Abs. 1 Satz 3 VVG. zu beurteilen. Die Obmannswahl bleibt gültig. Die Partei, die den Sachverständigen ernannt hatte, ernennt einen anderen, der dann in das Verfahren an der Stelle eintritt, wo der zurücktretende Sachverständige aufgehört hat. Das Verfahren ist nicht gescheitert. Deshalb ist nicht die neue Ernennung beider Sachverständiger und die Neuwahl des Obmanns nötig.

III. Bildung der Schiedsgutachterkommission durch die Parteien. 1. Ablehnung der Schiedsgutachter durch die Parteien. **RG.** Sörgel **13** 122. Daß ein früheres Gutachten schon einmal mit Erfolg angefochten wurde, genügt allein nicht zur Ablehnung in einem neuen Verfahren.

2. Unfähigkeit der Schiedsgutachter. **RG.** R. **13** Nr. 1714. Unklarheiten und Schwierigkeiten, die in den gegebenen Verhältnissen liegen, rechtfertigen noch nicht die Annahme, daß der Gutachter die Bestimmung nicht treffen könne.

3. Tod des Obmanns. VAPV. **13** 110. Wenn bedingungsgemäß die Schiedsgutachter einen Obmann zu ernennen und dies auch schon getan haben, dann aber noch vor Erledigung des Gutachtens ein Gutachter

stirbt, so ist das Schiedsgutachterverfahren nach § 64 Abs. 1 Satz 3 VVG. als gescheitert anzusehen. Ein neues Verfahren kann nur stattfinden, wenn die Beteiligten sich darauf einigen. In dem neuen Verfahren haben die Gutachter völlig freie Hand. Insbesondere können sie auch einen anderen Obmann wählen.

4. Wegen des Rücktritts der Schiedsgutachter s. oben unter II.

IV. Ernennung der Schiedsgutachter durch das Gericht. 1. KGJ. **43** 8, RJA. **13** 213, R. **13** Nr. 2807 (KG.). Die Verfügung, durch die dem Antrag auf Ernennung eines Sachverständigen zur Feststellung die Höhe des Schadens im Falle der Schadensversicherung stattgegeben wird, ist auch dann unanfechtbar, wenn gerügt wird, daß das AG. bei seiner Entscheidung von unzutreffenden Voraussetzungen ausgegangen sei. Denn der Zweck der Bestimmung im § 64 Abs. 2 Satz 3 VVG. ist der, das Schiedsgutachterverfahren zu beschleunigen. Doch kann der Einwand, daß das AG. von falschen Voraussetzungen ausgegangen sei, später in dem Schadensersatzprozesse vorgebracht werden, um den Wert und die bindende Kraft des Schiedsgutachtens zu bekämpfen.

2. RJA. **12** 213, KGJ. **43** A 9 (KG.). Zur Entscheidung über Beschwerden gegen Entscheidungen betreffend die Ernennung von Schiedsgutachtern (§ 64 Abs. 2 VVG.) ist für Preußen das Kammergericht zuständig.

V. Verfahren vor der Kommission. 1. Stellung des Obmanns. VAPV. **13** 110. Es besteht keine Pflicht des Obmanns, mit den Schiedsgutachtern vor Abgabe seines Gutachtens persönlich zu verhandeln. Es muß seinem pflichtmäßigen Ermessen überlassen bleiben, ob er solche Verhandlungen für nötig und zweckmäßig hält.

2. Rechtliches Gehör. Mitteilungspflicht. VAPV. **13** 111. Die Gutachter und der Obmann müssen entgegennehmen, was der Versicherungsnehmer zur Begründung seiner Ansprüche anführt. Ihm muß vor der Abgabe an den Obmann von dem Gutachten der Schiedsgutachter auf sein Verlangen Kenntnis gegeben und die bedingungsgemäße Abschrift erteilt werden, und zwar sobald die Gutachten vorliegen, nicht erst, wenn der Obmann es anordnet.

3. Abschriften. a) VAPV. **12** Anh. 118 (Oldenburg). Kein Recht auf Abschrift des Gutachtens, das der vom Gegner ernannte Gutachter abgegeben hat, bevor der eigene Gutachter sich geäußert hat. b) Vgl. auch oben unter V 2.

4. **RG.** VAPV. **13** Anh. 66, R. **12** Nr. 3499. Betrug des Versicherungsnehmers gegenüber den Schiedsgutachtern berechtigt die Gesellschaft nicht ohne weiteres zur Verweigerung der Versicherungssumme, sondern erst dann, wenn die Schiedsgutachter ihr Gutachten erstattet haben.

VI. Formelle Mängel der Schiedsgutachten. 1. **RG.** R. **13** Nr. 425, VAPV. **13** Nr. 742, JW. **13** 219, WallmVersZ. **47** 937. Die Unwirksamkeit eines Schiedsgutachtens kann nicht aus jeder noch so unbedeutenden Abweichung von den Verfahrensvorschriften hergeleitet werden, die von einer Versicherungsgesellschaft in der „Geschäftsordnung" aufgestellt sind, nach der sich die Schiedsgutachter zu richten haben. Vielmehr ist mindestens die Möglichkeit zu fordern, daß durch Übertretung jener Vorschriften eine Benachteiligung der die Unwirksamkeit behauptenden Partei eingetreten sei. Das kann vorliegen, wenn die beiden Gutachter verbotswidrig den erst später event. mit dem Obergutachten zu betrauenden Obmann von vornherein beratend hinzuziehen.

2. Wegen des Erfordernisses erschöpfender und klarer Behandlung **RG.** LeipzZ. **12** 563, s. zu § 184 VVG.

VII. Materielle Mängel der Schiedsgutachten. 1. Allgemeine Richtlinien für die Anfechtung von Schiedsgut-

achten. a) R. 13 Nr. 3304 (Hamburg). Durch die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens begeben sich die Parteien einer in allen Punkten auf unanfechtbare Nachweise gestützten Schadensfeststellung, wie sie durch das Gericht erfolgen müßte, und begnügen sich mit einer ex aequo et bono durch ihre Vertrauensmänner aus den diesen zugänglich gemachten Erkenntnisquellen in Verbindung mit ihrer besonderen Erfahrung geschöpften verständigen annähernd zutreffenden Entscheidung. Zur Anfechtung genügt daher nicht der Nachweis, daß die Gutachter von falschen Voraussetzungen ausgegangen sind. Vielmehr muß auch nachgewiesen werden, daß diese falsche Voraussetzung die Schätzung so wesentlich beeinflußt hat, daß sie zu einer unbilligen geworden ist. Die Unrichtigkeit muß sich den unbefangenen Sachkundigen sofort aufdrängen. b) MittöffFeuerversAnst. 13 646 (Hamburg). Die Anfechtung des Gutachtens soll die seltene Ausnahme bilden. Die Parteien haben durch Abschluß des Schiedsgutachtens zu erkennen gegeben, daß sie sich mit einer annähernd richtigen außergerichtlichen Beurteilung an Stelle der exakten gerichtlichen begnügen wollen. Für solche Gutachten sind gewisse Fehlergrenzen unvermeidlich. Insoweit liegt eine offenbare Unrichtigkeit dann nicht vor.

2. „Offenbare erhebliche Abweichung von der wirklichen Sachlage" im Sinne von § 64 Abs. 1 Satz 1 VVG. a) **RG.** R. **13** Nr. 657, SeuffA. **68** 224. Offenbare Abweichung von der wirklichen Sachlage liegt vor, wenn eine Schätzung deshalb unrichtig ist, weil die Schiedsgutachter die nach Lage des Falles gebotene Einsichtnahme in die Geschäftsbücher einer Partei unterlassen haben. b) **RG.** WallmVersZ. **46** 1041. Festgestellte erhebliche Differenzen zwischen der von den Schiedsgutachtern angesetzten und den wirklichen Schäden können zur Annahme der offenbaren Sachwidrigkeit genügen. Denn nicht die subjektive, sondern lediglich die objektive Sachwidrigkeit und Unbilligkeit ist entscheidend.

3. „Offenbare Unbilligkeit" im Sinne der Versicherungsbedingungen. a) **RG.** VAPV. **13** Anh. 64, R. **13** Nr. 483, LeipzZ. **13** 400. Offenbar unbillig ist das Schätzungsgutachten nicht nur dann, wenn zur Zeit der Erstattung des Gutachtens bei unparteiischer und sachgemäßer Prüfung einem Sachverständigen wesentliche Mängel des Gutachtens sofort hätten auffallen müssen, sondern auch dann, wenn die Gutachter bei sachgemäßer Prüfung weitere Feststellungen hätten für notwendig erachten müssen, das Gutachten also vorschnell abgegeben haben. b) **RG.** R. **13** Nr. 1715. Offenbare Unbiligkeit liegt nur dann vor, wenn, auf den Zeitpunkt der vom Schiedsgutachter getroffenen Bestimmung gesehen, indessen geeignetenfalls nach entsprechender Beweiserhebung, sich dem Blicke eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängen muß, daß die Bestimmung durchaus unrichtig und sachwidrig ist. c) **RG.** LeipzZ. **13** 400, R. **13** Nr. 483. Offenbar unbillig ist das Schiedsgutachten nicht nur, wenn es handgreiflich falsch, sondern auch dann, wenn es auf offenbar ungenügender Grundlage abgegeben ist. d) **RG.** Sörgel **13** 122. Aus nachträglichen Anhaltspunkten kann nicht auf offenbare Unbilligkeit geschlossen werden. e) **RG.** LeipzZ. **12** 88. Eine „offenbare Unbilligkeit" des von der Ärztekommission über die Erwerbsfähigkeit des Versicherten abgegebenen Bescheids — § 319 BGB. — liegt noch nicht vor, wenn die Unrichtigkeit wahrscheinlich ist, ja nicht einmal, wenn diese feststeht. Eine offenbare Unbilligkeit liege vielmehr erst dann vor, wenn die Entscheidung dem sich in die Zeit vor ihrer Abgabe zurückversetzenden sachverständigen Beurteiler ohne weiteres als verfehlt erscheinen muß. Das Außerachtlassen einer ärztlichen Untersuchungsmethode, welche nach den damaligen Anschau-

ungen der ärztlichen Wissenschaft als die zuverlässigste galt, macht einen irrigen Bescheid noch nicht zu einem „offenbar unbilligen". f) **RG.** LeipzZ. **12** 88. Offenbare Unbilligkeit liegt nur vor, wenn die Entscheidung dem sachverständigen Beurteiler, der sich in die Zeit vor ihrer Abgabe zurückversetzt, ohne weiteres als verfehlt erscheinen muß.

4. **RG.** VAPV. **12** Anh. 73, R. **12** Nr. 2432. Unwirksamkeit des Schiedsgutachtens, worin die Schiedsgutachter, weil die Wiederaufnahme der Arbeit im Interesse des Unfallversicherten liege, die Herabsetzung der Vollrente für gerechtfertigt erklären.

5. Wegen der falschen Bewertung der Brandreste s. LeipzZ. **12** 793, VAPV. **12** Anh. 118 (Colmar), s. zu § 88 VVG.

6. Wegen der Täuschung der Schiedsgutachter (Ärztekommission) durch den Versicherungsnehmer vgl. **RG.** VAPV. **13** Nr. 744, s. zu § 181 VVG.

VIII. Beweislast. FrankfRdsch. **46** 56 (Frankfurt). Die Unbilligkeit hat zu beweisen, wer sie behauptet.

IX. Vertraglicher Ausschluß der Anfechtbarkeit? **RG.** JW. **12** 477, MittöffFeuerversAnst. **12** 207. Die Bestimmung, daß der Ausspruch der Schätzungsgutachter für beide Parteien verbindliche Kraft habe, schließt die Möglichkeit der Anfechtung wegen offenbarer Unbilligkeit nicht aus.

X. Schiedsgutachter- und Schiedsgerichtsklausel. 1. Bodensieck, Die Institution des Schiedsgerichts im allgemeinen unter besonderer Erörterung der Frage, ob die Nichtanrufung des Schiedsgerichts der Ärztekommission seitens des Versicherungsnehmers für den Versicherer eine verzichtbare prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 274 Abs. 3 ZPO. bildet, ZVersWes. **12** 503 ff., 515 ff. I. Die §§ 1025 ff. ZPO. sind nur dann anwendbar, wenn die Schiedsrichter Personen sind, welche außerhalb des durch den Vertrag gebundenen Personenkreises stehen. Wird die Entscheidung einem Organe der Parteien, etwa dem bei der Versicherungsgesellschaft in festem Gehalte stehenden Gesellschaftsarzt übertragen, so liegt kein Schiedsvertrag vor, die Vereinbarung ist gegen die guten Sitten und deshalb nichtig. II. Die Ärztekommission des § 7 der Verbandsbedingungen für die Unfallversicherung ist kein zur Entscheidung eines Rechtsstreits berufenes Schiedsgericht, sondern eine zur bindenden Beurteilung von Tatfragen berufene Gutachterkommission. § 274 Abs. 3 ZPO. ist infolgedessen unanwendbar. Immerhin kann der Versicherer im Prozeß einwenden, daß zunächst die Schiedskommission zu hören sei, daß infolgedessen das Gericht nur über den Grund, nicht über die Höhe des Anspruchs zu entscheiden habe und daß der Versicherungsnehmer nach § 93 ZPO. die Prozeßkosten zu tragen habe, wenn der Versicherer den Anspruch dem Grunde nach sofort anerkenne.

2. LeipzZ. **13** 92 (Colmar). Wenn die Versicherungsbedingungen nicht unzweideutig erkennen lassen, über welche Fragen das „Schiedsgericht" erkennen soll, so ist anzunehmen, daß kein Schiedsvertrag im Sinne der §§ 1025 ff. ZPO. vorliegt, welcher den Versicherer zur Verweigerung der Einlassung nach §§ 274 Abs. 3, 275 ZPO. berechtigen würde, sondern daß nur ein Schätzungsvertrag im Sinne von § 303 ZPO. gewollt ist und daß das Schiedsgericht nur über Tatfragen — Dauer und Grad der Erwerbsunfähigkeit und Höhe der danach zu bemessenden Entschädigung — zu bestimmen hat.

3. v. Frankenberg, Ordentlicher Rechtsweg oder Schiedsgerichte? ÖsterrRev. **13** 277 ff., 290 ff., spricht sich für den ordentlichen Rechtsweg und gegen die Überspannung des Schiedsgerichtsgedankens aus.

XI. Verhältnis des Schiedsgutachterverfahrens zur gerichtlichen Geltendmachung der Versicherungsansprüche. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 563. Ergibt sich im Prozesse die Unwirksamkeit des Spruches (der Ärztekommission), so hat sich das Gericht nicht auf die Feststellung

dieser Unwirksamkeit zu beschränken, sondern muß selbst auch über die von den Schiedsgutachtern beurteilten Fragen entscheiden.

2. **RG.** MasVersRdsch. **25** 24, VersAnn. **13** 29, WallmVersZ. **47** 617, R. **13** Nr. 281. Hat der Versicherte Klage auf Feststellung erhoben, daß der Versicherer verpflichtet sei, gemäß den Bedingungen die Festsetzung der für den Unfall zu zahlenden Entschädigung zu bewirken, insbesondere zwecks Festsetzung solcher Entschädigung ein Kommissionsmitglied zu benennen, und wendet der Versicherer nicht ein, daß die Kommission auch über den ursächlichen Zusammenhang zu entscheiden habe, so hat der Richter diese Vertragsbestimmung nicht von Amts wegen zu berücksichtigen.

3. **RG.** VAPV. **13** Anh. 29, R. **12** Nr. 3282, WarnE. **12** Nr. 441, WallmVersZ. **47** 273. Die Bestimmung der Bedingungen, daß über bestimmte Fragen Schiedsgutachter entscheiden sollen, braucht im Prozesse nur dann beachtet zu werden, wenn sie in der Klage oder im Wege der Einrede geltendgemacht ist.

4. VAPV. **13** Nr. 741 (Cöln). Wenn der Versicherer die Einberufung der — zur Entscheidung über den ursächlichen Zusammenhang zwischen Unfall und Tod und über die Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu berufenden — Ärztekommission ohne berechtigten Grund ablehnt, so kann der Versicherte auf Leistung klagen und dem Gerichte steht dann die Entscheidung über das streitige Rechtsverhältnis in vollem Umfange zu.

5. Wegen der Notwendigkeit, den Einwand der Schiedsgutachterklausel und zwar mindestens in der Berufungsinstanz vorzubringen, vgl. **RG.** LeipzZ. **13** 314, s. zu § 184 VVG.

6. **RG.** JW. **12** 477, R. **12** Nr. 1213, MittöffFeuerversAnst. **12** 207. Die Frage, ob die Versicherungsparteien an ein Schätzungsgutachten wegen offenbarer Unbilligkeit nicht gebunden sind, betrifft den Klagegrund, nicht die Höhe des Klaganspruchs.

7. **RG.** LeipzZ. **12** 563 Nr. 10, VAPV. **12** Nr. 676, ZVersWes. **12** 448, Wallm. VersZ. **46** 305, R. **12** Nr. 2432. Ist der Spruch der Schätzungskommission über den Umfang der Erwerbsunfähigkeit des Versicherten wegen eines Mangels unwirksam, so hat das Gericht sich nicht auf die Feststellung zu beschränken, daß der Spruch der Schätzungskommission wirkungslos ist, sondern es hat selbst über den Umfang der Erwerbsfähigkeit zu entscheiden. Denn das außergerichtliche Schätzungsverfahren ist durch den — unwirksamen — Spruch der Kommission beendigt, ein zweites Schätzungsverfahren ist in den Bedingungen nicht vereinbart, es muß also das ordentliche gerichtliche Verfahren Platz greifen. Das Gericht hat nicht etwa das Gutachten der Schätzungskommission durch Vernehmung der Kommissionsmitglieder zu berichtigen oder zu ergänzen.

8. VersAnn. **13** 445 (Celle). Wenn die Versicherungsgesellschaft den Versicherungsnehmer auf den Rechtsweg verweist, bringt sie zum Ausdrucke, daß es zu einer Entscheidung durch die Ärztekommission nicht kommen soll (vgl. vor §§ 179 ff. III 3).

9. Vgl. auch oben zu I 4.

XII. Heine, Versicherungsrechtliche Erörterungen, LeipzZ. **12** 308. Der vom Versicherungsnehmer nach § 64 Abs. 2 VVG. gestellte Antrag genügt zur Wahrung der Ausschlußfrist des § 12 Abs. 2 VVG.

XIII. Wegen der Anfechtung des Ergebnisses der von den Bauschätzern nach dem badischen Brandversicherungsgesetz aufgenommenen Schätzung vgl. BadRpr. **13** 104 (BadVerwGH.), s. zu § 192 VVG.

XIV. Wegen der Begutachtungstätigkeit und der hierbei nötigen Nachprüfungen und Änderungen besonders des Invaliditätsgrads bei der Unfall- und Invaliditätsversicherung s. vor §§ 179 ff. VVG. unter A III u. IV und E IV sowie zu § 84 VVG.

§ 66. (Vgl. JDR. **10** 1262.) Literatur: Petersen, Die Haftung des Feuerversicherers für Unfälle der Arbeiter anläßlich der Schadensfeststellung, MittöffFeuerversAnst. **13** 174 ff.

Petersen, MittöffFeuerversAnst. **13** 174 ff. Die Gesellschaft und deren Schätzungsbeamte haften dem Versicherungsnehmer für Unfälle, die dessen Arbeiter anläßlich der Schadensfeststellung erleiden, nach §§ 823, 831 BGB.

§ 67. (Vgl. JDR. **10** 1262, 8 1086.) Literatur: Blumhardt, Der gesetzliche Übergang der Ersatzansprüche in der Schadensversicherung, ZVersWes. **12** 707 ff. — Josef, Der gesetzliche Rechtsübergang auf dem Gebiete des Privatrechts, AssekJahrb. **35** 1 ff.

I. Allgemeines. 1. Blumhardt, ZVersWes. **12** 707 ff., kommt zu dem Ergebnisse, daß einerseits die Bestimmungen des § 67 VVG. einem Bedürfnisse nicht entsprechen und nicht allenthalben zu angemessenen Ergebnissen führen, daß aber andererseits kein Grund einzusehen sei, eine derartige Bestimmung auf die Schadensversicherung zu beschränken und sie nicht auch auf die Personenversicherung auszudehnen.

2. Josef, Der gesetzliche Rechtsübergang auf dem Gebiete des Privatrechts, AssekJahrb. **35** 1 ff., kommt zu folgenden Ergebnissen: 1. Steht dem Versicherungsnehmer ein Anspruch auf Ersatz des durch die Versicherung gedeckten Schadens gegen einen Dritten zu, so kann dieser nach §§ 407, 412 BGB. den Ersatz an den Versicherungsnehmer leisten, solange er nicht Kenntnis davon hat, daß der Versicherer dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt hat (§ 67 Abs. 1 Satz 1 verb. mit § 407 BGB.). Das Gesetz unterscheidet nun nicht, aus welcher Quelle der Dritte jene Kenntnis hat; eine bloße Mitteilung des Versicherers (der Direktion der Gesellschaft) genügt, auch wenn ihr die Erklärung des Versicherungsnehmers, worin derselbe den erfolgten gesetzlichen Rechtsübergang anerkennt (§§ 403, 412), nicht beigelegen hat; denn der Versicherungsnehmer hat hier keinen Anlaß, an eine beabsichtigte Täuschung zu glauben. Die Mitteilung eines Angestellten oder Agenten genügt, wofern sie der Versicherungsnehmer nicht sofort als unglaubwürdig zurückweist. 2. Sind bei einer Versicherung mehrere Versicherer beteiligt, so erwerben sie den Ersatzanspruch an den Dritten in demselben Verhältnis, in dem sie dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzen, ohne Rücksicht darauf, wer von ihnen zuerst den auf ihn entfallenden Teil der Entschädigung dem Versicherungsnehmer auszahlt. Denn nach der Verkehrsauffassung besteht zwischen den mehreren Versicherern ein Gemeinschaftsverhältnis, wonach die vom einen wie vom anderen geleistete Zahlung als einheitlich und zusammengehörig gilt. Hiermit wäre es unvereinbar, daß derjenige Versicherer, der zufällig früher den Schaden ersetzt und den Betrag vom Dritten einzieht, diesen Betrag für sich behalten kann, auch wenn der Dritte außerstande ist, dem anderen Versicherer, der den auf ihn entfallenden Betrag dem Versicherungsnehmer später bezahlt hat, Ersatz zu leisten. Der § 59 Abs. 2 VVG. kann eine Ausgleichungspflicht der mehreren Versicherer nicht begründen, da er nur den Fall der Überversicherung im Auge hat und auf andere Fälle auch nicht entsprechend anwendbar ist. Der Dritte ist geschützt durch § 407 BGB. und dadurch, daß die vom Versicherungsnehmer gemäß §§ 410, 412 BGB. ausgestellte Erklärung die Bezeichnung der mehreren Versicherer enthält. 3. Nach dem Sinne des § 67 Abs. 1 Satz 2 VVG. soll die rechtliche und wirtschaftliche Lage des Versicherungsnehmers durch den Übergang seiner Ansprüche keine Änderung erleiden; ist es also dem Versicherer gelungen, den von ihm an den Versicherungsnehmer gezahlten Betrag von dem Dritten zu erlangen, während der Versicherungsnehmer den durch die Versicherung nicht gedeckten Betrag von dem Dritten nicht einzuziehen vermag, so ist der Versicherer dem Versicherungsnehmer erstattungspflichtig in Höhe des Erlangten und soweit dies zur Befriedigung des Versicherungsnehmers er-

forderlich ist. Dem Dritten gegenüber ist jedoch der Versicherungsnehmer klageberechtigt und der Dritte kann aus § 67 Abs. 1 Satz 2 keinen Einwand herleiten; denn es handelt sich bei dieser Vorschrift nur um das Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer, durch das die Legitimation des Versicherers gegenüber dem Dritten nicht beeinträchtigt wird. 4. Liegt inhalts des Mietvertrags dem Mieter und dem Vermieter die Versicherung der Mietsache gemeinschaftlich ob, so liegt hierin die stillschweigende Abmachung, daß der Vermieter den Ersatz eines Schadens, der fahrlässig vom Mieter oder dessen Angestellten verursacht, aber durch die Versicherung gedeckt ist, nicht vom Mieter ersetzt verlangen kann; der Vermieter, der den Schaden ersetzt, erlangt also keinen Ersatzanspruch gegen den Mieter. 5. Dienstboten, Lehrlinge, Gehilfen sind nicht Familienangehörige. Indem das Gesetz ferner verlangt, daß Familienangehörige in der häuslichen Gemeinschaft des Versicherungsnehmers l e b e n müssen, setzt es voraus einmal ein auf längere Zeit berechnetes Zusammenleben, dessen Aufhebung wenigstens vor der Hand nicht in Aussicht genommen ist (bloßer besuchsweiser Aufenthalt genügt nicht), sowie ferner daß diese Angehörigen dem Hauswesen eingefügt und sich als der hausherrlichen Gewalt des Versicherungsnehmers unterworfen betrachten. Die bestehende häusliche Gemeinschaft wird nicht dadurch beseitigt, daß der Familienangehörige dauernd das elterliche Haus verläßt (z. B. zu seiner Ausbildung), sein wiederkehrender Aufenthalt in dieses aber zu gewissen Gelegenheiten oder in gewissen Zeiträumen in Aussicht genommen ist. Zusammenleben in demselben Stockwerk oder auch nur in einem und demselben Hause desselben Grundstücks ist nicht unbedingtes Erfordernis der häuslichen Gemeinschaft im Sinne des § 67 VVG. Diese unterscheidet sich von der des § 2028 BGB. gerade dadurch, daß bei dieser letzteren kein (längeres) Zusammenleben mit dem Erblasser vorausgesetzt ist, vielmehr auch ein rein besuchsweiser Aufenthalt zur Begründung der Auskunftspflicht genügen kann. 6. Ist der Brandschaden von einem Angehörigen und von einem Fremden gemeinsam verursacht, so steht dem Versicherungsnehmer nach § 830 BGB. der gesamtschuldnerische Schadensersatzanspruch gegen den Fremden zu, und dieser Anspruch geht auf den Versicherer über. Zwar kann der Fremde demnächst nach § 426 Abs. 1 BGB. die Hälfte des von ihm an den Versicherer Gezahlten von dem Angehörigen verlangen, so daß der Versicherungsnehmer mittelbar hiervon betroffen wird. Dies schließt aber den Anspruch des Versicherers nicht aus. Denn § 67 will in das Rechtsverhältnis Dritter zu den Familienangehörigen des Versicherungsnehmers nicht eingreifen. 7. Nach Inhalt und Zweck jedes Rechtsatzes, der Vorschriften für den Versicherungsnehmer enthält, ist zu prüfen, ob er bei der Versicherung für fremde Rechnung auch den Versicherten umfaßt. Obwohl nun bei der Versicherung für fremde Rechnung der Anspruch aus dem Vertrage dem Versicherten zusteht, kann doch der Versicherer den Schadensersatz mit befreiender Wirkung an den Versicherungsnehmer, der sich regelmäßig im Besitze des Versicherungsscheins befindet, leisten, und da nach der Absicht des Gesetzes mit einer solchen Zahlung Ansprüche auf Ersatz des Schadens gegen Dritte, die dem Gläubiger der Versicherungsforderung zustehen, auf den Versicherer übergehen, so müssen auch solche dem Versicherten („nicht dem Versicherungsnehmer") zustehende Ansprüche auf den Versicherer übergehen, selbst wenn dieser den Schaden nicht dem Versicherten, sondern dem Versicherungsnehmer ersetzte. Der Anspruch gegen den Dritten geht auf den Versicherer nicht über, wenn der Dritte ein Haus- und Familiengenosse des V e r s i c h e r t e n ist; denn der Versicherte ist der Gläubiger des Versicherungsanspruchs und das Gesetz will verhindern, daß diesem auch nur mittelbar das Erlangte wieder entzogen wird. Dagegen trifft dies nicht zu und der Übergang findet also statt, wenn der Dritte ein Haus- und Familiengenosse des Versicherungsnehmers ist. Umgekehrt findet nach dem angegebenen Grundgedanken bei der Haftpflichtversicherung für fremde Rechnung im Falle des § 151 VVG. der

§ 67 VVG. Abs. 2 nur Anwendung auf Familienangehörige des Versicherungsnehmers, nicht auf Familienangehörige seiner (mitversicherten) Vertreter. 8. Verlangt der Versicherer die Erteilung einer Urkunde darüber, daß der im § 67 VVG. geregelte Anspruch auf ihn übergegangen ist (§§ 403, 412 BGB.), so ist bei der Versicherung für fremde Rechnung diese Urkunde vom Versicherten zu erteilen, da dieser der Gläubiger der Versicherungsforderung ist, während der Versicherungsnehmer über sie nur die Verfügung hat. 9. Ist bei der Versicherung für fremde Rechnung der Versicherungsfall zwar durch Verschulden des Versicherungsnehmers herbeigeführt, ist dieses Verschulden indes kein grobes, so steht dem Versicherten ein Schadensersatzanspruch gegen den Versicherungsnehmer zu. Wenn nun hier der Versicherte beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 75 Abs. 2 VVG. Ansprüche unmittelbar gegen den Versicherer geltend macht, so geht jener Schadensersatzanspruch des Versicherten nicht auf den Versicherer über. Die Anwendung des § 67 VVG. ist hier also ausgeschlossen, weil nach der Natur der Sache sich die Versicherung für fremde Rechnung insoweit als Haftpflichtversicherung darstellt. In diesem Falle kann der Versicherer, wenn der Versicherte für seine Sache bei einem anderen Versicherer Versicherung genommen hat, auch nicht nach § 59 Abs. 2 VVG. aus der Doppelversicherung Erstattungsansprüche erheben, da hierdurch dem ersten Versicherungsnehmer eine Ersatzpflicht aus § 67 VVG. entstehen könnte, vor der er gerade durch die Versicherung geschützt sein will. 10. In der Verbindung von Rechtsanwälten zur Ausübung des Berufs liegt die öffentliche Erklärung, daß wie sie durch ihre Tätigkeit gemeinschaftlichen Erwerb suchen, jeder von ihnen gesamtschuldnerisch für Verschulden des anderen haften wolle. Folglich ist, wenn einer von ihnen gegen Haftpflicht geschützt ist, die Leistungspflicht des Versicherers begründet, auch wenn nicht der Versicherungsnehmer, sondern dessen Genosse schuldhaft gehandelt hat, der Geschädigte aber seinen Ersatzanspruch gegen den Versicherungsnehmer geltend macht. Der diesem gegen seinen Genossen zustehende Ersatzanspruch geht dann nach § 67 VVG. auf den Versicherer über. Fordert der Geschädigte den Schadensersatz nicht vom Versicherungsnehmer allein, sondern zugleich auch von dem anderen Rechtsanwalte, so kann der Versicherungsnehmer gemäß §§ 157, 242 BGB. vom Versicherer zunächst nur die Hälfte des Schadens ersetzt verlangen: die Verpflichtung des Versicherers zur Mehrleistung tritt erst ein, wenn der Geschädigte gemäß § 421 BGB. gegen den Versicherungsnehmer weitere Ansprüche erhebt. 11. Ist der Tod des Versicherungsnehmers durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit eines Dritten verursacht und die Leistungspflicht des Versicherers sonach mittelbar auf Verschulden eines Dritten zurückzuführen, so steht dem Versicherer gegen den Dritten dennoch kein Schadensersatzanspruch zu. Denn nach § 823 BGB. ist derjenige, der das Leben eines anderen widerrechtlich verletzt, nur diesem anderen, nicht aber Dritten (z. B. dem Versicherer) schadensersatzpflichtig. Auch aus § 826 BGB. folgt kein Ersatzanspruch des Versicherers, da der Dritte, selbst wenn er von dem Bestehen der Versicherung Kenntnis hatte, die Schädigung des Versicherers nicht in seine Vorstellung aufgenommen hatte. 12. Hat bei der Unfallversicherung der Versicherungsnehmer sich zur Abtretung der ihm aus dem Unfalle gegen einen Dritten zustehenden Ansprüche an den Versicherer verpflichtet, und ist eine solche Abtretung gesetzlich (vgl. §§ 843, 844, 847, 400, 412 BGB., § 850 ZPO.) unzulässig, so ist die Abtretungspflicht auszulegen als das Versprechen des Versicherungsnehmers, er werde vom Dritten verlangen, daß dieser die dem Versicherungsnehmer geschuldeten Beträge an den Versicherer bezahle.

II. Voraussetzungen der Anwendung von § 67 VVG. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 329. Der Schadensersatzanspruch des Versicherers gegen den Dritten beruht auf dem ehemaligen Anspruche des Versicherungsnehmers. Dem Versicherer steht daher ein solcher Anspruch dann nicht zu, wenn der Versicherungs-

nehmer an dem angeblich den Anspruch erzeugenden Rechtsverhältnisse gar nicht beteiligt war. Hat der Versicherer daher den Schadensersatzanspruch prozessual gegen einen angeblich ersatzpflichtigen Dritten geltend gemacht und wird er abgewiesen, so kann er die Kosten dieses Prozesses nicht auf Grund von § 67 von dem in einem zweiten Prozesse unterliegenden anderen wahren Ersatzpflichtigen erstattet verlangen. Denn dem Versicherungsnehmer stand — selbst wenn er dem früheren Prozeß als Nebenintervenient beigetreten war — der Prozeßkostenanspruch nie zu.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1946. Hat jemand eine Haftpflichtversicherung für sich und für Rechnung und zugunsten eines anderen genommen, so kann dieser andere nicht als ein Dritter i. Sinne von § 67 VVG. angesehen werden.

3. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **12** 25 behandelt die Frage des Rückgriffs nach § 67 VVG. im Zusammenhange mit der, wann Eisenbahnfrachtgüter als „abgeliefert" gelten.

III. Vertragliche Abreden über Ersatzansprüche. 1. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **13** 289, LeipzZ. **13** 944. Wenn einerseits die Schleppschiffahrtsbedingungen besagen, Ansprüche an die Schleppschiffahrtsgesellschaft sollten ohne deren Zustimmung nicht abgetreten werden dürfen, und andererseits die Bedingungen des Versicherers des Schiffseigners bestimmen, daß bei Zahlung der Versicherungssumme die Ersatzansprüche des Versicherungsnehmers auf den Versicherer übergehen sollten, so ist es nicht rechtsirrig, wenn auf Grund zu unterstellenden stillschweigenden Parteiwillens vom Gericht angenommen wird, daß die Bestimmung der Schleppschiffahrtsbedingungen nicht für das Verhältnis der Schiffseigener zu ihren Versicherern gelten solle.

2. **RG.** WarnE. **12** Nr. 157, LeipzZ. **12** 213. Die Bestimmung der Bedingungen, daß die Versicherungsgesellschaft Dritten gegenüber durch Zahlung der Versicherungssumme ohne besondere Zession in die Rechte des Versicherten eintrete, stellt eine wirksame Abtretung künftiger, genügend bestimmter Ansprüche dar.

3. Wegen der Auslegung der Vereinbarung einer Abtretungspflicht hinsichtlich von Ersatzansprüchen, deren Übertragbarkeit nach dem Gesetz ausgeschlossen ist, vgl. Josef, AssekJahrb. **35** 1 ff., s. oben zu I 2 (daselbst unter 12).

4. Elperting, Die Verwandtenausschlußklausel und die Verwandtenregreßklausel in der Haftpflichtversicherung, ZVersWiss. **13** 332 ff. Die Verwandtenausschlußklausel bestimmt in § 7 der Syndikatsbedingungen, daß ausgeschlossen seien Entschädigungszahlungen an Personen, die bis zum 3. Grade mit dem Versicherten verwandt oder verschwägert sind; die Normativbedingungen sagen in § 6 hierüber: Ausgeschlossen von der Versicherung sind Haftpflichtansprüche von Angehörigen bezw., falls eine Handelsgesellschaft versichert ist, von persönlich haftenden Teilhabern oder deren Angehörigen. Als Angehörige sind nur anzusehen Ehegatten, Eltern, Groß- und Schwiegereltern, Kinder und Enkel, Adoptiv-, Pflege- und Stiefeltern und -Kinder, ferner auch die mit dem Versicherten in häuslicher Gemeinschaft lebenden Geschwister und deren Ehegatten und Kinder. — Die sogenannte Verwandtenregreßklausel in § 11 der Syndikatsbedingungen besagt, daß Regreßansprüche des Versicherungsnehmers gegen die eigenen Beamten und Angestellten und die die zu seiner Familie oder zu seinem Hausstande gehörigen Personen nur dann auf die Gesellschaft übergehen, wenn der Schadensfall durch eine vorsätzliche Handlung der genannten Personen verursacht worden ist. Die Auslegung und die praktische Wirkung dieser Klauseln im Einzelnen und das Verhältnis der Regreßklausel zu § 67 Abs. 2 VVG. wird eingehend dargestellt in Darlegungen, die für die Auslegung jener Klauseln und des VVG. von großem Werte sind.

IV. Ersatzansprüche gegen hausangehörige Familienmitglieder (Abs. 2). Wegen der Anwendung von § 67 VVG. bei Brandstiftungen der Ehefrau des Versicherungsnehmers s. Josef, Die Einwirkung des ehelichen Güterrechts auf die Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 177 ff., vgl. unten zu § 81 VVG.

V. Wegen der Frage der Anwendbarkeit von § 67 VVG. auf den sog. Schutz durch mittelbare Versicherung seitens des Obhutspflichtigen vgl. Josef, ZVersWiss. **12** 778 ff., s. oben zu § 74 VVG.

VI. Wegen der Stellung des Nießbrauchers s. Kisch, R. **13** 763 ff., 789 ff., vgl. zu § 49 VVG.

VII. Wegen der Beeinträchtigungen des Rückgriffrechts s. Wörner, LeipzZ. **12** 62 ff., vgl. unten zu § 151 VVG.

VIII. Wegen der Versicherung von Offizierspferden und ihre Beziehungen zur preußischen Pferdegeldervorschrift vom 21. November 1902 s. VAPV. **12** 49 u. 138 ff. (vgl. zu § 117 VVG.).

IX. VersAnn. **13** 6 (Celle). Privatrechtliche Versicherungsansprüche, die dem Verletzten zustehen, sind nicht auf dessen Schadensersatzansprüche gegenüber Dritten zu verrechnen.

X. Wegen des Verhältnisses von § 67 VVG. zur Lebensversicherung: s. zu § 170 VVG. zur Unfallversicherung: s. zu § 179 VVG. unter VI.

§ 68. (Vgl. JDR. **10** 1265, 8 1087). Literatur: Schneider, Verzicht auf das Eigentum der versicherten Sache, MittöffFeuerversAnst. **13** 28 ff.

I. Fehlen des Versicherungsinteresses. 1. Schneider, MittöffFeuerversAnst. **13** 28 ff. Verzicht auf das Eigentum an einer versicherten Sache bewirkt nach § 68 Abs. 2 VVG. das Erlöschen des Versicherungsverhältnisses. Die Grundstücksgläubiger werden durch § 100 VVG. geschützt. Der Erwerb einer durch den Verzicht herrenlos gewordenen Sache fällt nicht unter §§ 69 ff. VVG.

2. VersAnn. **13** 795 (Hamburg). Das Interesse der gegen Kraftwagenhaftpflicht versicherten Kraftwagengesellschaft erlischt, wenn sie bei Beginn der Versicherungsperiode keine Kraftwagen mehr hält. Als Halter ihres Vorführungswagens, der von ihrem Vertreter auf dessen Kosten unterhalten wird, ist nicht sie, sondern ihr Vertreter anzusehen.

3. VAPV. **13** Anh. 85 (Marienwerder). Ein versicherbares Interesse hat auch der Käufer eines Gutes selbst dann, wenn die Gefahr nach § 446 BGB. noch nicht auf ihn übergegangen sein sollte, da er in rechtliche und wirtschaftliche Beziehungen zu dem Gute getreten war und mindestens als Verwalter mit eventuellem Eigentümerinteresse zu betrachten ist (**RG.** JW. **10** 835 ff.). Deshalb ist der von ihm unterzeichnete Hagelversicherungsvertrag gültig.

4. Im übrigen s. wegen der Rechtslage des Käufers nach Kauf und Übergabe vor Auflassung unten zu §§ 69 u. 114 VVG.

II. Versicherung fremden Versicherungsinteresses oder eigenen. 1. OLG. **24** 217 (KG.). Das Interesse im Sinne von § 68 VVG. fehlt nicht deshalb, weil der Versicherungsnehmer es unterlassen hat, zum Ausdrucke zu bringen, daß er die Versicherung nicht für eigene, sondern für fremde Rechnung nehmen wollte.

2. Wegen der Versicherung fremder Interessen als eigener s. auch Lenné, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 73 ff., vgl. unten zu § 75 VVG.

II. Veräußerung der versicherten Sache.

Vorbemerkung zu §§ 69—73: Die §§ 69 ff. und ebenso die sich an diese Bestimmungen anschließenden §§ 114, 115 und 151 Abs. 2 haben im Berichtszeitraume eine

Menge Zweifelsfragen ausgelöst und eine ungewöhnlich reiche Durcharbeitung erfahren. Es handelt sich um scheinbar einfache Vorschriften, weil sie sich äußerlich an die Terminologie des BGB. und an ähnliche Bestimmungen desselben anschließen. Es zeigt sich aber, daß das Versicherungsrecht seine eigenen Wege gehen muß und daß es seine eigenen Bedürfnisse hat, denen die Auslegung gerecht werden muß. So kommt es, daß der Begriff der Veräußerung und die Frage, ob er über den Wortlaut der fraglichen Bestimmungen ausgelegt werden kann, Schwierigkeiten macht, und ferner die mit dem Begriffe der Veräußerung eng zusammenhängende Frage des Beginns der Anzeige- und Kündigungsfristen, die von der Veräußerung unmittelbar oder mittelbar abhängen. Was die Kündigung betrifft, so ergeben sich Schwierigkeiten aus den Bestimmungen des § 192 VVG. in der Richtung, ob die öffentlichen Versicherungsanstalten an die Vorschrift des § 72 VVG. gebunden sind, die es den privaten Gesellschaften unmöglich macht, im Versicherungsvertrage zu bestimmen, daß der Erwerber zur Kündigung nicht berechtigt sein solle. Die Frage ist praktisch durch die Aufsätze Schneiders und Königes (zu § 72) insofern erledigt, als hinsichtlich der preußischen Sozietäten, deren Normativbestimmungen den Anlaß zur Aufwerfung dieser Fragen bildeten, nunmehr klar sein dürfte, daß bei ihnen ein solcher Ausschluß des Kündigungsrechts des Erwerbers gar nicht beabsichtigt gewesen ist.

§ 69. (Vgl. JDR. **10** 1266, **10** 1089.) Literatur: Bartmann, Streitiges zu den §§ 69—73 VVG., LeipzZ. **13** 830 ff. — Blumhardt, Die Rechtsstellung des Erwerbers einer versicherten Sache, ZVersWes. **13** 569 ff. — Dr. B., Die Versicherung einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache, DVersPresse **13** 417 ff. (s. zu § 72 unter B). — Derselbe, Der Übergang der Versicherung bei Veräußerung der versicherten Sache, ÖsterrRevue **13** 235. — Domizlaff, Finden die §§ 69—73 VVG. über die Veräußerung der versicherten Sache nur auf die Eigentumsveräußerung Anwendung oder sind sie mittels ausdehnender Auslegung auch bei ähnlich liegenden Veräußerungen anzuwenden? MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 135 ff. — Josef, Eine Lücke im VVG.? R. **13** 460 ff. — Derselbe, Der Beginn des Kündigungsrechts und der Anzeigepflicht bei Veräußerung des versicherten Gebäudes, PosMSchr. **13** 86 ff. — Derselbe, Kleinere Streitfragen aus dem deutschen VVG., ÖstZVersWiss. **13** 119 ff. — Kisch, Die Veräußerung der versicherten Sache, R. **13** 7 ff. — Derselbe, Eine Lücke im Versicherungsrechte? R. **13** 397 ff. — Körner, Zeitpunkt des Überganges der Versicherung. Begriff der versicherten Sache und der Veräußerung im § 69 VVG. und Anwendungsgebiet des § 73 VVG., MittöffFeuerversAnst. **13** 557 ff. — Petersen, Die rückwirkende Kraft der Vorschriften über die Veräußerung der versicherten Sache, LeipzZ. **12** 183 ff. — Rakely, Der Zeitpunkt des Eintritts des Erwerbers in das Versicherungsverhältnis, MittöffFeuerversAnst. **13** 146 ff. — Vorwerk, Die Rechtsnachfolge in das versicherte Interesse, insbesondere der Veräußerung der versicherten Sache. Diss. Leipzig 1913. — Vgl. auch die Literatur zu §§ 70, 71, 72, 73, 115 VVG.

I. Begriff der Veräußerung. Möglichkeit analoger Anwendung der §§ 69 ff. VVG. 1. Kisch, Die Veräußerung der versicherten Sache, R. **13** 7 ff. Der die Vorschriften der §§ 69 ff. VVG. beherrschende einheitliche Rechtsgedanke liegt nicht darin, daß die ursprüngliche Versicherung für Rechnung der künftigen Eigentümer genommen wäre. Ebenso ist der Versicherungsanspruch nicht als Zubehör oder Bestandteil der veräußerten Sache oder als mit dem dinglichen Rechte verknüpftes Recht zu denken. Auch rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Übertragung von Rechten und Pflichten liegt nicht vor. Vielmehr wird der Nachfolger Träger eines eignen Versicherungsverhältnisses, dessen Inhalt sich allerdings nach dem des Vorgängers bestimmt. — Gegenstand dieses Eintritts sind trotz des Wortlauts von § 69 VVG. nicht die einzelnen aus dem Versicherungsverhältnisse sich ergebenden Rechte und Pflichten, sondern das Versicherungsverhältnis selbst.

2. Domizlaff, MittöffFeuerversAnst. **13** 135 ff. Nur der Fall des Überganges des Eigentums vom Versicherungsnehmer auf den Erwerber kommt nach §§ 69 ff. VVG. in Frage. Eine enge Auslegung erscheint an sich geboten, würde aber dem Zwecke des Gesetzes nicht entsprechen. Der Eigentumsübergang

ist vom VVG. nur als Typ aufgestellt, nach dem analoge Fälle zu behandeln sind. Das VVG. stellt sich auf den Standpunkt der Interesseversicherung. Man muß also annehmen, daß in den §§ 69 ff. VVG. der Begriff des Eigentums nicht im juristisch-technischen Sinne gemeint ist, sondern daß jeder getroffen werden soll, der ein wirtschaftliches Interesse an der Sache wie ein Eigentümer erhält. Nötig ist aber eine Veräußerung, d. h. eine g ä n z l i c h e Übertragung des mit der Sache verbundenen Interesses. Nicht kommt in Betracht ein Übergang infolge Erbganges und ebenso nicht die sog. verfrühte Erbfolge. — §§ 69 ff. sind nicht anwendbar auf den Kauf mit Eigentumsvorbehalt. Wohl aber in Brandfällen, die sich ereignen nach Übergabe des Besitzes an einem Grundstücke, dessen Auflassung und Eigentumseintragung noch aussteht, wofern nicht der Verkäufer noch ein Interesse an der Versicherung hat, z. B. wegen der Zahlungsunfähigkeit des Käufers, was stets Tatfrage ist. Nicht können §§ 69 ff. VVG. angewendet werden, wenn zwar die Gefahr auf den Käufer übergegangen, die Übergabe aber noch nicht erfolgt ist. Ebenso nicht beim Kommissionsgeschäft und bei der Schenkung sowie beim Vermächtnis erst dann, wenn das Eigentum wirklich übergegangen ist. Nießbrauchbestellung und Verpfändung sowie Vermietung, Verpachtung rechtfertigen ebenfalls nicht die Anwendung der §§ 69 ff. VVG. Wegen der Fälle, in denen ein Nichteigentümer sein Interesse an der versicherten Sache in Deckung gegeben hat, s. 144 ff.

3. J o s e f , Der Beginn des Kündigungsrechts und der Anzeigepflicht bei Veräußerung des versicherten Gebäudes, PosMSchr. **13** 86 ff. Eine V e r ä u ß e r u n g des versicherten Gebäudes im Sinne der §§ 69 ff. VVG. liegt nur vor, wenn ein Wechsel in der Person des Versicherungsnehmers eintritt, sonach ein neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Das Recht des Erwerbers zur Kündigung des Versicherungsverhältnisses und die Pflicht beider Beteiligter zur unverzüglichen Anzeige an den Versicherer von der erfolgten Veräußerung beginnt schon mit der erfolgten Auflassung. Unterbleibt trotz dieser die Eintragung des Erwerbers als Eigentümers und ist sonach die von den Beteiligten dem Versicherer gemachte Anzeige von der Veräußerung unrichtig, so wird der angebliche Erwerber nicht Versicherungsnehmer und der angebliche Veräußerer ist an die zwischen jenem und dem Versicherer betreffs des Versicherungsverhältnisses erfolgten Rechtshandlungen nicht gebunden.

4. K ö r n e r , MittöffFeuerversAnst. **13** 557. § 69 VVG. ist ähnlich wie § 571 BGB. streng auszulegen. Es entscheidet also die Zeit des E i g e n t u m s übergangs nicht die eines etwa früheren B e s i t z übergangs.

5. K ö r n e r , MittöffFeuerversAnst. **13** 560 ff. K e i n e Veräußerung ist der bloße Abschluß des obligatorischen Vertrags, ferner die Belastung einer Sache mit dinglichen Rechten, die Erb- und Fideikommißfolge und der Kauf unter Eigentumsvorbehalt. V e r ä u ß e r u n g liegt dagegen vor in den Fällen der §§ 311, 419 BGB. in Pachtverträgen, Gutsüberlassung- und Altenteilsverträgen, Ausscheiden von Gesellschaftern oder Gemeinschaftern, Umwandlungen von Handelsgesellschaften und bei Sicherheitsübereignungen.

6. PosMSchr. **13** 69 (LG. Königsberg). Nicht aufrechtzuerhalten ist die frühere Ansicht, daß der Erwerb im Sinne der §§ 69 ff. VVG. nicht erst mit dem Eigentumsübergange, sondern schon mit dem Gefahrübergang, also mit der Übergabe sich vollziehe. Maßgebend ist allein der E i g e n t u m s wechsel. Aus dem Vertrage zwischen dem Verkäufer und dem Käufer wird gemäß §§ 157, 242 BGB. zu entnehmen sein, ob und inwieweit der Versicherungsnehmer bei einem Brandfalle zwischen Kauf und Auflassung das ihm aus der Versicherung Zufließende dem Käufer herauszugeben hat. (Hierzu J o s e f , PosMSchr. **13** 86 ff., s. oben.)

7. R a k e l y , Der Zeitpunkt des Eintritts des Erwerbers in das Versicherungsverhältnis, MittöffFeuerversAnst. **13** 146 ff., geht auf den früheren Rechtszustand

und auf die Entstehung der §§ 69 ff. VVG. ein und führt dann aus, daß für die Bestimmung des Zeitpunkts, der für den Eintritt des Erwerbers in das Versicherungsverhältnis maßgebend ist, nicht der Übergang des Eigentums entscheidend sei, sondern die Zeit, zu der das versicherte Interesse, das Eigentümerinteresse auf den Erwerber übergeht. Übergang der Sache ohne Übergang des Interesses sind unerheblich (Scheingeschäfte). Nötig ist eine Veräußerung, bei der Besitz und Interesse auf den Erwerber übergeht. Bereits mit der Übergabe tritt der Erwerber in die Versicherung ein, weil hiermit bereits die Gefahr übergeht. Ebenso bei Kauf mit Eigentumsvorbehalt. — §§ 69 ff. VVG. finden auch Anwendung, wenn es sich nicht um eine Veräußerung im rechtlichen Sinne, sondern um Übertragung eines wirtschaftlichen gleichwertigen Rechtes an der Sache handelt.

8. VAPV. **13** Anh. 83 (KG.). Nach § 69 VVG. entscheidet nicht der Geschäftsabschluß, sondern der Eigentumsübergang. Der letztere erst führt den Eintritt des Erwerbers in das Versicherungsverhältnis herbei.

9. Im übrigen s. wegen der Frage, ob eine Veräußerung im Sinne von §§ 69 ff. VVG. einen Eigentumswechsel voraussetzt, auch zu § 70 unter I 1 (Josef) und zu § 114 VVG.

10. **a)** Josef, R. **12** 401. Verkauf unter Eigentumsvorbehalt ist nicht „Veräußerung" im Sinne von § 69 VVG. **b)** **AM.** Dr. B., DVersPresse **13** 471 ff.

11. Bartmann, Streitiges zu §§ 69—73 VVG., LeipzZ. **13** 830 ff. Unter „Veräußerung" ist auch die Übereignung einer vermachten Sache zu verstehen. Nicht aber fallen alle diejenigen Fälle darunter, in denen schon kraft anderer Rechtsnormen die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag auf den Erwerber der versicherten Sache übergehen (z. B. Einbringen in eheliche Gütergemeinschaft, Erbschaftserwerb, § 304 HGB., §§ 45, 46, 88 BGB., nicht aber Altenteilsverträge, Erbschaftskauf, Vermögensübertragung nach § 311 BGB.). Maßgebend ist das Interesse, nicht das formelle Eigentum; die Versicherung geht daher bei Übergang des Interesses auch ohne Übergang des Sondereigentums über, soweit dies nicht nach anderen Vorschriften des VVG. als den §§ 69 ff. ausgeschlossen ist: z. B. Verkauf eines Waldbestandes ohne Abholzung, Verkauf eines Grundstücks bei noch ausstehender Auflassung. — Mindestens analog gilt § 73 VVG. für die Veräußerung durch einen Pfandgläubiger. Bei zwangsweisen Veräußerungen muß § 444 BGB. analog angewendet werden. Der Eigentümer ist dem Gläubiger, dieser dem Ersteher gegenüber verpflichtet, die erforderliche Auskunft zu erteilen und den Versicherungsschein herauszugeben. — Die Pflicht zur Anzeige von der erfolgten Veräußerung liegt auch dem Vollstreckungsgläubiger bei der Zwangsveräußerung ob. Diese Anzeige allein genügt. Ein Verschulden bei Erfüllung dieser Anzeige seitens des Gläubigers schadet dem Erwerber ebensowenig wie die des Veräußerungsnehmers bei freiwilliger Veräußerung. Eine Schadensersatzpflicht bei verspäteter Anzeige ist abzulehnen.

12. Wegen der Frage der Endigung des Versicherungsverhältnisses durch Fortgabe eines Pferdes zur Pflege auf das Land vgl. zu § 128 VVG.

II. Anfechtbare Veräußerung. Petersen, MittöffFeuerversAnst. **13** 550. Bei Anfechtung des Veräußerungsgeschäfts nach Kündigung seitens des Versicherers kann nicht ohne weiteres die Vorschrift des § 142 VVG. durchgeführt und die Veräußerung und damit die Kündigung des Versicherers als nicht geschehen behandelt werden; vielmehr muß in entsprechender Anwendung des § 409 BGB. die Kündigung des gutgläubigen Versicherers und dessen durch die Anzeige von der Veräußerung eingetretene Rechtslage bestehen bleiben.

III. Mehrfache Veräußerung. 1. Kisch, Eine Lücke im VVG.? R. **13** 397 ff. Durch §§ 69, 72 VVG. ist dem Versicherungsnehmer die Möglichkeit zu Gesetzesmißbrauch gegeben, nämlich das Gesetz dazu zu verwenden, um sich von langfristigen Versicherungsverträgen loszumachen (ernstlicher Verkauf mit Rückkauf und dadurch erlangtes Kündigungsrecht für den Käufer und im Falle des Rückkaufs für den ursprünglichen Versicherungsnehmer). Schützen kann sich der Versicherer hiergegen nur durch die von vornherein zu treffende, gültige Abmachung, daß der Versicherungsnehmer an den Versicherungsvertrag gebunden bleiben soll, wenn er die Sache zurückerwirbt.

2. Josef, Eine Lücke im VVG.? R. **13** 460 ff. Die von Kisch angeregte Gefahr besteht nicht. Der Weg ist zu kostspielig. Vielfach wird Scheingeschäft anzunehmen sein. Ein Kündigungsrecht nach § 70 VVG. steht dem ursprünglichen Versicherungsnehmer, der das Eigentum zurückerwirbt, nicht zu.

3. Blumhardt, Die Rechtsstellung des Erwerbers einer versicherten Sache, ZVersWes. **13** 569 ff. Nimmt man an, daß der Erwerber mit dem Eintritt in das Versicherungsverhältnis gemäß § 69 VVG. Versicherungsnehmer wird, daß also jede Weiterveräußerung wiederum dem Eintritte des neuen Erwerbers in das vom ersten Versicherungsnehmer mit dem Versicherer geschlossene Versicherungsverhältnis auslöst, so gerät man bei dem Mangel gesetzlicher Regelung in das Uferlose. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als das Gesetz seinem Wortlaut entsprechend anzuwenden. Dann aber kann es nur für die Veräußerung des ersten Versicherungsnehmers auf den Erwerber Anwendung finden, solange der Zwischenzustand besteht, d. h. solange noch die Kündigungsmöglichkeit des § 70 VVG. für den Erwerber besteht. Nur bei einer Veräußerung nach Ablauf der Kündigungsfrist oder wenn der Erwerber auf das Kündigungsrecht verzichtet und damit wirklich als Versicherungsnehmer in das bestehende Versicherungsverhältnis eingetreten ist, wird wieder Raum für die Anwendung der §§ 69 ff. VVG. Der Erwerber wird also nicht mit dem Eintritte gemäß § 69 VVG., sondern erst nach Ablauf der Kündigungsfrist oder durch den Verzicht auf das Kündigungsrecht Versicherungsnehmer.

IV. Der Begriff der versicherten Sache in §§ 69 ff. VVG. Körner, MittöffFeuerversAnst. **13** 559. Die versicherte Sache kann beweglich oder unbeweglich sein. Auf Unternehmungen, die sich nicht unter den Begriff „Sache" bringen lassen (Streik-, Kredit-, Mietausfallversicherung), finden §§ 69 ff. VVG. keine Anwendung: Ausnahme § 151 VVG. Voraussetzung ist, daß die versicherte Sache ihr sachen-rechtliches Sonderdasein bewahrt. Wird eine nicht versicherte Sache Bestandteil einer versicherten, dann erstreckt sich die Versicherung auf diesen Bestandteil.

V. Rechtsfolgen für Prämie und Dividende. 1. Kisch, MittöffFeuerversAnst. **13** 441. Die gesamtschuldnerische Haftung des Erwerbers für die zur Zeit seines Eintritts in das Versicherungsverhältnis laufende Prämie wird nicht dadurch beseitigt, daß der Erwerber nach § 25 HGB. seine Haftung für Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers ausgeschlossen hat.

2. VAPV. **12** 55. Bei Veräußerung einer versicherten Sache steht das Recht auf den Überschußanteil (Dividende) dem Erwerber zu (vgl. auch JDR. **10** 1267).

3. Wegen der Frage, ob der Erwerber die Prämie zurückfordern kann, die er an den Versicherer gezahlt hat, weil er der, wie sich später herausstellt, irrigen Meinung war, der Eigentumsübergang sei erfolgt, vgl. Josef, ÖstZVers. Wiss. **13** 119 ff. (s. zu § 70 VVG.).

4. Vgl. auch unter IV (Josef).

VI. Rückwirkung der §§ 69 ff. VVG. 1. Petersen, Die rückwirkende Kraft der Vorschriften über die Veräußerung der versicherten Sache, LeipzZ. **12** 183 ff. Auf eine nach dem 1. Januar 1910 erfolgende Veräußerung einer vor dem 1. Januar 1910 versicherten Sache kann § 69 keine Anwendung finden, denn er hat keine rückwirkende Kraft. Andererseits kann aber hinsichtlich des Erwerbers auch das bisherige Recht (§ 2163 II. 8 ALR.) keine Anwendung finden, weil dieses bereits am 1. Januar 1910 außer Kraft getreten ist, also nach diesem Zeitpunkte für eine am Versicherungsvertrage nicht beteiligte dritte Person keine Verbindlichkeit mehr begründen kann. Die Wirkungen der Veräußerung im Verhältnisse zwischen Versicherer und dem seitherigen Versicherungsnehmer (Veräußerer) beurteilen sich lediglich nach dem seitherigen Rechte.

2. MittöffFeuerversAnst. **13** 465 (LG. Stendal). Keine Rückwirkung von § 70 Abs. 2 VVG. auf Versicherungsverträge, die schon vor dem Inkrafttreten des VVG. abgeschlossen waren.

VII. Wegen der Anwendbarkeit von §§ 69 ff. bei Parzellierungen (Hagelversicherung) s. VAPV. **13** 119 (vgl. zu § 114 VVG.).

VIII. Wegen der Versicherung „für wen es angeht" vgl. auch Kisch, IheringsJ. **63** 361 ff. (427 ff.), s. zu § 80 VVG.

IX. Wegen der Stellung des Zwangsverwalters vgl. VAPV. **12** Anh. 75 (Marienwerder), s. zu § 115 VVG.

X. Wegen der Nachträge, die den Übergang des Versicherungsverhältnisses beurkunden, s. VAPV. **12** 50 (vgl. zu § 3 VVG.); wegen ihrer Stempelpflichtigkeit s. vor §§ 1 ff. VAG.

XI. Wegen der öffentlichen Versicherungsanstalten s. zu § 72 VVG.

XII. Wegen des schweizerischen Rechtes vgl. SchweizJurZ. **9** 324 (Kassationshof Freiburg, zu Artt. 54, 45 SchweizVVG.).

§ 70. (Vgl. JDR. **10** 1269.) Literatur: Josef, Kann der Grundstückserwerber nach der Übergabe, aber vor erfolgter Eintragung seines Eigentums das Versicherungsverhältnis kündigen? ZVersWes. **13** 547 ff. — Dr. B., Das Kündigungsrecht des Erwerbers eines hypothekarisch beliehenen Gebäudes, DVersPresse **13** 363. — WallmVersZ. **47** 1457 ff.: „Beginn der Kündigungsfrist für den Erwerber eines versicherten Gebäudes". — Vgl. wegen der Literatur auch zu §§ 69, 71, 72, 73, 115 VVG.

I. Beginn der Kündigungsfrist. Josef, ZVersWes. **13** 547 ff. 1. Eine Veräußerung des versicherten Grundstücks im Sinne der §§ 69—73 VVG. liegt nur vor, wenn ein Wechsel in der Person des Versicherungsnehmers eintritt, sonach ein neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Die §§ 69 ff. finden also nicht Anwendung, wenn dem Erwerber das Grundstück zwar übergeben und hiermit auch die Gefahr auf ihn übergegangen (§ 446 Abs. 1 BGB.), seine Eintragung als Eigentümer aber noch nicht erfolgt ist. Die entgegengesetzte Folgerung ist auch durch den Zweck der Versicherung nicht geboten. Denn in dem Besitzübertragungsvertrage liegt zugleich das stillschweigende Abkommen, daß, wenn das verkaufte Haus (Zubehör) abbrennt, bevor noch der Käufer als Eigentümer eingetragen ist, der Verkäufer die Brandsumme vom Versicherer erheben und sie dem Abkäufer zuführen soll; und dieser Tatbestand stellt das versicherbare Interesse des Verkäufers dar. Es tritt also nach stillschweigender Abrede für die Zeit zwischen Übergabe und Eigentumseintragung im Verhältnisse des Käufers zum Verkäufer dieselbe Rechtslage ein, die für die Zeit nach dem Eigentumserwerbe kraft Gesetzes (§ 69 VVG.) besteht. 2. Die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer und ihr Zeitpunkt entziehen sich jeder Mitwirkung und jeder Kenntnis der Beteiligten. Diese haben mit der Auflassung alles getan, was ihnen zwecks Eigentumsveränderung obliegt. Die grund-

buchamtliche Benachrichtigung an die Beteiligten von der erfolgten Eintragung kann sich verzögern, ihr Zeitpunkt hängt von Zufälligkeiten ab und ist oft nicht genau festzustellen; diese Benachrichtigung kann also nicht maßgebend sein für den Beginn der gesetzlichen Verbindlichkeiten. Andererseits erfolgt aber — von ganz besonderen Ausnahmefällen abgesehen — die Eintragung ausnahmslos der Auflassung nach, so daß die Beteiligten mit der letzteren aller spätestens die Übergabe verbinden. Daraus ist als Absicht des Gesetzes zu folgern: Die Pflicht des Veräußerers und des Erwerbers zur Anzeige von der Veräußerung an den Versicherer, und die Kündigungsfrist des Erwerbers beginnt schon mit der Auflassung, ebenso die Kündigungsfrist des Versicherers schon mit der Kenntnis von der erfolgten Auflassung, und dieser muß sich die Kenntnis von der Auflassung als Kenntnis von der erfolgten Veräußerung anrechnen lassen.

2. Josef, Kleinere Streitfragen aus dem deutschen Versicherungsgesetze, ÖstZVersWiss. **13** 119 ff. Erst die Eintragung ins Grundbuch macht den Erwerber zum Eigentümer des Grundstücks und des Gebäudes. Der Zeitpunkt der Eintragung ist, da sie sich ohne Mitwirkung der Vertragsparteien vollzieht, ihnen unbekannt. Der Zeitpunkt ihrer Benachrichtigung durch das Grundbuchamt von dem bereits erfolgten Eigentumsübergange hängt von Zufälligkeiten ab, wird auch urkundlich nicht festgestellt. Für die Verpflichtung der Beteiligten zur unverzüglichen Anzeige ist weder der Zeitpunkt der Eintragung, noch der der Benachrichtigung maßgebend, sondern der der Auflassung, weil die Beteiligten hiermit alles getan haben, was ihnen selbst obliegt und weil auf die Auflassung hin die Eintragung regelmäßig erfolgt. — Zeigt der Erwerber dem Versicherer an, er habe die versicherte Sache erworben, und ist dem Versicherer auf Grund dieser Anzeige ein Schaden entstanden, so ist ihm der Anzeigende nicht ersatzpflichtig, wenn sich später ergibt, daß er die Anzeige fahrlässig unrichtig gemacht hat. Denn zu dem Anzeigenden steht der Versicherer in keinem Vertragsverhältnisse. § 823 Abs. 1 BGB. aber gibt dem Versicherer einen Ersatzanspruch nur bei fahrlässiger Verletzung der dort bezeichneten Rechtsgüter. Geht dagegen die unrichtige Anzeige von dem Versicherungsnehmer als dem angeblichen Veräußerer aus, so ist dieser ersatzpflichtig, weil fahrlässig unrichtige Anzeige sich als Verletzung einer ihm gegen den Versicherer obliegenden Vertragspflicht darstellt, wobei Rechtsirrtum nur, wenn er unentschuldbar ist, als Fahrlässigkeit gilt. — Der übereinstimmende gute Glaube des Versicherers, des Veräußerers und des Erwerbers ersetzt nicht den Mangel des Veräußerungstatbestandes. Hat aber der Veräußerer das versicherte Gebäude dem angeblichen Erwerber übergeben und hat dieser dem Versicherer die Prämie bezahlt und stellt sich dann heraus, daß der Versicherungsnehmer Eigentümer geblieben ist, so kann der vermeintliche Erwerber die Prämie nicht vom Versicherer zurückfordern. Denn dieser hat die versicherte Gefahr getragen. Die Zahlung der Prämie seitens des vermeintlichen Erwerbers an den Versicherer beruht auf einer Anweisung des vermeintlichen Veräußerers: durch die Zahlung des vermeintlichen Erwerbers wird die fortbestehende Verbindlichkeit des Versicherungsnehmers getilgt. Nur dieser, nicht aber der Versicherer kann rechtlos bereichert sein.

3. WallmVersZ. **47** 1081, 1460 ff. (LG. Ostrowo und Hannover). Die Kündigungsfrist beginnt zwar nicht mit dem Abschlusse des obligatorischen Veräußerungsantrags, wohl aber mit der Besitzübergabe, nicht erst mit dem Eigentumsübergange.

4. WallmVersZ. **47** 1461 ff. (AG. Hannover und LG. Danzig.) Erst mit dem Eigentumsübergange beginnt der Lauf der Kündigungsfrist.

5. Wegen des Beginns der Kündigungsfrist vgl. auch zu § 69 unter I 2 (Josef).

II. Kenntnis des Erwerbers von der Versicherung. KGBl. 13 84 ff. (LG. III Berlin). Kenntnis von der Versicherung hat der Erwerber nicht schon dann, wenn er weiß, daß eine Versicherung besteht, sondern erst dann, wenn ihm die Person des Versicherers bekannt geworden ist. Die Beweispflicht dafür, wann er Kenntnis erlangt hat, trifft den Versicherungsnehmer. Die Schwierigkeit dieser Beweispflicht führt dazu, dem Versicherer, der die vom Versicherungsnehmer behauptete Nichtkenntnis von der Versicherung bestreitet, die Pflicht zur Substantiierung seines Bestreitens und zur Angabe von Tatsachen aufzuerlegen, aus denen die Kenntnis des Versicherungsnehmers zu folgern ist. Der Versicherungsnehmer hat dann diese Tatsachen zu widerlegen.

III. Verzicht auf Kündigung. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. 13 103. Wenn die Versicherungsgesellschaft in Kenntnis des Eigentumswechsels eine Prämienzahlung annimmt, ohne zugleich oder unmittelbar danach den Willen, das Versicherungsverhältnis zu beendigen, zum Ausdrucke zu bringen, so gibt sie zu erkennen, daß sie ungeachtet des Eigentumswechsels, das Versicherungsverhältnis fortsetzen will.

IV. Folgen der Kündigung. Josef, MittöffFeuerversAnst. 13 276. Wenn der Erwerber eines Grundstücks die Versicherung kündigt, dann steht der Anspruch auf Rückerstattung der für die Zeit nach Erlöschen des Vertrags vom Veräußerer im voraus gezahlten Prämie dem Veräußerer zu und nicht dem Erwerber.

V. Wegen der Anwendung der §§ 69 ff. bei mehrfachem Eigentumswechsel s. Blumhardt, ZVersWes. 13 4569ff. (vgl. zu § 69 VVG. unter III 3).

VI. Wegen der Rückwirkung der §§ 69 ff. VVG. auf ältere Verträge s. oben zu § 69 VVG.

VII. 1. Wegen der Kündigung im Falle der Anfechtbarkeit der Veräußerung s. zu § 69 unter II.

2. Wegen der Kündigung im Falle des Rückerwerbes seitens des ursprünglichen Veräußerers s. zu § 69 unter III.

VIII. Wegen der Frage der Möglichkeit des Ausschlusses des Kündigungsrechts (§ 70 Abs. 2 VVG.) bei öffentlichen Versicherungsanstalten s. unten zu § 72 VVG.

§ 71. (Vgl. IDR. 10 1269, 8 1092.) I. Umfang der Pflicht zur Anzeige von der Veräußerung. 1. Bartmann, LeipzZ. 13 830 ff. (vgl. oben zu § 69 VVG. unter I). Bei zwangsweisen Veräußerungen genügt die Anzeige durch den Vollstreckungsgläubiger, der ebenfalls anzeigepflichtig ist.

2. **RG.** MittöffFeuerversAnst. 13 379, WallmVersZ. 47 2321, ZVersWes. 13 619, VersAnn. 13 393. Handelt es sich um die Frage der Verletzung der Anzeigepflicht hinsichtlich des Eigentums feuerversicherter Sachen sowie weiter um die Frage, ob objektiv nach Maßgabe der für den Versicherungszweig berechtigten und geltenden Verkehrsanschauung dem Versicherer zufolge der vorgekommenen Veränderung die Fortsetzung des Vertrags unter den bisherigen Bedingungen zuzumuten ist, so ist es nicht rechtsirrig, bei dem besonderen Falle, daß ein Kaufmann einen Gütertrennungsakt tätigt und seine wesentlichen Vermögensgegenstände auf seine Frau überträgt, den Eigentumswechsel nur ausnahmsweise als erheblich für den Versicherungsbestand oder den Prämiensatz zu beurteilen, nämlich nur dann, wenn Anzeichen betrügerischen Verhaltens oder völlige Überschuldung bei Abschluß des Gütertrennungsvertrags vorgelegen hätten.

3. VAPV. 13 Anh. 123 (KG.). Wenn das Geschäft des in Konkurs gefallenen Versicherungsnehmers vom Konkursverwalter an X. und von diesem am nächsten Tage an die Ehefrau des Gemeinschuldners verkauft wird, so genügt es, wenn die Ehefrau von ihrem Erwerbe Anzeige macht. Die Versicherungsgesellschaft

kann nicht hinterher einwenden, daß sie von der Veräußerung an X. keine Mitteilung erhalten habe.

II. Wegen des Beginns der Anzeigepflicht vgl. auch zu § 69 unter I 1 u. 2 (Josef).

III. Verletzung der Anzeigepflicht. 1. Wegen der Folgen einer Versäumung der Anzeige s. Bartmann, LeipzZ. **13** 830 ff. (vgl. oben zu § 69 VVG unter I).

2. Wegen unrichtiger Anzeigen vom Eigentumswechsel und ihrer Rechtsfolgen vgl. Josef, ÖstZVersWiss. **13** 119 ff. (oben zu § 69).

§ 72. Literatur: Bäseler, Zur Frage der Gültigkeit des § 12 der allgemeinen Normativbedingungen der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten für Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** 578 ff. — Cohn, Kann das dem Erwerber einer versicherten Sache im § 70 VVG. gewährte Kündigungsrecht durch die allgemeinen Versicherungsbedingungen beschränkt werden? LeipzZ. **12** 443 ff. — Könige, Kann das dem Erwerber einer versicherten Sache im § 70 VVG. gewährte Kündigungsrecht durch die allgemeinen Versicherungsbedingungen beschränkt werden? LeipzZ. **12** 747. — Schneider, Widerspruch zwischen Satzung oder Versicherungsbedingung und einem Reichs- oder Landesgesetze, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 167 ff. (s. zu § 192 VVG.). — WallmVersZ. **47** 337 ff., Das Kündigungsrecht des Erwerbers eines versicherten Grundstücks und die preußischen Sozietäten.

A. Zur Frage der Beschränkbarkeit der Kündigungsmöglichkeit im Veräußerungsfalle bei öffentlichen Versicherungsanstalten. Gültigkeit von § 12 Ziff. 3 (Wortlaut s. unter III. 2.) der Normativbedingungen der preußischen Sozietäten. I. Für die Zulässigkeit einer Beschränkung und für die Gültigkeit von § 12 Ziff. 3. 1. Bäseler, Mittöff. FeuerversAnst. **12** 578 ff. Der Ausschluß des Kündigungsrechts des Erwerbers durch die Normativbedingungen der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten ist rechtlich nicht zu beanstanden, soweit es sich um annahmepflichtige Versicherungen handelt. Ebenso ist die Bestimmung, daß bei der Gebäudeversicherung der Erwerber auch für rückständige Beiträge hafte, für annahmepflichtige Versicherungen gültig. Die Annahmepflicht im Sinne von § 192 Abs. 1 VVG. ist nicht deshalb zu verneinen, weil der Anstalt ein auf besonderen Verhältnissen (z. B. wegen zu großer Feuersgefahr) beruhendes Ablehnungsrecht zusteht.

2. Hirsch, MittöffFeuerversAnst. **13** 2 ff. Die Satzungen und Verfügungsbedingungen der nach Landesrecht errichteten öffentlichen Versicherungsanstalten können bestimmen, daß dem Erwerber eines bei ihnen versicherten Gebäudes das sofortige Kündigungsrecht des § 70 Abs. 2 VVG. nicht zusteht.

3. MittöffFeuerversAnst. **12** 496, NaumbAK. **12** 75 (LG. Halle). Die Bestimmung des § 70 Abs. 2 VVG. über das Kündigungsrecht des Erwerbers enthält eine Beschränkung der Vertragsfreiheit. Das ergibt sich aus § 72 Abs. 1 VVG. (aA. Schneider, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 167 ff. und Reydt, Wallm. VersZ. **45** 1633 ff.). Die Satzungen der nach Landesrecht errichteten öffentlichen Feuerversicherungsanstalten können daher bestimmen, daß dem Erwerber eines bei ihnen versicherten Grundstücks das sofortige Kündigungsrecht des § 70 Abs. 2 VVG. nicht zusteht. Das ergibt sich auch aus § 22 PrG. über die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten vom 25. Juli 1910, wo nur § 71 VVG. als unabänderlich bezeichnet ist.

4. WallmVersZ. **46** 2121, MittöffFeuerversAnst. **12** 496 (AG. Merseburg) ebenso.

II. Gegen die Beschränkbarkeit der Kündigung und gegen die Gültigkeit von § 12 Ziff. 3. 1. Cohn, LeipzZ. **12** 443 ff. Der Übergang des Versicherungsvertrags auf den Erwerber, also die Anwendbarkeit der §§ 69 ff. VVG. kann durch Vertrag der ursprünglichen Vertragsparteien ausgeschlossen werden. Das Kündigungsrecht des Erwerbers kann aber weder aus-

geschlossen, noch beschränkt werden. Das beruht nicht auf einer Beschränkung der Vertragsfreiheit, sondern auf Grundsätzen des Schuldrechts. Das Kündigungsrecht ist nämlich Inhalt des Vertragsverhältnisses zwischen Versicherer und Erwerber. Auf öffentliche Versicherungsanstalten im Sinne von § 192 Abs. 1 VVG. finden die §§ 69 ff. VVG. überhaupt keine Anwendung; bei ihnen ist also eine Beschränkung des Kündigungsrechts des Erwerbers zulässig. Nicht dagegen bei den im § 192 Abs. 2 VVG. erwähnten Anstalten. Die Bestimmung im § 12 Ziff. 3 der allgemeinen Versicherungsbedingungen der preuß. öffentlichen Feuerversicherungsanstalten ist also unwirksam.

2. Ebenso WallmVersZ. **45** 1633 ff., 2278 ff., **47** 337 ff., 921 ff.

III. Gegen die Zulässigkeit einer Kündigungsbeschränkung —, aber für die Gültigkeit von § 12 Ziff. 3. 1. Schneider, Widerspruch zwischen Satzung oder Versicherungsbedingungen einer öffentlichen Versicherungsanstalt und einem Reichs- oder Landesgesetze, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 167 ff. Verstößt eine Bestimmung in dem unmittelbar entstehenden Versicherungsverhältnisse oder im Vertrage, sei es kraft obrigkeitlich genehmigter allgemeiner Bedingungen oder einer für den besonderen Fall gewählten Festsetzung, gegen die allgemeinen Vertragsbeschränkungen, z. B. §§ 138, 276 BGB., so würde sie bzw. nach Maßgabe von § 139 BGB. der ganze Vertrag nichtig sein. Verstöße gegen unabänderliche Rechtssätze zugunsten der Rechte Dritter (z. B. §§ 99 ff., 15, 98, 157, 70, 72 VVG.) sind nichtig, ohne daß im übrigen die Wirksamkeit des Vertrags berührt würde. Das gilt von allen dem § 192 VVG. unterstehenden Versicherungsverhältnissen. Für die Versicherungsverhältnisse nach § 192 Abs. 2 VVG. gilt ebenfalls der Satz, daß die kraft Landesgesetzes aufgestellten Vertragsbeschränkungen besonderer Art gleichfalls die Nichtigkeit von Verstößen hiergegen nach Maßgabe von § 139 BGB. herbeiführen; die Genehmigung der allgemeinen Versicherungsbedingungen durch die Verwaltungsbehörde ist für die Frage der Gültigkeit rechtlich ohne Bedeutung. — Ein Widerspruch zwischen § 70 VVG. und § 12 der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten besteht nicht. § 12 ist dahin auszulegen, daß nur die Kündigung der Anstalt davon abhängig sein soll, daß es sich um Versicherungen handelt, zu deren Annahme die Anstalt nicht verpflichtet ist. — §§ 69 ff. VVG. stellen keine Vertragsbeschränkungen dar, die das Landesgesetz auf die öffentlichen Versicherungsanstalten des § 192 Abs. 2 VVG. hätte ausdehnen können. §§ 69 ff. VVG. sind vielmehr ohne weiteres maßgeblich, darunter auch § 71 VVG.

2. Könige, LeipzZ. **12** 747, weist gegenüber Cohn, LeipzZ. **12** 443, in Übereinstimmung mit Schneider, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 171, darauf hin, daß § 12 Ziff. 3 der allgemeinen Versicherungsbedingungen für die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten Preußens nur scheinbar eine Verletzung des § 70 VVG. enthält. Die Bestimmung: „Die Anstalt und der Erwerber sind berechtigt, die Versicherung mit einmonatiger Frist zu kündigen, wenn es sich um Versicherungen handelt, zu deren Annahme die Anstalt nicht verpflichtet ist" will vielmehr nur zum Ausdrucke bringen, daß auch die Anstalt in einem Falle kündigen kann, nämlich dann, wenn durch die Veräußerung Umstände herbeigeführt werden, die die Anstalt zur Ablehnung berechtigen würden. In diesem Sinne haben bereits einzelne Sozietäten die Bestimmung des § 12 Ziff. 3 durch andere Fassung klargestellt.

B. Obligatorische Verpflichtung zur Unterlassung der Kündigung. 1. VAPV. **13** Anh. 86, WallmVersZ. **47** 1050 ff. (wegen des Urt. des LG. s. 1038 ff.), MittöffFeuerversAnst. **13** 223, VersAnn. **13** 522 (Marienwerder). Eine obligatorische Verpflichtung, die Versicherung nicht ohne Zustimmung der Hypothekengläubiger zu kündigen, geht bei Eigentumswechsel nicht auf den Erwerber über.

2. Domizlaff, MittöffFeuerversAnst. **13** 170. Die Bestimmung der Bedingungen, daß Kündigungen nur zulässig sind, wenn die Zustimmung der Realgläubiger, die durch Sicherungsschein geschützt waren, beigebracht wird, wirkt nicht gegen den Ersteher in der Zwangsversteigerung.

3. Dr. B., Das Kündigungsrecht des Erwerbers eines hypothekarisch beliehenen Gebäudes in der Feuerversicherung, DVersPresse **13** 363: Nach § 70 VVG. ist die Bestimmung, daß der Erwerber eines Grundstücks nur mit Zustimmung des Hypothekengläubigers kündigen könne, unwirksam. Sie wird aber wirksam, wenn der Erwerber die Kündigungsfrist hat verstreichen lassen.

§ 73. (Vgl. JDR. **10** 1270, 8 1092.) Literatur: Josef, Die Einwirkung der Enteignung auf die Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. **13** 676. — Keup, Eintritt des Zwangsverwalters in laufende Versicherungsverträge, LeipzZ. **13** 737—744.

I. Wegen der Zwangsversteigerung vgl. zu § 72 VVG. unter II 2.

II. Andere Fälle zwangsweiser Veräußerung. 1. Körner, MittöffFeuerversAnst. **13** 563 ff. Der Zwangsversteigerung gleichzustellen sind die Zwangsverwaltung, die Konkurseröffnung, die Einziehung nach § 40 StGB., der Eigentumserwerb nach § 837 ZPO. und § 886 ZPO. sowie endlich die Zwangsenteignung.

2. Josef, MittöffFeuerversAnst. **13** 676. Die Enteignung ist der Zwangsversteigerung gleichzustellen.

3. Keup, Eintritt des Zwangsverwalters in laufende Versicherungsverträge, LeipzZ. **12** 737 ff. Der Zwangsverwalter ist für die Geltendmachung der Versicherungsforderung aktiv legitimiert. Er ist aber auch gegenüber den Klagen des Versicherers auf Bezahlung der Prämie passiv legitimiert. Ob eine Pflicht zur Bezahlung der Prämien besteht, richtet sich nach den Umständen. Der Klagantrag auf Zahlung der Prämie darf auch nur dahin gehen, daß der Verwalter die Prämie aus den Erträgen der Verwaltung zahle. Aus seiner eigenen Tasche braucht er sie nicht zahlen und Bezahlung aus dem Grundstücke kann der Versicherer nur verlangen im Falle des § 10 Nr. 3 ZVG. — Vgl. auch zu § 14 Abs. 2 VVG. und zu § 115 VVG.

4. Wegen der Zwangsverwaltung s. auch zu § 115 VVG.

5. Wegen der Mobiliarzwangsvollstreckung vgl. Bärtmann, LeipzZ. **13** 830 ff. (s. oben zu § 69 VVG. unter I).

III. Versicherung für fremde Rechnung.

Vorbemerkung zu §§ 74—80: Die Versicherung für fremde Rechnung gibt zu den schwierigsten und feinsten Fragen Anlaß. Um so erfreulicher ist die reiche und eingehende Bearbeitung, die sie gefunden hat. Besonders sei auf die Schriften und Aufsätze von Lenné hingewiesen. Außerdem ist der schon oben in der Vorbemerkung vor §§ 49 ff. erwähnte und ein weiterer Aufsatz Kischs zu nennen (zu § 74 und zu § 80) und es ist ferner besonders hinzuweisen auf die Aufsätze Schneiders, der übrigens im Berichtszeitraume sich in mehrfachen Beziehungen in bedeutsamer Weise um die Förderung wichtiger Streitfragen verdient gemacht und bei der Versicherung für fremde Rechnung die Fragen des Verfügungsrechts eingehend erörtert hat, sowie Josefs, der die von Flechtheim angeregte Frage des sog. Schutzes durch mittelbare Versicherung weiter ausbaut.

§ 74. (Vgl. JDR. **10** 1270). Literatur: Byk, Die Versicherung für fremde Rechnung verglichen mit der Kommisson. Diss. Berlin 1911. — Fischer, Die Versicherung für fremde Rechnung in der Schadenversicherung. Leipzig 1913. — Josef, Schutz durch mittelbare Versicherung. ZVersWiss. **12** 778 ff. — Kisch, Ist die Fremdversicherung ein Vertrag zugunsten Dritter? R. **13** 319 ff. — Lenné, Beiträge zur Lehre vom Versicherungsgeschäfte für fremde Rechnung. Diss. Marburg 1911. — Derselbe, Beiträge zur Lehre vom Versicherungsgeschäfte für fremde Rechnung, ZVersWiss. **12** 1208 ff. — Derselbe, Das Versicherungsgeschäft für fremde Rechnung. Marburg 1911. — Schneider, Das Verfügungsrecht der Beteiligten bei der Versicherung für fremde

Rechnung, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 162 ff. — Michy, L'assurance pour compte d'autrui et l'assurance complémentaire de respousabilité contre les risques d'incendie. Paris 1912. Schädensversicherung für fremde Rechnung, ÖsterrRevue **13** 2714.

I. Allgemeines zur Versicherung für fremde Rechnung. 1. Kisch, Ist die Fremdversicherung ein Vertrag zugunsten Dritter? R. **13** 319 ff. Die Fremdversicherung stellt ein einheitliches vertragliches Rechtsverhältnis dar, das zwar gegenüber dem Normalfalle des Vertrags zugunsten Dritter einige Besonderheiten aufweist und dem Begünstigten auch gewisse Pflichten auferlegt, aber doch ein Vertrag zugunsten Dritter ist.

2. Byk, Die Versicherung für fremde Rechnung verglichen mit der Kommission, behandelt die Verschiedenheit beider Institute und spricht sich gegen die Anwendbarkeit der Vorschriften der Kommission auf die Versicherung für fremde Rechnung aus.

3. Lenné, Beiträge zur Lehre vom Versicherungsgeschäfte für fremde Rechnung, ZVersWiss. **12** 1208 ff., arbeitet eine Reihe allgemeiner Gesichtspunkte heraus, die zur Erfassung des Instituts der Versicherung für fremde Rechnung und zur Einordnung in den gesamten Rechtsstoff wichtig sind. Von seinen Ergebnissen ist hervorzuheben: 1. Die Versicherung für fremde Rechnung stellt, obwohl Vertrag zugunsten Dritter, doch einen, allerdings vom Regelfalle abweichenden Typus des Kommissionsgeschäfts dar. Das VVG. regelt nur die versicherungsrechtliche Seite, das Verhältnis des Versicherungsnehmers bzw. des Versicherten zu dem Versicherer. Soweit diese Vorschriften nicht ausreichen, muß insbesondere für das Innenverhältnis von Versichertem und Versicherungsnehmer auf die Grundsätze des Kommissionsgeschäfts (§§ 383 ff. HGB.) zurückgegriffen werden, falls nicht im einzelnen Falle allgemeine versicherungsrechtliche Grundsätze entgegenstehen. Bei Nichtkaufleuten sind die §§ 383 ff. HGB. analog anzuwenden in Verbindung mit den allgemeinen Vorschriften über die indirekte Stellvertretung und den Bestimmungen des BGB. über den Auftrag. In keinem Falle sind anwendbar von den §§ 383 ff. HGB. die §§ 388, 389, 391, 395, 396 Abs. 2, 406 Abs. 2, 392, 397, 398, 399 Abs. 2, 390 Abs. 2. Nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit § 406 kommt § 383 HGB. in Betracht. §§ 400—405 sind nur selten anwendbar. — 2. Steht das versicherungsrechtliche Interesse mehreren Personen zu, so liegt im Falle der Verschiedenartigkeit dieser Interessen bei sog. Koinzidenz-Interessen nur selten Versicherung für fremde Rechnung vor. Die sog. Konkurrenzinteressenten können für eigene oder für fremde Rechnung Versicherung nehmen. — 3. Zu verneinen ist die Frage, ob die Konkurrenzinteressenten, auch ohne daß sie sich selbst versichern oder zu ihren Gunsten eine Versicherung für fremde Rechnung genommen wird, ipso jure (Ehrenberg) oder infolge eines Stellvertretungsverhältnisses (J. Gierke) als mitversichert anzusehen sind, wenn einer von ihnen den vollen Sachwert unter Versicherung bringt. Und ebenso ist die weitere Streitfrage zu verneinen, ob bei der Versicherung des vollen Sachwerts durch einen Interessenten die daneben tretende Versicherung des spezifischen Interesses eines anderen Konkurrenzinteressenten eine unzulässige Doppelversicherung ergeben würde. Die mehreren Konkurrenzinteressen sind nicht nur der Art nach verschieden; sie sind auch nicht Teile eines Gesamtinteresses, das durch sie erschöpft würde. Die neue Gesetzgebung stellt nicht auf das objektive (Ehrenberg), sondern auf das subjektive Interesse ab (vgl. §§ 69 ff., 85 Satz 2, 151 Abs. 1 Satz 2, 52 VVG.). — 4. Das Vorstehende wird besonders bestätigt durch die rechtliche Regelung der Sicherung der Hypotheken-, Grund- und Rentenschuldgläubiger in §§ 100, 101 VVG. Zu verneinen ist die Frage, ob durch §§ 100, 101 VVG. ein Fall der Versicherung für fremde Rechnung im Sinne von §§ 75 ff. VVG. gegeben ist, nämlich eine vom

Eigentümer (zum Teil) zugunsten der Hypothekengläubiger genommene Versicherung. Die Grundsätze über die Versicherung für fremde Rechnung sind als solche nicht zu verwerten. Beruht der Schutz der Realgläubiger nicht auf Gesetz, sondern auf Vertragsbestimmungen, dann liegt zwar Vertrag zugunsten Dritter vor, aber keine Versicherung für fremde Rechnung. — Nach alledem ergibt sich, daß die Konkurrenzinteressen grundsätzlich nicht anders zu behandeln sind wie andere selbständige Interessen. Sie werden einerseits nicht ohne weiteres mitversichert, wenn das gesamte Eigentumsinteresse unter Versicherung gebracht wird, und können andererseits jederzeit selbständig Gegenstand einer Sonderversicherung sein, auch wenn der Eigentümer oder ein ihm gleichstehender Interessent das sog. Eigentumsinteresse versichert hat. Der besondere Schutz, den das Gesetz dem Nießbraucher und den Realgläubigern angedeihen läßt, macht es nicht notwendig, den Konkurrenzinteressenten innerhalb des Versicherungsrechts eine Sonderstellung einzuräumen. — 5. Die Frage, ob der Versicherungsnehmer oder der Versicherte oder beide die sog. „Obliegenheiten" und Pflichten gegenüber dem Versicherer zu erfüllen haben, ist dahin zu beantworten: Grundsätzlich treffen diese Obliegenheiten und Pflichten den Versicherungsnehmer als den Vertragsgegner, das schließt aber nicht aus, daß aus besonderen versicherungsrechtlichen Gründen und im Hinblick auf Treu und Glauben gewisse Obliegenheiten und auch eigentliche Pflichten (im einzelnen s. 1239 ff.) neben dem Versicherungsnehmer auch von dem Versicherten zu erfüllen sind und daß dessen Wille, Wissenschaft und Dolus rechtliche Bedeutung für das Versicherungsverhältnis gewinnen können, so daß das Verschulden des Versicherungsnehmers stets gegenüber dem Versicherten wirkt, das des letzteren aber auch gegen den Versicherungsnehmer von Bedeutung werden kann. §§ 61, 130, 152 VVG. gelten auch für den Versicherten, so daß sein Verschulden ihm den Anspruch aus der Versicherung für fremde Rechnung nimmt. Dasselbe gilt von den §§ 23 ff. VVG. Unkenntnis vom Bestehen der Versicherung ist unerheblich. Durch Nichtkenntnis spezieller Vertragsvorschriften kann das Verschulden ausgeschlossen sein. Ebenso gelten auch für den Versicherten die §§ 62, 122, 183 sowie §§ 16 ff. VVG., wenn schon insoweit die Entscheidung von Fall zu Fall zu treffen sein wird. Endlich gilt auch § 34 VVG. — Anwendbar sind auch z. B. §§ 14, 107 VVG. und überhaupt alle Vorschriften über die Versicherung für eigene Rechnung, soweit ihr Sinn und ihr Zweck sie auch für die rechtliche und wirtschaftliche Stellung des Versicherten als zutreffend erscheinen lassen. — 6. Versicherung für fremde Rechnung auf dem Gebiete der Personenversicherung. Bei Lebensversicherung ist sie nicht möglich, wohl aber bei der Unfallversicherung, besonders bei der Kollektivunfallversicherung. Hierbei steht der Versicherungsanspruch präsumtiv dem Dritten zu, auf dessen Unfall es ankommt; doch hat der Versicherungsnehmer ein weitgehendes Verfügungsrecht. Stillschweigende Parteivereinbarungen sind bei der Anwendung der §§ 75 ff. VVG. zu berücksichtigen, z. B. Ausschluß des § 76 Abs. 3 VVG. — Wegen der Kollektivunfallversicherung im einzelnen s. S. 1254 ff.

II. Versicherung durch den Obhutspflichtigen (Schutz durch mittelbare Versicherung). 1. Josef, Schutz durch mittelbare Versicherung, ZVersWiss. **12** 778 ff., bespricht den Fall, daß der Kraftwagen, der vom Eigentümer auch gegen außerhalb des gewöhnlichen Standorts eintretende Brandschäden versichert ist, im Schuppen einer Kraftwagenfabrik verbrennt, die ihrerseits alle in ihren Räumen befindlichen eigenen und fremden Kraftwagen gegen Feuer versichert hatte, und kommt gegenüber Flechtheim, LeipzZ. **11** 675 ff. und Moldenhauer, LeipzZ. **11** 688 ff. (vgl. **09** 42 ff.) zu folgendem Ergebnisse: 1. Das Vorliegen einer Versicherung für fremde Rechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Versicherungsnehmer eine Obhuts- und Herausgabepflicht hin-

sichtlich der versicherten Sachen hat, und also zugleich bezweckt, das eigene Interesse (Haftung aus der Obhutspflicht) zu schützen. Auf eine solche Versicherung finden demgemäß nicht die Grundsätze von der Haftpflichtversicherung Anwendung, sondern lediglich die über die Versicherung für fremde Rechnung. Sowohl wenn der Versicherungsnehmer (Herausgabepflichtige) als auch wenn der Versicherte (Eigentümer der Sachen) den Brand vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeiführt, ist der Versicherer leistungsfrei. Ist der Versicherungsfall zwar durch Verschulden des Versicherungsnehmers herbeigeführt, ist dies Verschulden indes kein grobes, so steht dem Versicherten ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung seines Eigentums gegen den Versicherungsnehmer zu. Wenn nun hier der Versicherte beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 75 Abs. 2 VVG. Ansprüche unmittelbar gegen den Versicherer geltend macht, so geht jener Schadensersatzanspruch des Versicherten nicht auf den Versicherten über, die Anwendung des § 67 VVG. ist hier also ausgeschlossen, weil nach der Natur der Sache die Versicherung für fremde Rechnung insoweit sich als Haftpflichtversicherung darstellt. In diesem Falle kann der Versicherer, wenn der Versicherte für seine Sache bei einem anderen Versicherer Versicherung genommen hat, auch nicht nach § 59 Abs. 2 VVG. aus der Doppelversicherung Erstattungsansprüche erheben, da hierdurch dem ersten Versicherungsnehmer eine Ersatzpflicht aus § 67 VVG. entstehen könnte, vor der er gerade durch die Versicherung geschützt sein will. 2. Ist dieselbe Sache von mehreren bei verschiederen Versicherern unter Versicherung gebracht und enthält jeder der Verträge die Maßgabe, daß die Versicherung sich auf einen bestimmten Versicherungsfall nicht erstrecken solle, so kann keiner der Versicherten zur Begründung seiner Leistungsfreiheit sich auf einen Tatbestand berufen, aus dem mit gleichem Rechte der andere Versicherer gleichfalls seine Leistungsfreiheit herleiten könnte. Eine solche Einrede des Verfahrens widerstreitet dem das Versicherungsverhältnis beherrschenden Grundsatze von Treu und Glauben, begründet also für den Versicherungsnehmer die Replik der Arglist.

2. **RG.** R. **13** 1049, MittöffFeuerversAnst. **13** 288, VersAnn. **13** 213. Bei der Versicherung für fremde Rechnung hat der dritte Versicherte Ansprüche gegen die Gesellschaft aus eigenem Rechte, nicht aus dem des Versicherungsnehmers. (Zusammentreffen von Versicherung für fremde Rechnung mit der vom Eigentümer genommenen Versicherung, kraft deren die Sachen auch außerhalb der Wohn- und Lagerräume versichert bleiben.)

III. Wegen des Verhältnisses der Versicherung für fremde Rechnung zu § 67 VVG. s. **RG.** R. **13** Nr. 1946 (s. zu § 67 VVG. unter II 2).

2. Josef, Der gesetzliche Rechtsübergang auf dem Gebiete des Privatrechts, AssekJahrb. **35** 1 ff., vgl. zu § 67 VVG. unter I 2 (daselbst unter 7—9).

IV. Wegen der Stellung des Nießbrauchers vgl. Kisch, R. **13** 763 ff., 789 ff. (s. oben zu § 49 VVG.).

V. Über den Versicherungsschein bei der Versicherung für fremde Rechnung s. 1. Jacobi, Der Versicherungsschein (vgl. oben zu § 3 VVG.).

2. Josef, Der gesetzliche Rechtsübergang auf dem Gebiete des Privatrechts, AssekJahrb. **35** 1 ff., vgl. zu § 67 VVG. unter I 2 (daselbst unter 8).

§ 75. (Vgl. JDR. **10** 1271, 8 1093.) Literatur: Lenné, Die Verhütung von Wettassekuranzen bei Versicherung für fremde Rechnung und Versicherung fremder Interessen als eigener; versicherungsrechtliche Treuhänderschaft, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 73 ff. — Schneider, Das Verfügungsrecht der Beteiligten bei der Versicherung für fremde Rechnung, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 162 ff.

I. § 75 Abs. 1 Satz 1 zwingendes Recht? 1. Lenné, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 73 ff. Dem Grundsatze des gesamten Versicherungsrechts wird durch § 75 Abs. 1 Satz 1 Geltung verschafft, wonach die Rechte aus einer Ver-

sicherung für fremde Rechnung dem dritten Interessenten selbst zustehen sollen (vgl. § 886 Abs. 1 Satz 1 HGB.). Es fragt sich aber, ob diese Bestimmung zwingenden Rechtes ist oder ob auch vereinbart werden kann, daß die Rechte aus der Versicherung für fremde Rechnung dem Versicherungsnehmer zustehen, daß er aber obligatorisch verpflichtet sein soll, sie an den Versicherten abzutreten. Diese Frage ist für bestimmte Fälle zu bejahen. Die §§ 74 ff. VVG. sind nämlich zwingendes Recht. Man kann also unmittelbar die Berechtigung der Dritten aus den abgeschlossenen Versicherungen ausschließen. Es liegt dann eine Art versicherungsrechtliche Treuhänderschaft vor. Der Grundsatz, daß der aus der Versicherung Berechtigte auch Träger des versicherungsrechtlichen Interesses sein müsse, ist nicht um seiner selbst willen aufgestellt, sondern nur deshalb, um schädliche Wettversicherungen zu verhüten; wenn also schon aus anderen Gründen eine Gefahr ausgeschlossen ist, so muß auch jener Grundsatz eine Ausnahme erleiden, wenn das Interesse des Verkehrs es erfordert und erlaubt. Zu weitgehend ist es allerdings, zu sagen, daß die Gefahr der Wettversicherung genügend verhütet sei, wenn der Versicherungsnehmer zum Interesseträger in einem Verhältnisse steht, auf Grund dessen er verpflichtet ist, ihm die Versicherungsforderung abzutreten bzw. die eingezogenen Beträge herauszugeben. Man muß den Erwerb der Rechte für den Versicherungsnehmer aber zulassen: 1. In den Fällen, in denen der Versicherungsnehmer zur Zeit der Versicherungsnahme berechtigt und verpflichtet ist, für den Versicherten die Geschäfte zu besorgen, in deren Kreis auch die Versicherungsnahme fällt (z. B. Verwahrer, Pfandbesitzer, Spediteur, Inhaber der elterlichen Gewalt, Nießbraucher usw.). Eine unbedingte Pflicht des Versicherers besteht nicht. Selbst die falsche Beantwortung nach dem Eigentümer der versicherten Sachen im Antrage schadet nicht ohne weiteres. Übrigens liegt hier vielfach Versicherung eines eigenen Interesses des Versicherungsnehmers vor, also in Wahrheit keine Versicherung für fremde Rechnung. 2. Auch wenn der Versicherungsnehmer nicht schon vor Vertragsabschluß zu dem Dritten in einem den Vertragsabschluß rechtfertigenden Verhältnisse stand, ist die Versicherung zulässig, wenn der Versicherungsnehmer sich dem Träger des Interesses gegenüber kraft besonderer Abmachung zur Versicherungsnahme und zur Auskehrung des Erlöses verpflichtet hatte.

2. Vgl. auch Dörstling, ZVersWiss. **13** 602 ff., 814 ff. (s. zu § 1 VVG. III 1).

3. Schneider, MittÖffFeuerversAnst. **13** Beih. 162 ff., behandelt in eingehender, wertvoller Weise das Verfügungsrecht der Beteiligten bei der Verfügung für fremde Rechnung und zwar zunächst nach dem VVG. (Stellung der Versicherten 169 ff., des Versicherungsnehmers 173 ff.), daran anschließend aber auch noch die Modifikationen, die das VVG. in den allgemeinen Versicherungsbedingungen der öffentlichen und der privaten Feuerversicherungsanstalten erfahren hat und endlich vergleichsweise den österreichischen und schweizerischen Entwurf eines VVG. — Unter Verfügung versteht er nur diejenigen rechtsgeschäftlichen Handlungen, die das Deckungsrecht des Versicherungsnehmers verkürzen könnten, alle Maßnahmen zur Abwicklung des Versicherungsverhältnisses (Benennung von Sachverständigen nach § 64, Schadensfeststellung, Antrag auf Ersitzversicherungsschein usw.), Zahlungsempfang, Verzicht oder Vergleich, Stundung und Entschädigung, nicht aber auch die Abtretung. — Unter gerichtlicher Geltendmachung (§ 75 Abs. 2 VVG.) ist jegliche Form derselben zu verstehen, also auch Arrestbeschlag, Anmeldung zum Konkurse, Ernennung von Sachverständigen nach § 64 VVG. usw., falls man in der letzten nicht eine Verfügung erblicken will.

II. Reichel, DJZ. **13** 1195. § 75 Abs. 2 VVG. will (ebenso wie § 76 Abs. 3 VVG.) nicht besagen, daß ein unklagbarer Anspruch vorliege, sondern daß die Verfügungsmacht und die Prozeßführungsbefugnis an die Zustimmung des Versicherungsnehmers geknüpft sei.

III. VAPV. **13** Anh. 37, ElsLothJZ. **38** 12 (Colmar). Nach dem Eintritte des Versicherungsfalls kann der Versicherungsnehmer auf den Anspruch aus der Versicherung nicht mit Wirkung gegen den Versicherten verzichten.

IV. Wegen der Versicherung von Sachen der Dienstboten durch den Dienstherrn vgl. zu § 85 VVG. (Kiel).

V. Rechte des Begünstigten. 1. **RG.** R. **13** 1049, MittöffFeuerversf. Anst. **13** 288, VersAnn. **13** 213. Bei der Versicherung für fremde Rechnung hat der dritte Versicherte Ansprüche gegen die Gesellschaft aus eigenem Rechte, nicht aus dem des Versicherungsnehmers.

2. VAPV. **13** Anh. 37, DJZ. **13** 984, LeipzZ. **12** 949, ElsLothJZ. **38** 12 (Colmar). Die Rechte aus einer Versicherung des Hauses, die der Mieter auf Grund der entsprechenden, dem Versicherer bekannten Bestimmung des Mietvertrags abschließt, erwirbt unmittelbar der Vermieter.

3. Vgl. auch zu § 150 VVG. unter III 8.

§ 76. 1. Wegen der Beeinträchtigungen des Rückgriffsrechts durch § 76 Abs. 3 VVG. s. Wörner, LeipzZ. **12** 62 ff. (vgl. unten zu § 151 VVG.).

2. Wegen der Ausschließung von § 76 Abs. 3 VVG. bei Unfallversicherungen durch Bezeichnung der Schüler als Versicherungsnehmer, vertreten durch die Eltern, s. VAPV. **13** 103.

§ 77. Vgl. JDR. **10** 1271.

§ 78. Vgl. JDR. **10** 1271.

§ 79. Vgl. JDR. **8** 1093.

§ 80. (Vgl. JDR. **10** 1271, 8 1093.) Literatur: Kisch, Subjektives Versicherungsinteresse und Versicherung „für wen es angeht", JheringsJ. **63** (361 ff.) 397 ff. — Richter, Die Versicherung der in einem Betriebe zur Bearbeitung befindlichen fremden Waren gegen Feuersgefahr. Hannover 1913.

I. Versicherung für „wen es angeht". Kisch, Subjektives Interesse und Versicherung „für wen es angeht", JheringsJ. **63** (361 ff.), 397 ff. Die Versicherung „für wen es angeht" bewirkt, daß die persönliche Zuständigkeit des Interesses ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Vertrags ist (398). Sie ist nicht neu und entspricht dem praktischen Bedürfnisse, insofern sie ermöglicht die Versicherung subjektiv ungewisser (alternativer) Interessen (399 ff.), ferner die Versicherung subjektiv wechselnder (sukzessiver) Interessen (400 ff.) und endlich die gemeinsame Versicherung subjektiv gehäufter (kumulativer) Interessen (401 ff.). — Der Abschluß hat die gewöhnlichen Erfordernisse, insbesondere ist Einigung nötig über den Gegenstand, die Gefahr, das Interesse oder darüber, daß die Frage, ob Eigen- oder Fremdversicherung vorliegt, unentschieden bleibt (407). Ausnahmen vom letzten Grundsatze regeln sich aus § 85 VVG. und aus § 151 Abs. 1 VVG. (409). — Bei Einigkeit darüber, daß die Versicherung „für wen es angeht" genommen werden soll, ist es gleichgültig, wem im besonderne Falle das Interesse zusteht (410 ff.). — Das Behandlungsprinzip ergibt sich aus § 80 Abs. 2 VVG. (413 ff.). Der Versicherungsnehmer ist Partei des Versicherungsvertrags. Ihn trifft die Pflicht zur Prämienzahlung und die Erfüllung sonstiger Obliegenheiten (415 ff.). Verletzungen der Obliegenheiten seitens des Versicherungsnehmers haben die gleichen Folgen wie sonst (415). Der Einfluß versicherungsrechtlicher Verstöße seitens des versicherten Dritten ist verschieden, je nachdem es sich um subjektiv ungewisse, subjektiv wechselnde oder um gehäufte Interessen handelt (416 ff.), wobei freilich die Grundsätze wiederum Modifikationen in einzelnen Fällen erleiden. — Der Versicherungsanspruch steht dem zu, der im Augenblicke des Versicherungsfalls als Inhaber des versicherten Interesses erwiesen wird (422 ff.). Die Folgen

einer Veräußerung der versicherten Sache sind besonders geartet (427 ff.). Der Interessenträger leitet seine Versichertenstellung nicht aus der Person seines Vormannes, sondern aus dem ursprünglichen Vertrag ab; die Grundlage seiner Rechtsstellung ist die Versicherung, nicht die Veräußerung (429). Er ist deshalb nicht als Rechtsnachfolger seines Vormanns zu behandeln (430). Es braucht nicht, wie sonst, eine Veräußerung im engsten Sinne des Wortes vorzuliegen; vielmehr genügt es, daß auf irgendwelche Weise in der Person eines anderen dasjenige Interesse erwächst, das objektiv vom Versicherungsvertrag umfaßt wird, gleichgültig, wie das geschieht und ob in der Person des Dritten dasselbe Recht erwächst, das in der Person des bisher Versicherten bestand (432 ff.). Die Prämienzahlungspflicht liegt dem ursprünglichen Versicherungsnehmer ob (434). Besonderes gilt auch für die Kündigung (436 ff.). — Die Versicherung „für wen es angeht" kann nachträglich in eine gewöhnliche Versicherung, d. i. eine solche mit bestimmten Versicherten umgewandelt werden (438 ff.), sei es Eigen-, sei es Fremdversicherung. — Wegen der inneren Rechtsbeziehungen zwischen dem Versicherungsnehmer und den Versicherten vgl. 442 ff.

II. Deutlichkeit des Vertragsinhalts. 1. VAPV. **13** Anh. 125, MittöffFeuerversAnst. **13** 504, LeipzZ. **13** 632, BayRpflZ. **12** 358, MasVersRdsch. **25** 197. Wenn der Ehemann das Haus seiner Ehefrau gegen Feuer versichert, so kann eine Versicherung für fremde Rechnung selbst dann anzunehmen sein, wenn er im Antrage das Haus als sein Eigentum bezeichnet hatte.

2. Wegen der Stellung der Frau gegenüber der vom Ehemann im eigenen Namen und für eigene Rechnung genommenen Versicherung des eingebrachten Gutes s. Josef, vor §§ 81 ff. VVG. unter I 1, Dörstling, ZVersWes. **13** 602 ff., 814 ff., s. oben zu § 1 VVG. III 1.

3. OLG. **24** 217 (KG.). Wenn ein Vater als Käufer eines Kraftfahrzeugs dieses versichert, ohne nach außen hin erkennbar zu machen, daß er das Fahrzeug für seinen Sohn, um diesem einen Erwerb zu schaffen, hat kaufen und die Versicherung für Rechnung seines Sohnes hat nehmen wollen, so kommt eine Versicherung für fremde Rechnung nicht zustande. Ebensowenig entfällt das Interesse des Vaters im Sinne von § 68 VVG.

4. VAPV. **13** Anh. 91, R. **12** Nr. 3452 (Stuttgart). Keine Versicherung für fremde Rechnung liegt vor, wenn vom Eigentümer ein unter Eigentumsvorbehalt verkaufter Kraftwagen, ohne daß der Verkauf im Antrag erwähnt wurde, versichert wird und der Versicherungsschein auf den Namen des Eigentümers lautet. Unerheblich ist es, daß der Agent gesagt hatte, die Versicherung werde für Rechnung des Käufers genommen, ohne aber der Gesellschaft hiervon Mitteilung zu machen. Ebenso ist es unerheblich, daß der Eigentümer unter Hinweis auf den Verkauf die Einlösung des Versicherungsscheins verweigert und dann der Käufer die Einlösung mit seinem Gelde bewirkt hat. Andererseits schadet dem Eigentümer nicht die grobe Fahrlässigkeit des Käufers, durch die der Versicherungsfall herbeigeführt ist.

5. Schneider, MittöffFeuerversAnst. **13** Beiheft 167: Versicherung fremden Eigentums ohne Bekanntgabe der Sachlage und damit ohne eine mindestens stillschweigende Billigung des Versicherers ist nicht zulässig (a. M. Lenné, Versicherung für fremde Rechnung, S. 21). Nicht ausgeschlossen ist damit übrigens die Wirksamkeit einer solchen Versicherung, wenn das in Wahrheit fremde Interesse nur unvorsichtiger- oder irrigerweise, z. B. von einem Ehemann bei Versicherung der Sachen seiner Frau nicht angezeigt war. Besteht dann nur eine Verpflichtung, eine solche Versicherung einzugehen (§ 1374 BGB.) oder die Entschädigungssumme auszukehren, oder ginge das Recht aus der Versicherung kraft

Gesetzes, wie nach § 1381 Abs. 2 BGB. das RG. annimmt (RGZ. **76**, Nr. 35, hierzu Josef, LZ. **12**, 839), auf den Berechtigten über, so wird man die Versicherung als wirksam anzusehen haben.

6. Wegen falscher Angaben über die Eigentumsverhältnisse s. im übrigen zu § 17 VVG. unter I.

Zweiter Titel. Feuerversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 81—107: Die Feuerversicherung als die bedeutsamste Schadensversicherung hat in verschiedenen Richtungen eine Bereicherung durch die Rechtslehre und durch die Rechtsprechung erhalten. Der Begriff des Brandes ist durch Aufsätze Gierkes und Josefs weiterer Klärung zugeführt worden und dadurch die Frage der Bagatellschäden, die in der Rechtsprechung naturgemäß Domäne der Amts- und Landgerichte ist und deshalb der einheitlichen Lösung noch immer entbehrt, wennschon anscheinend die Gerichte jetzt überwiegend in der Frage der Klein-, besonders der Sengschäden auf seiten der Versicherer stehen. Von großer Bedeutung ist die Frage, ob bei zum Abbruche bestimmten Gebäuden nur der Abbruchswert und ob, wenn die Wiederverwendung der Brandreste zum Wiederaufbau des Gebäudes infolge behördlicher Verbote unmöglich wird, nur der Material- oder aber der Bauwert dieser Reste bei der Schadensregelung zu berücksichtigen ist (vgl. zu § 88). Durch den Aufsatz Conradts hat diese Frage eine gute Förderung erfahren. Ihre endgültige Lösung scheint aber noch nicht gegeben zu sein, weil sie unter Berücksichtigung wichtiger Grundfragen derjenigen Schadensversicherung in erweiterter Form und nicht bloß in Beschränkung auf die Gebäudeversicherung und auf behördliche Verbote zu stellen sein dürfte. — Was die Stellung der Grundgläubiger zur Feuerversicherung betrifft, so ist die Wiederaufbauklausel auch in dieser Beziehung untersucht worden, nämlich dahin, ob die Verletzung dieser Wiederaufbaupflicht auch gegenüber den Grundgläubigern wirkt (vgl. zu § 101). Im übrigen hat man die Frage aufgeworfen (s. zu § 100), ob die Vorschriften der §§ 100 ff. VVG., was doch ihre Absicht war, die Stellung der Grundgläubiger zur Versicherung verbessert oder nicht vielmehr verschlechtert haben. — Endlich ist auf die wichtige Unterart der Feuerversicherung hinzuweisen, die die erst noch in der Entwicklung begriffene Betriebsverlust- oder Betriebsunterbrechungsversicherung (Chomageversicherung) darstellt (vgl. § 89).

Vor §§ 81 ff. (Vgl. JDR. **10** 1272, **8** 1096.) Literatur: I. Feuerversicherungsvertragsrecht: Domizlaff, Die Bestimmungen des Feuerversicherungsvertrags. 5. Aufl. Berlin 1911. — Derselbe, Feuerversicherung (Versicherungsbibliothek, Band II). Berlin 1912. — Josef, Die Einwirkung des ehelichen Güterrechts auf die Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 177 ff. — Hoppe, Allgemeine Feuerversicherungskunde. Wien 1912. — Heine, **Beurteilung der Gefahren** bei der Feuerversicherung, **Bd.** 19 der Veröffentlichungen des Deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft, **Berlin,** 1914. — van Hove, Die allgemeinen Versicherungsbedingungen für Feuerversicherung, an der Hand des Gesetzes und der Rechtsprechung erläutert. Deutscher FeuerversKal. 1914, 1—103. — Märtens, Die verschiedenen in der Feuerversicherung vorkommenden Vertragstypen, MittöffFeuerversAnst. **12** 250 ff. — Nitzsche, Die rechtliche Stellung des Versicherers bei der Feuerversicherung nach dem VVG. Diss. Leipzig 1911. — Wörner, Das VAG. und seine Bedeutung für die Feuerversicherung. Halle 1913. — Über das Feuerversicherungsvertragsrecht vgl. die Abhandlungen von Janott, Langhaus, Biedermann und Conradt in §§ 28 ff. des Sammelwerkes „Das deutsche Feuerversicherungswesen". — II. Einzelne Feuerversicherungszweige: Ecker, Zur Frage der Waldbrandversicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** 1 ff. — Hansen, Feuerversicherung der photographischen Negative, SaskisVersZ. **13** 60. — Spieß, Schober und die „Zusatzbedingungen für die Landwirtschaft", MasVersRdsch. **24** 315 ff. — Weiland, Die Feuerversicherung im Dienste der Landwirtschaft. Düsseldorf 1912. — Derselbe, Die Feuerversicherung der Industrie. Düsseldorf 1913. — III. Feuerversicherungswesen: Das deutsche Feuerversicherungswesen, herausgegeben von der Gesellschaft für feuerversicherungsgeschichtliche Forschung, 2 Bde, 1913 Hannover — Engelbrecht, Ursprung und Verbreitung der kleineren Feuerversicherungsvereine (Sonderabdr. aus dem „Archiv des

deutschen Landwirtschaftsrats"). Berlin 1912. — Derselbe, Die geographische Verbreitung der kleinen Feuerversicherungsvereine, JahrbNatÖstuStat. **101** 83 ff. — Kränzner, Die Entwicklung des Feuerversicherungswesens sin Deutschland, SaskisVersZ. **13** 59 ff., 63 ff. — IV. Geschichte der Feuerversicherung: Über die Geschichte der deutschen Feuerversicherung vgl. die Darstellungen von Schaefer, Wörner, Hahn, Stör, Luttenberger, Gottschämmer, Knott, Tappert, Lübstorff, Nolte, Müller, Sieg, von Schmeling und Kretzschmar in dem Sammelwerk „Das deutsche Feuerversicherungswesen", §§ 2—23. — Schaefer, Urkundliche Beiträge und Forschungen zur Geschichte der Feuerversicherung in Deutschland, Bd. 5 u. 6 der Abhandlungen aus dem Gebiete der Feuerversicherungswissenschaft. Hannover 1912, 1913. — Derselbe, Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft der Feuerversicherung, Bd. 1 der Abhandlungen aus dem Gebiete der Feuerversicherungswissenschaft. Hannover. — Derselbe, Über die Organisation und Bedeutung feuerversicherungsgeschichtlicher Arbeiten, MittöffFeuerversAnst. **12** 234 ff. — Derselbe, Die Brandkonvention der Königsberger Zünfte der Kaufleute und Mälzenbrauer, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 156 ff., 230 ff. — Haacke, Die bergische Feuerversicherungsgesellschaft (1802—1833), ihre Gründung, Entwicklung und Wirksamkeit, S. A. a. d. Ztschr. des Bergischen Geschichtsvereins 1912, Elberfeld. — Hahn, Geschichte der Großherz. Badischen Gebäudeversicherungsanstalt. Hannover 1912. — Maaß, Die Brandgilden, insbesondere in Schleswig-Holstein (6. Heft der Tübinger staatswissensch. Abhandlungen). Stuttgart 1912. — V. Praxis und Unterricht: Schaefer, Abhandlungen aus dem Gebiete der Feuerversicherungswissenschaft. Hannover 1912—1913 [u. a. enthaltend: Schaefer, Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft der Feuerversicherung in Deutschland. — Maucke, Die Praxis des Konzipierens, 2 Hefte, Aufgabensammlung und Lösungen. — Grelle, Erfahrungen eines Gebäudesachverständigen bei Brandschadenabschätzungen. — Schaefer, Urkundliche Beiträge und Forschungen zur Geschichte der Feuerversicherung in Deutschland, 2 Bände. — Maucke, Feuerversicherungsinspektor, Die Praxis des Rechnens, 2 Hefte, Aufgaben und Lösungen. — Kokemüller, Feuerversicherungsbureauvorsteher, Praxis des Briefwechsels, 2 Hefte, Aufgaben und Lösungen. — Derselbe, Praxis der Buchführung und des Rechnungswesens. — Schaefer, Betrachtungen und Materialien zur Frage des versicherungswissenschaftlichen Fortbildungsunterrichts. — Schwetter, Organisation und Buchführung im Feuerversicherungsgeschäfte. 1912. — Worms, Übungen aus dem Rechtsgebiete der Feuerversicherung (Bd. 17 der Abhandlungen aus dem Gebiete der Feuerversicherungswissenschaft). Hannover 1912. — VI. Versicherungsbetrug: Baumann, Der Versicherungsbetrug im Sinne von § 265 StGB. Stuttgart 1911. — Thiel, Der strafrechtliche Schutz der Versicherung in seiner geschichtlichen Entwicklung, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 435 ff. — Dietz, Das Delikt des Versicherungsbetrugs (§ 265 StGB.) (Diss. Heidelber.) Mainz 1911. — Wegen des Strafrechts s. im übrigen vor §§ 1 ff. VVG. — VII. Literaturzusammenstellungen: Hahn, Die Feuerversicherungsliteratur der Jahre 1911 u. 1912, im Deutschen Feuerversicherungskalender 1913. — Derselbe, Die Feuerversicherungsliteratur der Jahre 1911 u. 1912. Hannover 1912. — Schaefer, Die Feuerversicherungsliteratur der Jahre 1912, 1913, in Schaefers Feuerversicherungskalender für das Jahr 1914 (Hannover 1913). — Neumann, Die deutsche Versicherungsliteratur des 18. Jahrhunderts, ZVersWiss. **12** 317 ff., 604 ff., 786 ff., 967 ff., behandelt auf S. 604—612 die geschichtliche Entwicklung der Feuerversicherung und gibt S. 613 ff. Literaturnachweise. — VIII. Ausländisches Recht: Wefford and Otter-Bravy. The law relating to fire-insurance. London 1912. — Wilkinson, Fire-Re-Insurance. London 1912. — Macgillivray, Insurance law relating to all risks other than marine and including life, fire, accident. London 1912. — Wittmaack, Kann ein Vollstreckungsurteil nach §§ 722 u. 723 ZPO. auf Grund eines nordamerikanischen, insbesondere eines kalifornischen Urteils erlassen werden? NiemeyersZ. **22** 1 ff. (bezieht sich auf das Erdbeben von San-Franzisko, vgl. JDR. **8** 1096, 1097). — IX. Landesrecht: v. Knebel-Döberitz, Das private Versicherungswesen in Preußen (Bd. III: Das private Feuerversicherungswesen in Preußen). — Wörner, Die früheren landesrechtlichen, die Feuerversicherung betreffenden Bestimmungen. Halle 1913. — Im übrigen vgl. zu § 192 VVG.

I. Feuerversicherung und eheliches Güterrecht. 1. Josef, Die Einwirkung des ehelichen Güterrechts auf die Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 177 ff., kommt zu folgenden Ergebnissen: 1. Eine mittelbare Stellvertretung ist beim Versicherungsvertrag ausgeschlossen, und es tritt also der, in dessen Interesse der sog. mittelbare Stellvertreter die Versicherung nimmt, zum

Versicherer in keine rechtliche Beziehung; vielmehr wird der mittelbare Vertreter allein berechtigt und verpflichtet. Versichert also der Mann im eigenen Namen das Eingebrachte der Frau, so steht die Entschädigungsforderung lediglich dem Manne zu und sie dient seinen Gläubigern als Befriedigungsmittel. Zwar ist nun das Vorhandensein der versicherten Sachen die unerläßliche Grundlage des Versicherungsvertrags; aber daraus ist nicht zu folgern, daß der Mann den Anspruch auf die Versicherungssumme mit Mitteln des eingebrachten Gutes erwirbt; § 1381 BGB. ist also nicht zugunsten der Frau anwendbar. Der Mann ist der Frau gegenüber verpflichtet, den ihm gegen den Versicherer zustehenden Anspruch einzuziehen und den Betrag zur Wiederherstellung des Eingebrachten zu verwenden. Dagegen besteht keine Verbindlichkeit des Mannes, seinen Anspruch gegen den Versicherer an die Frau abzutreten; der Mann kann also nicht gemäß § 181 BGB. den Anspruch im eigenen Namen an sich selbst als Vertreter der Frau abtreten. Auch wenn die Frau ein Gewerbe betreibt und die vom Manne im eigenen Namen versicherten Sachen zu diesem Gewerbebetriebe gehören, kann die Versicherung nicht als dem Gewerbebetrieb ohne Rücksicht auf die Person des Inhabers gewährt gelten. Denn beim Versicherungsvertrage tritt gerade die Person des Versicherungsnehmers als maßgebend hervor. 2. Nach § 61 VVG. ist der Versicherer leistungsfrei nur, wenn „der Versicherungsnehmer" den Brand verschuldet hat. Der Versicherer ist also grundsätzlich leistungspflichtig, wenn der Ehegatte des Versicherungsnehmers den Brand verschuldet hat. In diesem letzteren Falle ist der Versicherer leistungsfrei nur: a) wenn eine Frau die Versicherung genommen hat und sie sodann eine Ehe mit gesetzlichem Güterstand oder eine gütergemeinschaftliche Ehe eingeht; die gesetzliche Verwaltungsbefugnis des Mannes, kraft deren er alle Verbindlichkeiten der Frau betreffs der von ihr versicherten Habe zu erfüllen hat, hat zur Folge, daß Handlungen des Mannes schlechthin als solche der Frau (Versicherungsnehmerin) gelten; b) wenn der Mann im eigenen Namen die Habe der Frau (eingebrachtes wie vorbehaltenes Gut) versichert hat; obwohl hier der Mann Versicherungsnehmer ist, ist der Versicherer bei schuldhafter Herbeiführung des Brandes durch die Frau leistungsfrei, weil die Frau hier dieselbe Rechtsstellung hat, wie sie der Versicherte bei der Versicherung für fremde Rechnung einnimmt. 3. Dagegen ist der Versicherer insbesondere leistungspflichtig, wenn der Mann die gütergemeinschaftliche Habe versichert hat und die Frau den Brand verschuldet. In diesem Falle hat die Frau das gesamthänderische Miteigentum des Mannes verletzt und der Mann hat gegen sie nach § 823 Abs. 1 BGB. einen Schadensersatzanspruch, der nach § 67 Abs. 3 VVG. im Falle vorsätzlicher Brandstiftung auf den Versicherer übergeht, jedoch nur so, wie er dem Manne zusteht, also so, daß ihn der Versicherer gemäß § 1467 BGB. erst nach Beendigung der Gütergemeinschaft geltend machen kann. Der Versicherer kann also aus diesem Rechtsübergange zunächst keine Einrede gegen den Zahlungsanspruch des Mannes herleiten. Dagegen steht dem Versicherer kein Schadensersatzanspruch gegen die Frau (und hiermit gemäß § 1459 BGB. gegen das Gesamtgut) zu, folglich auch keine Einrede aus § 1442 Abs. 2 BGB. gegen den Zahlungsanspruch des Mannes. Denn zwar ist der Versicherer durch eine unerlaubte Handlung der Frau insofern geschädigt, als er die Versicherungssumme zahlen muß. Eine allgemeine Vermögensbeschädigung fällt jedoch nicht unter § 823 Abs. 1 und nicht unter Abs. 2 BGB. (weil die Verbotsvorschriften über die Brandstiftung nicht den Schutz des Versicherers bezwecken), auch nicht unter § 826 BGB., weil auch dieser nur dem durch die unerlaubte Handlung unmittelbar Geschädigten (d. i. der Mann) einen Schadensersatzanspruch gibt, nicht aber denen, die — wie der Versicherer — unmittelbar Schaden aus der unerlaubten Handlung haben. 4. Hat eine Witwe die Versicherung beantragt und wird der Versicherungsschein auf den Namen des verstorbenen Mannes ausgestellt, so ist der Versicherungsvertrag rechtswirksam

für die Witwe zustandegekommen, da nur eine unrichtige Bezeichnung der Person des Versicherungsnehmers vorliegt.

2. Wegen der Versicherung des eingebrachten Gutes durch den Ehemann vgl. auch Josef, LeipzZ. **12** 839 ff., s. zu § 1 VVG. unter II.

II. Feuerversicherungspflicht. 1. VAPV. **13** Anh. 37, DJZ. **13** 984, LeipzZ. **12** 949 (Colmar). Wenn ein Mieter in Erfüllung seiner dem Versicherer bekannten Versicherungspflicht das von ihm bewohnte fremde Haus versichert, so ist mangels entgegenstehender Angaben anzunehmen, daß ein Vertrag zugunsten des Eigentümers (Vermieters) gewollt ist, aus dem dieser ein unmittelbares Recht erlangte.

2. Wegen des Versicherungszwanges bei öffentlichen Versicherungsanstalten s. vor § 1 VAG. unter II.

3. Wegen der Entfernung von eingelagerten Waren aus versicherten Räumen vgl. WallmVersZ. **46** 67, s. zu § 1 VVG. unter II.

4. Wegen der Versicherungspflicht (Gesetz bzw. Handelsgebrauch) des Mühlenbesitzers hinsichtlich der Kundenwaren s. ÖstZBl. **13** 434 (ÖstOGH.).

III. Ersatzansprüche gegen Dritte. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1865, 1876. Der Träger der Kirchenbaulast, der Wiederherstellungsarbeiten, die durch eine fahrlässige Brandstiftung erforderlich geworden sind, hat vornehmen lassen, hat gegen den Schädiger einen Anspruch auf Ersatz aus nützlicher Geschäftsführung und Bereicherung, aber nicht auf Grund der §§ 823 ff. BGB.

2. RheinZ. **12** 110 (Colmar). Wenn die geschenkte Sache außer Verkehr gesetzt, untergegangen oder verloren ist, so ist nach Art. 1303 C. c. der Beschenkte verpflichtet, alle etwaigen Rechte und Klagen auf Entschädigung, also auch die Brandentschädigungsforderung, an den Schenker abzutreten.

IV. Pro-rata-Versicherungen. 1. MittöffFeuerversAnst. **12** 21 (Hamburg). Wenn bei sog. pro-rata-Versicherungen, die nicht in einer Kollektivpolice, sondern in Einzelpolicen niedergelegt sind, eine der beteiligten Gesellschaften anfänglich Verwirkung geltend macht, später aber diesen Einwand fallen läßt, dann kann sie Leistungen, die inzwischen von den Mitversicherern über ihre Verpflichtung hinaus freiwillig an den Versicherungsnehmer gemacht sind, nur dann für sich gutgebracht verlangen, wenn der Wille der zahlenden Gesellschaft, für die sich weigernde Gesellschaft leisten zu wollen, für den Versicherungsnehmer erkennbar zum Ausdrucke gekommen ist.

2. Wegen der Tragung eines Risikos durch mehrere Gesellschaften, deren eine die führende ist, vgl. OLG. **26** 220 (Naumburg), s. zu § 186 VVG.

V. Wegen des Charakters der „allgemeinen Sicherheitsvorschriften für Fabriken und gewerbliche Anlagen" in der Feuerversicherung vgl. VAPV. **12** 132 (s. zu § 9 VAG.).

VI. Wegen der Agenturgebühren bei Feuerversicherungen s. VAPV. **12** 51 u. 193 ff.

VII. Wegen des Steuer- und Stempelrechts s. vor § 1 VAG.

VIII. Wegen der rechtlichen Stellung der Feuerwehr und der Feuerwehrleute, über die Haftung der Gemeinde für Feuerlöschschäden und über das Feuerlöschwesen selbst vgl. zu § 121 VAG.

IX. Wegen der Haftung des Brandbeschädigten und der Versicherungsgesellschaft für Schäden beim Löschen s. zu § 63 VVG.

X. Ausländisches Recht. 1. Schweiz. **a)** Appenzell a. Rh. G. über die Gebäudeversicherung vom 28. April 1907 (GS. III 329 ff.). **b)** Basel-Stadt. BrandversicherungsG. vom 2. Juli 1908 (GS. XXVI 304 ff.). **c)** Grau-

bünden. G. über die Gebäudeversicherung vom 22. Mai 1907 (Verh. des Gr. Rats **07** 163 ff.); vgl. hierzu ZVersWes. **12** 222.

2. Wegen des amerikanischen Feuerversicherungswesens s. vor §§ 1 ff. VAG. III 1 (Avellis).

3. Wegen der Feuerversicherungsverträge in Schanghai s. zu § 25 VVG. unter V.

4. Wegen der Regelung der Feuerversicherung im Entwurf eines österreichischen VVG. vgl. Berliner, Der Entwurf eines österreichischen VVG., MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. (97 ff.) 133 ff.

XI. Wegen der einzelstaatlichen die Feuerversicherung betreffenden Gesetze s. zu § 192 VVG.

XII. Wegen der Beziehungen des Haager Landkriegsabkommens zur Feuerversicherung vgl. Wehberg, WallmVersZ. **17** 985 ff., 1001 ff., s. vor § 1 VVG.

XIII. Wegen der Beziehungen des Strafrechts zur Versicherung vgl. vor §§ 1 ff. VVG. unter VII.

§ 81. (Vgl. JDR. **10** 1274, 8 1094.) 1. Wegen des Vertragsabschlusses bei den preußischen Feuersozietäten vgl. zu § 192 VVG. unter B I.

2. Über den Einfluß der Bestellung von Vermittlungsagenten als Inspektoren zur Kontrolle der örtlichen Brandversicherungsrisiken s. zu § 44 VVG.

§ 82. (Vgl. JDR. **10** 1275, 8 1094.) Literatur: Weiland, Versicherung von Explosionsgefahren in Verbindung mit der Feuerversicherung, DVersPresse 13 371 ff.

I. Begriff der Explosion. 1. ZVersWiss. **12** 478 teilt einen Beschluß des Vereins deutscher Ingenieure mit, wonach unter Explosion im Sinne der allgemeinen Verbandsbedingungen verstanden wird eine auf dem Ausdehnungsbestreben von Gasen oder Dämpfen beruhende, plötzlich verlaufende Kraftäußerung, gleichgültig, ob die Gase oder Dämpfe bereits vor der Explosion vorhanden waren oder erst bei derselben gebildet worden sind. Im Falle der Explosion von Behältern aller Art (Kessel, Apparate, Rohrleitungen, Maschinen usw.) wird noch vorausgesetzt, daß die Wandung eine Trennung in einem solchen Umfange erleidet, daß durch Ausströmung von Gas, Dampf oder von Flüssigkeiten, falls solche noch vorhanden sind, ein plötzlicher Ausgleich der Spannungen innerhalb und außerhalb des Behälters stattfindet.

2. MittöffFeuerversAnst. **12** 206 (Frankfurt a. M.). Für die Frage, ob eine Generatorgasexplosion als Leuchtgasexplosion aufzufassen ist, kommt es grundsätzlich nicht darauf an, was das in Betracht kommende Reglement zur Zeit seiner Inkraftsetzung unter Leuchtgasexplosion verstanden hat, sondern wie beide Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses diesen Begriff aufgefaßt haben, wobei im Falle der Mehrdeutigkeit der maßgebenden Bestimmung der Versicherungsnehmer, der sich auf eine ihm günstige Deutung zur Stützung seines Anspruchs beruft, beweisen muß, daß sowohl er wie auch der Versicherer zur Zeit des Vertragsschlusses die Bestimmung in dieser Weise gedeutet haben.

II. Wegen des Blitzschadens und seiner Wirkungen auf elektrische Anlagen im Sinne des WürttBrandversicherungsG. s. Erl. des Verwaltungsrats der Württ. Gebäude-Brandversicherungsanstalt vom 5. Februar 1912, MittöffFeuerversAnst. **12** 240.

III. Wegen Erstreckung des Versicherungsschutzes auf Schäden infolge Berührungen mit elektrischen Starkstromleitungen s. VAPV. **13** 119.

IV. Wegen des Begriffs des Brandes s. zu § 83 VVG.

§ 83. (Vgl. JDR. **10** 1275, 8 1095.) Literatur: v. Gierke, Zum Begriffe des Brandes in der Feuerversicherung, GoldschmidtsZ. **71** 327 ff. — Josef, Zum Begriffe des Brandes bei der Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** 349 ff. — Posselt, Etwas über die sogenannten Bagatellschäden, ZVersWes. **12** 541 ff. — Thomas, Bagatellschäden, ZVersWes. **13** 123 ff. (aus den Monatsblättern der Viktoria). — v. D., Bagatellschäden, MittöffFeuerversAnst. **12** 147 ff.

I. Stellung der Rechtslehre zum Begriffe des Brandes, der Kleinschäden und der Bagatellschäden. 1. v. Gierke, GoldschmidtsZ. **71** 327 ff., scheidet die sog. Bagatellschäden in 1. Betriebsschäden ohne Brandausbruch (Einwirkung von Nutzfeuer auf diesem bestimmungsgemäß ausgesetzte Sachen), 2. Hitzschäden ohne Brandausbruch (Einwirkung von Nutzfeuer auf diesem bestimmungsgemäß nicht ausgesetzte Sachen), 3. bestimmungswidrige Schäden im Herd, 4. Betriebsschäden mit Brandausbruch. — Im übrigen behandelt Verf. die Bedeutung des Brandes im Sinne des VVG., ferner das Verhältnis der allgemeinen Versicherungsbedingungen der öffentlichen und privaten Anstalten zu diesem Begriff und endlich die Wirkung des Problems für die Zwangsversicherungsverhältnisse. Auf Grund geschichtlicher Erwägungen und der Handhabung in der Praxis gelangt er zum Ergebnisse, daß ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht oder eine allgemeine deutsche Verkehrssitte, wonach die Haftung für alle oder einige der drei ersten Arten Bagatellschäden übernommen wurde, nicht vorhanden gewesen sei. Nötig ist ein Brand ausbruch. Brand im Sinne des VVG. ist eine bestimmungswidrige Feuerwirkung, die sich außerhalb eines ordnungsmäßigen Herdes an Sachen vollzieht und sich selbständig an ihnen fortzuentwickeln vermag. Hinsichtlich der Frage, inwieweit die Versicherer Ersatz leisten, ergeben die Bedingungen und Satzungen, daß weder die öffentlichen, noch die priaten Versicherer die drei ersten Arten von Bagatellschäden ersetzen, daß aber die letzte Art von den Privatversicherern vergütet wird, weil sie den Begriff des Brandes im Sinne des VVG. angenommen haben, hiernach aber diese letzte Art zu entschädigen ist.

2. Josef, MittöffFeuerversAnst. **12** 349 ff., gelangt zu folgendem, von der Schriftleitung mehrfach bekämpften Ergebnisse. 1. Ein Brand (Brandereignis im Sinne der §§ 82, 83 VVG.) liegt überall vor, wo versicherte Sachen durch Feuer beschädigt oder zerstört werden, ohne Rücksicht auf den Umfang des Feuers und die Höhe des angerichteten Schadens. Nach der aus den Vorarbeiten des VVG. ersichtlichen Absicht des Gesetzes ist also nicht erforderlich, daß das Feuer eine Feuersbrunst war, d. h. daß es mit elementarer Gewalt verbunden war und Schäden der im § 83 Abs. 1 Satz 2 VVG. bezeichneten Art verursacht hat, oder daß die Bewältigung des Feuers auch nur Schwierigkeiten gemacht und daß es eine sichtbare Flamme oder Rauch erzeugt hat. Es genügt, daß eine versicherte Sache durch verzehrende Glut (Glimmen) zerstört oder beschädigt ist. Denn auch hier liegt ein Verbrennen vor; daher sind insbesondere auch bloße Sengschäden zu ersetzen. 2. Während aber nach dem Brandbegriffe des gewöhnlichen Lebens als Brand auch ein Feuer bezeichnet wird, das, wie bei Beleuchtung und Erwärmung, ein absichtliches nützliches Verbrennen zu bestimmten Zwecken hervorruft, liegt versicherungsrechtlich ein Brand nur vor, wenn bestimmungswidrig Sachen vom Feuer erfaßt sind. Insbesondere ist für solche Schäden, die die versicherten Sachen durch ein Feuer erleiden, dem sie ihrer Bestimmung gemäß ausgesetzt sind, der Versicherer leistungsfrei. Die Leistungsfreiheit tritt aber nur ein, wenn eine Veränderung der Sache durch das Feuer bezweckt war (Braten, Plätten, nicht aber Schornsteinbrand), die Sache ferner dem Feuer selbst (nicht etwa bloß in der Nähe des Feuers der Hitze zum Trocknen) ausgesetzt werden sollte, weiter die vom Feuer beschädigte Sache im Augenblicke der Schädigung dem Feuer noch aus-

gesetzt sein sollte, und schließlich der Schade ein Feuerschade, also nicht durch bloße Explosion, die kein Feuer verursacht hat, hervorgerufen ist. 3. Aus der gedachten Voraussetzung, daß das Feuer bestimmungswidrig Sachen erfaßt haben muß, folgt weiter, daß das Feuer entfesselt sein muß, d. h. daß es entweder keinen bestimmungsmäßigen und ordnungsmäßigen Herd hat oder daß es ihn in seiner Wirkung überschreitet und Sachen ergreift, die nach dem Willen seines Urhebers oder des zur Verfügung über die Sachen Berechtigten nicht vom Feuer verzehrt werden sollten.

3. Thomas, ZVersWes. **13** 123 ff. Nicht der Umfang des Schadens, sondern die Frage, ob ein gefährliches, ungewöhnliches, wirkliches Brandereignis vorliegt, ist dafür entscheidend, ob ein nicht entschädigungspflichtiger Bagatellschaden vorliegt. Zu diesen gehören z. B. Seng-, Sprung-, Rauch- und Rußschäden sowie Betriebsschäden (Abnutzung von Gegenständen durch Feuer, dem sie bestimmungsgemäß ausgesetzt sind).

4. Posselt, ZVersWes. **12** 541 ff., wendet sich gegen Josef, MittöffFeuerversAnst. **12** 349 ff., und tritt aus rechtlichen und wirtschaftlichen Gründen gegen die Entschädigung der Bagatellschäden ein.

5. MittöffFeuerversAnst. **12** 26. Für die Auslegung der Bedingungen daraufhin, ob Bagatellschäden mitversichert sind, ist auch die Prämienhöhe zu verwerten, und zwar gegen die Annahme einer Haftpflicht für jene Bagatellschäden.

II. Stellung der Rechtsprechung hierzu. 1. GesuR. **13** 525 (LG. I Berlin). Ein durch Brand verursachter Schaden liegt auch dann vor, wenn ein glühender Zylinder der Gasbeleuchtung zerspringt, auf den Teppich fällt und diesen versengt. Es ist nicht nötig, daß ein größeres offenes Feuer, eine Flamme entsteht. Auch Kleinschäden sind Brandschäden, es sei denn, daß die Schäden durch ein Feuer entstanden sind, dem die Sache ihrer Bestimmung gemäß ausgesetzt ist.

2. WallmVersZ. **47** 841 (LG. Hamburg). Bei der Frage, ob der Versicherer auch für „Sengschäden" haftet, ist für die Auslegung wichtig, die durch die bisherige Handhabung der Versicherer beeinflußte, den Versicherern bekannte Auffassung der Versicherungsnehmer, sie hätten einen Rechtsanspruch auch hinsichtlich solcher Sengschäden. Nur dann kommt darauf nichts an, wenn die Versicherungsbedingungen unzweideutig den Ersatz von Sengschäden ausschließen.

3. HansGZ. **13** Beibl. 29 (LG. Hamburg). Die Beschädigung von Möbelstücken durch die Hitze, die einem ihnen zunahe gebrachten Petroleumofen entströmt, ist nicht nur als „Sengschaden", sondern als „Brandschaden" anzusehen. Es kommt nicht auf die philologische Auslegung des Wortes „Brand" an, sondern auf die den Versicherern bekannte Auffassung des Verkehrs, die durch die von den Gesellschaften bisher beobachtete Praxis beeinflußt ist und wonach Sengschäden der fraglichen Art bisher regelmäßig ersetzt worden sind und hierauf ein Rechtsanspruch besteht.

4. DVersZ. **12** 46 (LG. Hamburg). Ein Brandschaden ist nur dann anzunehmen, wenn ein Verbrennungsprozeß vorliegt, bei welchem durch eigene Wärme eine Zerstörung des brennenden Körpers stattfindet und ein Schaden entweder durch die zerstörende Wirkung eines bestimmungswidrigen Verbrennungsprozesses selbst oder normalerweise nicht zu erwartende Einwirkungen eines ordnungsmäßigen Verbrennungsprozesses auf einen nicht brennenden Körper verursacht ist (also nicht Ansengen der Hose durch Zigarren).

5. MittöffFeuerversAnst. **12** 336 (LG. Duisburg). Keine Haftung für Sengschaden (durch Lehnen an den Ofen und durch Zigarrenasche).

6. Ferner Versicherungsanspruch verneint a) bei Sengschäden: MittöffFeuerversAnst. **13** 182 (AG. Bromberg), das. 222 (AG. Königsberg), 291 (LG. Cöln), 381 (AG. Blankenese), 572 (AG. Frankfurt a. M.). b) bei

Schäden durch Zigarren: MittöffFeuerversAnst. **13** 222 (LG. Danzig), 291 (AG. Cöln), 381 (LG. Elberfeld).

III. Mittelbare Brandschäden. 1. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **12** 388. Keinen mittelbaren Brandschaden stellen die Kosten einer wegen vorliegender Doppelversicherung) abgewiesenen Klage gegen eine andere Versicherungsgesellschaft dar, selbst wenn die Gesellschaft, von der die Erstattung der Kosten verlangt wird, die Prozeßführung gebilligt und geraten hatte.

2. HansGZ. **12** Beibl. 117 (Hamburg). Wenn der Versicherungsnehmer nicht erkennen kann, gegen welchen von den beiden Versicherern (Doppelversicherung) er vorgehen muß, so müssen die Kosten eines erfolglosen Vorprozesses vom Versicherer als mittelbarer Brandschaden insbesondere dann ersetzt werden, wenn der Versicherer durch seinen Beitritt als Nebenintervenient die Art des Vorgehens des Versicherungsnehmers gebilligt hat.

3. Wegen des polizeilichen Wiederaufbauverbots vgl. zu § 88 VVG.

4. Wegen der Beschädigungen beim Löschen s. zu § 63 VVG.

§ 84. (Vgl. JDR. **10** 1278, **8** 1096.) Literatur: Hahn, Die Kriegsversicherung bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. **12** 44 ff. — Derselbe, Neue Literatur zur Kriegsversicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** 249. — Wehberg, Die Kriegsversicherung der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, ZVers. Wes. **12** 408 ff.

Kriegsschäden. 1. Hahn, MittöffFeuerversAnst. **12** 44 ff., begründet in Anlehnung an seine früheren Ausführungen (vgl. JDR. **10** 1279) gegenüber Wehberg, MittöffFeuerversAnst. **11** 726 ff. (vgl. JDR. **10** 1279) von neuem den Wert und die Erzwingbarkeit des Haager Abkommens über die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs und kommt von neuem zu dem Ergebnisse, daß die in jenem Abkommen bestimmte Schadensersatzpflicht keineswegs geeignet sei, das wertvolle, durch die Versicherung gewährte erzwingbare Recht auf Brandschadenvergütung zu ersetzen.

2. Wehberg, Die Kriegsversicherung der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, ZVersWiss. **12** 408 ff., wendet sich gegen Hahn, MittöffFeuerversAnst. **12** 44 ff. und hält an seinem früheren Standpunkte fest.

3. Wegen des Einflusses des Krieges auf die Gültigkeit der Versicherungsverträge s. vor §§ 1 ff. VVG. unter IV.

§ 85. (Vgl. JDR. **10** 1280, **8** 1098.) I. Außenversicherung. 1. Über die Bemessung des Umfanges der durch § 2 Abs. 1 der Zusatzbedingungen für Landwirtschaft gewährten Freizügigkeit bei landwirtschaftlichen Versicherungen vgl. VAPV. **12** 11.

2. Vgl. auch Weiland, Die Außenversicherung gewerblichen Gutes im Gebiete der Feuerversicherung, DVersPresse **13** 257 ff.

II. Dienstbotenversicherung. 1. SchlHolstAnz. **12** 329 (Kiel). Der Dienstherr, der Sachen seiner Dienstboten mitversichert hat, kann über die Ansprüche auf Zahlung der Versicherungssumme mit Wirkung gegen die Dienstboten verfügen. Dies gilt besonders dann, wenn die Versicherungsbedingungen nicht vorschreiben, daß der Versicherungsnehmer im Besitze der Police sein müsse. Doch ist bei solchen Verfügungen im Zweifel anzunehmen, daß sie sich zunächst auf die Ansprüche des Dienstherrn beziehen, wofern sie nicht den gesamten Anspruch betreffen.

2. Vgl. wegen der Versicherung „für wen es angeht" auch Kisch, JheringsJ. **63** 361 ff. (399), oben zu § 80 VVG.

§ 86. (Vgl. JDR. **10** 1280, **8** 1098.) Literatur: Diekhoff, Die Ermittlung des Versicherungswerts häuslichen Mobiliars, MittöffFeuerversAnst. **13** 204 ff. — Kontradowitz, Die Ermittlung des Versicherungswerts von häuslichem Mobiliar im Versicherungsfalle bei der Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** 257. — Tasche,

Die Praxis der Schadensfeststellung in der Feuerversicherung. Berlin 1913. — Thomas, Beiträge zur Regulierung von Schäden an Haushalts- und Gebrauchsgegenständen. Deutscher Feuerversicherungskalender. Hannover 1913. — Weiland, Begriff des Feuerversicherungswerts für Maschinen, Arbeitsgerätschaften und Gebrauchsgegenstände, ÖstRev. **13** 193 ff.

I. Anschaffungswert als Versicherungswert. **RG.** JW. **12** 425, MittöffFeuerversAnst. **12** 81. Nach § 86 VVG. ist der Versicherungsnehmer beim Fehlen entgegenstehender Vertragsabreden nicht auf den gemeinen Verkaufswert beschränkt. Falsche Angaben über den Anschaffungspreis einer verbrannten Sache sind deshalb strafrechtlich nur dann von Belang, wenn der Versicherer zur Zahlung der verlangten Summe nicht verpflichtet ist. Die Höhe der Entschädigungsforderung bemißt sich nämlich nicht nach dem Anschaffungswerte. Die Entschädigung soll vielmehr dem Versicherungsnehmer die Mittel gewähren, an Stelle der verbrannten Sachen andere zu erwerben. Deshalb braucht der Versicherungsnehmer, wenn er einen falschen Anschaffungspreis angibt, dies noch nicht deshalb zu tun, um sich rechtswidrig einen höheren Betrag zu verschaffen, als er seinerzeit aufgewendet hatte.

II. **RG.** JW. **12** 425, SächsRpflA. **12** 159, SeuffBl. **12** 264. Zu den im § 86 VVG. bezeichneten Gegenständen gehören auch Kraftwagen.

III. Kompensation der einzelnen Positionen bei häuslichen Mobilien. VAPV. **13** 112. Die bei den Verhandlungen über die neuen Verbandsbedingungen für Feuerversicherung vereinbarte geschäftsplanmäßige Erklärung der Gesellschaft, daß — entgegen dem § 13 Abs. 1 Satz 4 der Verbandsbedingungen — bei häuslichem Mobiliar Kompensation eintreten und unter den einzelnen Positionen Ausgleiche erfolgen sollten, gilt nach dem Sinne der Verhandlungen ohne weiteres auch für ältere Verträge, sobald die neuen Bedingungen den Versicherungsnehmern behändigt und zur Vertragsgrundlage gemacht worden sind.

IV. Wegen des Wertes von Waren einerseits und Kunstwerken andererseits vgl. zu § 52 VVG., wegen der Sachinbegriffe vgl. zu § 54 unter I.

V. Wegen des Begriffes und des Versicherungswertes von Modellen vgl. Weiland, ÖstRev. **13** 43 ff., ferner daselbst 51 ff.

§ 87. (Vgl. JDR. **10** 1281, 8 1098.) Unzulässige Vereinbarung einer Taxe. 1. VAPV. **13** 120. Die Vereinbarung, daß im Schadenfall ein im voraus vereinbarter Wert für jedes gegen Feuer versicherte Pfand vom Versicherungsgeber zu ersetzen sei, verstößt gegen § 57 Satz 2 und ist daher nichtig.

2. VAPV. **12** 123. Keine im voraus erfolgte Festlegung des versicherten Interesses durch eine Taxe liegt vor, wenn bedungen ist, daß für Sachen, die lieferungsfertig, fest verkauft und mit ihrem Verkaufspreise gebucht, aber noch nicht übergeben sind, der Verkaufspreis abzüglich der durch die Nichtlieferung ersparten Kosten als Versicherungswert gelten soll. — Im übrigen s. wegen der Betriebsunterbrechungsversicherung unten zu § 89.

3. Wegen der Unzulässigkeit der Versicherung des subjektiven Liebhaberwerts vgl. zu § 52 VVG. unter II.

§ 88. (Vgl. JDR. **10** 1282, 8 1095, 1098.) Literatur: Conradt, Haftung des Feuerversicherers bei behördlichem Verbote der Wiederbenutzung von Brandresten, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 191 ff. — Domizlaff, Der Versicherungswert der gegen Feuersgefahr versicherten Gebäude, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 401 ff. — MasVersRdsch. **24** 310 ff., „Berücksichtigung des Alters und der Abnutzung bei Teilschäden an Gebäuden“. — MasVersRdsch. **25** 66 ff., „Das Architektenhonorar bei Ermittlung des Gebäudeschadens“. — Weiland, Begriff des Gebäudeversicherungswertes, ÖsterrRevue **13** 137 ff.

I. Der Versicherungswert zum Abbruche bestimmter Gebäude. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 177, JW. **12** 152, R. **12** Nr. 319, VersAnn.

12 45. Vorgeschrieben war: Die Versicherungssumme ermäßigt sich auf den Wert der Materialien bei Gebäuden, die zum Abbruche verkauft oder nachweislich bestimmt sind; die Ermäßigung tritt von selbst ein, sobald der Verkauf oder die Bestimmung zum Abbruch erfolgt ist. Die Bestimmung zum Abbruche setzt nicht bloß einen entsprechenden inneren *Willen* des Versicherungsnehmers voraus, sondern auch einen *äußeren Umstand*, der mit Sicherheit erkennen läßt, daß die Verwirklichung des Entschlusses in nicht ferner Zeit mit Sicherheit zu erwarten ist. Nicht genügend ist daher, daß der Versicherungsnehmer bei der Schadensschätzung erklärt, er habe das Haus zum Abbruche bringen wollen. Nicht genügt es ferner, daß der Versicherungsnehmer entschlossen war, mit dem Abbruch und dem Neubaue zu beginnen, sobald ein anderer Bau fertig und beziehbar sein werde, wenn zur Zeit des Brandes hiernach das alte Haus noch fast ein Jahr lang bewohnt werden sollte.

2. *Domizlaff*, Der Versicherungswert der gegen Feuersgefahr versicherten Gebäude, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 401 ff., bekämpft die oben unter 1 mitgeteilte Entsch. des RG. Sie entspricht nicht der dem betreffenden Falle zugrunde liegenden Bestimmung des Reglements, daß Gebäude, die zum Abbruche verkauft oder nachweislich bestimmt sind, nur zum Materialwerte versichert bleiben sollen. Andererseits ist diese Bestimmung dem Versicherungsnehmer dann ungünstig, wenn er, wie in dem betreffenden Falle, fest entschlossen war, das Haus abzureißen, es aber andererseits noch etwa ein Jahr lang bewohnen wollte. Mindestens der Mietwert müßte ihm auf dieses Jahr ersetzt werden. Die fragliche Bestimmung gestattet dies aber nicht. Man muß erwägen: Nach dem Gesetze soll die Versicherung nicht zu einer Bereicherung führen. In den Normalfällen ist als Versicherungswert der zur Zeit des Versicherungsfalls vorhandene Bauwert zu betrachten und in dessen Ersatz keine Bereicherung des Versicherungsnehmers zu erblicken. Auch ohne besondere Vereinbarung gilt aber der bloße Vermögensschaden als versichert, wenn er geringer ist als der Bauwert und wenn dieser geringere Wert aus *objektiven* Gründen sich ergibt. Es muß vereinbart werden, wenn ein größerer Vermögensschaden als der Bauwert den Gegenstand des Vertrags bilden soll, sei es durch Versicherung nach Taxe, sei es durch andere ausdrückliche oder aus den Umständen nach Treu und Glauben zwingend zu schließende Abmachungen. Dasselbe gilt, wenn der Versicherungswert deshalb geringer sein soll als der Bauwert, weil nach den *subjektiven* Verhältnissen des einzelnen, individuell fest bestimmten Versicherungsnehmers sein persönlicher Vermögensschaden geringer zu bemessen ist als der Bauwert. Der Nachweis dieser sämtlichen Vereinbarungen wird in der Regel nur durch den Nachweis einer ausdrücklichen Vereinbarung zu führen sein. Zweckmäßig ist eine Klarstellung in den allgemeinen Versicherungsbedingungen. Den verschiedenen möglichen Gestaltungen des Einzelfalls wird gerecht die Bestimmung im § 13 Abs. 2 in den allgemeinen Verbandsbedingungen der privaten Feuerversicherer, wonach, wenn sich ein geringerer Wert als der Bauwert (im Sinne von § 88 VVG.) aus dem Umstand ergibt, daß das Gebäude vor Eintritt des Versicherungsfalls schon dauernd entwertet war, der geringere Wert als Versicherungswert gelten soll. Hiernach wird also nicht unter allen Umständen nur der Abbruchswert vergütet, wenn das Gebäude zum Abbruche bestimmt ist, sondern nur dann, wenn es abgebrochen werden muß, und wenn eine andere Verwertung als durch Abbruch für niemanden möglich ist. Die Normativversicherungsbedingungen der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten sagen im § 4 Abs. 3: „Ergibt sich durch besondere Umstände, z. B. bei Zerstückelung eines landwirtschaftlichen Grundstücks ein geringerer Wert, so ist dieser maßgebend. Ist ein Gebäude zum Abbruch an- oder ausgeboten oder sonst erweislich zum Abbruche bestimmt, so gilt als Versicherungswert der Wert der aus dem Abbruche hervorgehenden Baustoffe abzüglich der Abbruchskosten." Diese Vorschrift ist nicht zweckmäßig, weil die „Bestimmung zum Abbruche" nicht überall

ein gutes, zu billigen Ergebnissen führendes Kriterium ist, übrigens auch insofern nicht klar, weil nicht sicher ist, ob auch vorübergehende Wertminderungen in Betracht kommen sollen. Vorzuziehen wäre es, wenn die Fassung dahin geändert würde: „Ist ein Gebäude zum Abbruch an- oder ausgeboten oder sonst erweislich zum Abbruche bestimmt, so gilt als Versicherungswert der Wert der aus dem Abbruche hervorgehenden Baustoffe abzüglich der Abbruchskosten (Abbruchswert), es sei denn, daß der Versicherungsnehmer nachweist, daß er vor Eintritt des Versicherungsfalls von der Bestimmung zum Abbruche zurückzutreten ist oder doch seine Absicht aufgegeben haben würde. Hat das zum Abbruche bestimmte Gebäude, wenn auch nur zeitweilig, noch einen Gebrauchswert, so ist dieser mitzuerstatten, jedoch nicht über den vorbezeichneten Bauwert hinaus."

II. Restwertberechnung bei polizeilichen Verboten und Anordnungen. 1. Conradt, Haftung des Feuerversicherers bei behördlichem Verbote der Wiederbenutzung von Brandresten, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 191 ff. Die Ausdehnung der Haftung des Versicherers auf die infolge behördlichen Benutzungsverbots entstehenden Erhöhungen des Schadens ist ungerechtfertigt und zwar sowohl auf Grund der Bestimmungen der allgemeinen Versicherungsbedingungen der öffentlichen und privaten Unternehmungen, auf Grund des VVG. und auf Grund der Gesetze und Satzungen der einzelnen öffentlichen Anstalten als auch auf Grund allgemeiner Erwägungen. Die zu dieser Frage bisher ergangenen, eine Erhöhung der Schadensersatzpflicht des Versicherers aussprechenden Entscheidungen sind an sich schon anfechtbar und sind keinesfalls für die nach neuen Grundlagen geschlossenen Verträge maßgebend. Jene Schäden haben mit der Feuerversicherung nichts zu tun. Ihre Tragung ist auch durch Gesetz einer besonderen Instanz zugewiesen, z. B. beim Fluchtliniengesetze (den Gemeinden). Im übrigen wäre es eine Unbilligkeit, sie dem Versicherer aufzubürden, z. B. die allgemeinen polizeilichen Anordnungen.

2. VAPV. **12** Anh. 118, LeipzZ. **12** 793, MittöffFeuerversAnst. **12** 152 (Colmar). Wenn der Wiederaufbau des nur teilweise brandbeschädigten Gebäudes aus baupolizeilichen Gründen verboten wird, so können die unbeschädigt gebliebenen Reste nicht mit ihrem Bauwerte (Materialwert und Arbeitslohn), sondern nur mit ihrem Materialwerte in Rechnung gestellt werden, weil nur dies dem Zwecke des Vertrags entspricht (Schutz des Versicherungsnehmers und der Hypothekengläubiger) und unklare Bedingungen („verwendbar") gegen den Versicherer auszulegen sind. Die entgegenstehende Auffassung der Schiedsgutachter macht ihr Schätzungsgutachten anfechtbar nach § 64 VVG. Ein Irrtum über die Möglichkeit späterer Aufhebung des polizeilichen Verbots berechtigt den Versicherungsnehmer aber nicht zur Irrtumsanfechtung, wenn er die Schadensberechnung anerkannt und auf alle weiteren Ansprüche verzichtet hat.

3. MittöffFeuerversAnst. **13** 595 (Hamm). Keine Berücksichtigung des Schadens, der dem Versicherungsnehmer dadurch entsteht, daß die Baupolizeibehörde die Wiederbenutzung der Umfassungswände verbietet, weil sonst der vorgeschriebene Abstand vom Nachbarhause nicht gewahrt werde (nach altem Rechte entschieden; nach VVG. scheint das OLG. die Sache anders beurteilen zu wollen).

4. HessRspr. **13** 98, MittöffFeuerversAnst. **13** 436 (Darmstadt). Vergütet werden (nach hess. Rechte §§ 2, 21 G. betr. die Brandversicherungsanstalt für Gebäude vom 28. September 1890) nur Beschädigungen an Gebäuden. Deshalb kommen nur unmittelbare Sachschäden in Betracht, nicht aber mittelbare Schäden, die darauf beruhen, daß die Polizei die Wiederbenutzung der Fundamentmauern verbietet.

5. MittöffFeuerversAnst. **13** 436 (BadVerwGerH.). Die gesetzliche (bad. GebäudeversG.) Brandentschädigungssumme bemißt sich nach dem, was nötig ist, um

das Gebäude wieder in dem früheren Zustand aufzuführen. Sie kann also nicht dadurch erhöht werden, daß die Polizei die Aufführung bisher nicht vorhanden gewesener Brandmauern verlangt.

III. Über die Frage, nach welchen Grundsätzen eine Gebäudeschadensregulierung zu erfolgen hat, wenn vor dem Brande eine Parzellierung der Ländereien stattgefunden hat, die Gebäude aber zum vollen Bauwerte versichert stehen, vgl. Götze, Ebert, Blunk, Domizlaff, MittöffFeuerversAnst. **13** 332ff., ferner MittöffFeuerversAnst. **13** 594 (LG. Kiel).

IV. MasVersRdsch. **25** 66 ff., Das Architektenhonorar bei Ermittlung des Gebäudeschadens. Die Schadensermittlung hat so zu erfolgen, daß zu den reinen Baukosten, die unter Anwendung der Minimalunternehmerkosten zu ermitteln sind, ein Zuschlag für den Architekten auf Grund der Gebührenordnung oder in Anlehnung an sie hinzugerechnet wird. — Die Frage, ob das Architektenhonorar an der Abnutzung des Gebäudes teilnimmt, ist dahin zu beantworten, daß, soweit die Wiederherstellung die Lebensdauer des Gebäudes nicht verlängert, die Berechnung einer Abnutzung ebenso ungerechtfertigt ist wie die sonstigen Baukosten.

V. R. **13** 683 (BayVerwGerH.). Eine getrennte Versicherung nach Stockwerken ist unzulässig. — Bei der Berechnung des Schadens sind nur in Betracht zu ziehen: Der erlittene Schaden nach der Schätzung, die Kosten des ganzen Grundaufbaues und die Größe der ganzen Versicherungssumme. Eine besondere Berücksichtigung oder Bewertung einzelner Gebäudeteile bei der Berechnung der Entschädigung ist nicht statthaft (BayBrandversG. vom 3. April 1875, Artt. 12, 50 Abs. 2).

§ 89. (Vgl. JDR. **10** 1283, **8** 1098, 1080.) Literatur: Bon, Die Brand-Chomageversicherung, ZVersWiss. **13** 186 ff., 383 ff., 509 ff. — Domizlaff, Die Haftung des Feuerversicherers für Schäden im Gewerbebetriebe, insbesondere die Betriebsverlustversicherung (Vortragsbericht), MittöffFeuerversAnst. **12** 77 ff. — Derselbe, Die Haftung des Feuerversicherers für Schäden im Gewerbebetrieb (insbesondere die Betriebsunterbrechungsversicherung), ZVersWiss. **12** 275 ff. — Heine, Zur Haus-Chomage-Versicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** 362. — Hoppe, Die Grundbegriffe der Versicherung gegen Schaden durch Betriebsstillstand infolge Brand, ZVersWiss. **13** 749 ff. — Meltzing, Die Haus-Chomage-Versicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 61 ff. — Moldenhauer, Versicherung gegen Betriebsunterbrechung (Vortragsbericht, ZVersWiss. **12** 462). — Derselbe, Die Versicherung von Schäden durch Betriebsunterbrechung infolge Brand, Blitzschlag oder Explosion, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 141 ff. — Derselbe, Die Versicherung gegen Betriebsunterbrechung (Vortragsbericht), MitöffFeuerversAnst. **12** 78 ff. — Prost, Ausblicke zur Betriebsverlustversicherung, ZVersWiss. **11** Heft 45—47. — Rakely, Schutz gegen entgehenden Geschäftsgewinn durch Versicherung, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 149 ff. — Schlegel, Zur Versicherung gegen Betriebsunterbrechung, ZVersWiss. **13** 706 ff. — Vorster, Die Versicherung gegen Schaden durch Betriebsunterbrechung infolge Brand, Blitzschlag oder Explosion (Vortragsbericht), MittöffFeuerversAnst. **12** 476 ff. — DVersZ. **12** 29 ff., „Betriebsverlustversicherung". — MasVersRdsch. **26** 76 ff., „Vorkaufspreisklausel und Betriebsunterbrechungsversicherung". — Michy, L'assurance pour compte d'autrui et l'assurance complémentaire de responsabilité contre les risques d'incendie. Paris 1912. — Lefort, De la condition économique et juridique des caisses syndicales d'assurance contre le chomage, Revue générale du droit **35** 289 ff. — Derselbe, L'assurance contre le chomage à l'étranger et en France. Paris 1913. — Verkaufspreisklausel und Betriebsunterbrechungsversicherung, MasRdsch. **26** 76 ff.

I. Betriebsverlustversicherung. 1. Bon, Brandchomageversicherung, ZVersWiss. **13** 186 ff., 383 ff., 509 ff., behandelt eingehend die Brandchomageversicherung und zwar im 1. Teile nach ihrer geschichtlichen Entwicklung (190 ff.) und im 2. Teile (383 ff.) nach ihrer gesetzlichen Gestaltung, beides für Deutschland und die Schweiz. Er gliedert die Chomageversicherung in Elementar- und in Konjunkturchomageversicherung. Zu letzterer gehört Streik, Krieg usw. Zur ersteren aber gehört einerseits die Brand- und andererseits die Wasserschadenversicherung. Beide gliedern sich nach dem Gegenstande, der zur Versicherung gelangt, in Mietverlust- und in Betriebsverlustversicherung. Erstere betrifft den Hauseigentümer,

letztere den Geschäftsinhaber. Brandchomageversicherung ist die Versicherung gegen Schaden aus Betriebsstillstand infolge Brandfalls (187). — Die geschichtliche Entwicklung hat erst allmählich dazu geführt, daß außer dem reinen Sachschaden auch der entgehende Gewinn versicherbar wurde. Die Seeversicherung machte den Anfang, indem sie die Versicherung der Fracht und des imaginären Gewinns zuließ. — Das Interesse, das jemand daran hat, daß ihm Vermögensvorteile nicht entgehen, ist das wirtschaftliche Interesse, das sowohl nach Art. 48 SchwVVG. wie auch nach dem DVVG. Gegenstand der Schadensversicherung sein kann. Das wirtschaftliche Interesse, das durch die Brandchomageversicherung gedeckt wird, ist der Vermögensvorteil, den jemand aus der Aufrechterhaltung eines Betriebs oder aus der Vermietbarkeit einer Wohnung zieht. Die Brandchomageversicherung deckt gegen die vermögensrechtlich nachteiligen Folgen, die sich in Form des Verlustes an Vermögensvorteilen äußern, die ihrerseits aufrecht zu erhalten infolge Beschädigung von zum Betriebe notwendigen Immobilien und Mobilien (deren Wertminderung durch die Immobiliar- und Mobiliarsachversicherung gedeckt wird). — Wegen der versicherungstechnischen Risiken und ihrer Beurteilung s. 391 ff. — Die materiell-rechtlichen Grundlagen werden 509 ff. behandelt, darunter im einzelnen der Versicherungswert und der Ersatzwert (Über- und Unterversicherung) und ihre Ausgestaltung in den einzelnen Bedingungen verschiedener Staaten, beides zunächst für die Betriebsverlustversicherung, daran anschließend für die Mietverlustversicherung. — Der 3. Teil (528 ff.) gibt kritische Betrachtungen zur Chomageversicherung und eine neue Methode für die Schadensfeststellung und die Ermittlung des Entschädigungsanspruchs.

2. Domizlaff, Die Haftung des Feuerversicherers für Schäden im Gewerbetriebe (insbesondere die Betriebsunterbrechungsversicherung), ZVersWiss. **12** 275 ff. (Vortragsbericht). Mit der Zunahme der Erfahrungen wächst die Zahl der Klauseln, die bei der Feuerversicherung von Gewerbebetrieben nötig sind, z. B. die Nachweis-, insbesondere die Buchführungsklausel, ferner die Klausel, wonach Schäden durch das als Betriebsmittel dienende Feuer ausgeschlossen sein sollen. Alle diese Klauseln, deren Rechtsklarheit dringend nötig ist, bezwecken, zur Vermeidung von Bereicherungen unzweideutig klarzustellen, daß nur der reine Sachschaden das versicherte Interesse darstellt und weiter: was als solcher Sachschaden anzusehen ist. Diese Beschränkung auf den reinen Sachschaden, die dem § 83 VVG. entspricht, führt dazu, daß z. B. bei Zerstörung einer unersetzbaren Maschine die hierdurch bewirkte Wertlosigkeit der ganzen übrigen Fabrikeinrichtung und der Rohstoffe nicht ersetzt wird, ebenso die Wertminderung der bei einem Brande nach Zerstörung der dazu gehörigen, unersetzbaren Röcke übrig bleibenden Jacken. Diesen Fehler soll die Versicherung gegen Betriebsverlust ausfüllen, die anfänglich auf einzelne Gewerbe mit verschieden entsprechenden Klauseln beschränkt blieb, jetzt aber nach den Verbandsbedingungen seit 1. Januar 1910 allen Fabrikationsbetrieben auf Grund einer einheitlichen Verkaufspreisklausel offensteht, die besagt, daß die bei Eintritt des Verkaufsfalls als fest verkauft mit ihrem Verkaufspreise gebuchten fertigen, dem Käufer aber noch nicht übergebenen Waren mit diesem Verkaufspreis abzüglich der durch die Nichtlieferung ersparten Unkosten ersetzt werden sollen. Die Betriebsverlustversicherung der Händler ist noch in der Entwicklung, vgl. z. B. die besonderen Bedingungen für Versicherung von Preisdifferenzen im Zuckerhandel, die sich daraus erklären, daß im Zuckerhandel mit großen Lieferfristen gekauft wird und daß bei Abbrennen der betreffenden Zuckerfabrik der Fabrikant lieferungsfrei wird, der Käufer also Gewinnaussichten verliert. Fabrikbetriebe können über die Grenzen der Verkaufspreisklausel hinaus hinsichtlich sonstiger Schäden, die abgesehen von verkauften, lieferfertigen Fabrikaten entstehen können, sich allgemein gegen Schaden durch Betriebsunterbrechung versichern. Hierfür gelten die allgemeinen

Verbandsbedingungen für die Versicherung gegen Schaden durch Betriebsunterbrechung infolge Brand, Blitzschlag oder Explosion. Die Verkaufpreisklausel bildet einen Teil der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen. — Wegen der Einzelheiten der Betriebsunterbrechungsversicherungsbedingungen vgl. 281 ff. — Wegen der Entwicklungsaussichten s. 284 ff.

3. Hoppe, Die Grundbegriffe der Versicherung gegen Schaden durch Betriebsstillstand infolge Brand, ZVersWiss. **13** 749 ff., behandelt folgende Hauptpunkte: Aufgabe der Versicherung gegen Betriebsstillstand. Gegenstand des Ersatzes. Einwände gegen die Betriebsstillstandsversicherung. Die zugelassenen bzw. versicherungswürdigen Risiken. Drei Gefahrsdimensionen. Versicherungsdauer und Haftzeit. Der Brand muß während der Versicherungsdauer eingetreten sein. Die Haftzeit reicht über die Versicherungsdauer hinaus. Voraussetzung einer Feuersachhaftung. Beschränkung der Haftung auf den in der Police genannten Betrieb. Beschränkung auf unvermeidliche Brandfolgen. Streiks, Aussperrung, handelspolitische Maßnahmen, Krisen, Konjunkturen als Kausalfaktoren der Betriebsunterbrechung und des Geschäftsvertrags. Verlängerung der Betriebsunterbrechung wegen Nichteinigung mit dem Feuersachversicherer. Zeitpunkt für die Feststellung der Versicherungsrente. Die abgekürzte Haftzeit und die verhältnismäßige Herabsetzung der Versicherungssumme. Aufteilung der Versicherungswerte zwischen mehreren Betrieben und der Zentrale. Analyse des Versicherungsgegenstandes, Reingewinnentgang und fortlaufende Betriebsauslagen (Unkosten). Einschränkung der fortlaufenden Unkosten auf die rechtlich notwendigen und wirtschaftlich begründeten. Die verschiedenen Kategorien von fortlaufenden Unkosten. Unproduktive Unkosten (Steuern, Abschreibungen), produktive Unkosten. Vergütung der fortlaufenden Unkosten, soweit, sie nicht dem wiederaufgenommenen Betriebe zur Last fallen. Die Unkostenvergütung darf nicht dazu führen, daß der Versicherte einen ihm ohne Betriebsstillstand bevorstehenden Verlust erspart. Versicherung der Zinsen für im Geschäft investierte Gelder und Grundstücke unter Gewinnentgang oder unter fortlaufenden Unkosten. Versicherung der Extraunkosten nach schweizerischem System. Unterschied zwischen den relativen Mehrkosten des wiederaufgenommenen Betriebs und den Mehrauslagen für die Abwendung und Minderung des Schadens. Begrenzung dieser Mehrauslagen nach den deutschen, österreichischen und englischen Bedingungen. Aufteilung dieser Mehrauslagen zwischen den beiden Versicherungsposten (Reingewinn, fortlaufende Unkosten). Die Schwierigkeiten der Schadensermittlung. Das Sachverständigenverfahren, Buch-, technische Sachverständige und ihr Wirkungskreis. Prämienbestimmung nach der Feuersgefahr und Haftzeit.

4. Melzing, Die Hauschomageversicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 61 ff. Hauschomageversicherung ist die Versicherung des Mietverlusts, der durch die Nichtvermietungen von Wohnungen infolge der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse, also der Überproduktion von Miethäusern oder der Verringerung der Bevölkerung durch Epidemien oder Wegzug verursacht wird. Ihre Zulässigkeit ergibt sich aus dem VVG. Sie ist aber in Deutschland noch in den Anfängen ihrer Entwicklung, weil in der Tat manche Schwierigkeiten sich ergeben. Die geschichtliche Entwicklung der Mietverlustversicherung im In- und Auslande, die Einrichtung der bestehenden Gesellschaften und die auftauchenden neuen Projekte werden eingehend dargestellt und kritisiert. Erörtert werden insbesondere die Fragen der Organisation (lokal oder nicht lokal) und der Ausgestaltung des Vertrags.

5. Moldenhauer, Die Versicherung gegen Betriebsunterbrechung infolge Brand, Blitzschlag oder Explosion, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 141 ff., gibt nach kurzem Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung, insbesondere in England, eine eingehende wertvolle Darstellung der in Deutschland im Herbste 1911 eingeführten allgemeinen Versicherungsbedingungen der Betriebsverlustversicherung, insbesondere

nach ihrer rechtlichen Seite. Er hält eine gute Entwicklung dieses neuen Reises, das der Baum der Feuerversicherung getrieben hat, für möglich, wennschon manche Schwierigkeiten zu überwinden sein werden.

6. Rakely, Schutz gegen entgehenden Geschäftsgewinn durch Versicherung, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 149 ff. Zwischen der Feuerversicherung und der Betriebsunterbrechungsversicherung sind gewisse Berührungspunkte vorhanden, wenn die erstere dem Versicherungsnehmer die sog. Verkaufspreisklausel zugesteht, wonach lieferungsfertige, verkaufte Waren im Brandfall unter Zugrundelegung der Verkaufspreise zu entschädigen sind. Beide Versicherungsarten können aber nur in wenigen und ganz bestimmt gearteten Fällen kollidieren. Unrichtig ist es, zu sagen, eine Kollision sei überhaupt ausgeschlossen, weil die Nichtlieferung der fertigen, verkauften Waren keine unvermeidliche Folge des Brandereignisses im Sinne des § 2 der allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Betriebsunterbrechungsversicherung sei. Denn diese Begründung paßt nur in den Fällen, in denen das Warenlager eines Fabrikbetriebs durch einen Brand zerstört wird, der Betrieb selbst aber keine Unterbrechung erleidet. Ist die Betriebsunterbrechung die direkte und sich notwendig ergebende Folge eines Brandes, so ist die Unmöglichkeit, die lieferungsfertigen, festverkauften Waren zu liefern, als eine Begleiterscheinung der Betriebsunterbrechung anzusehen. Die Lösung des Konfliktes zwischen Feuer- und Betriebsunterbrechungsversicherung kann nur dadurch erfolgen, daß eine Entschädigung auf Grund der Verkaufspreisklausel nur dann eintritt, wenn auch der Betriebsunterbrechungsversicherer nicht von seiner Haftung frei ist.

7. Schlegel, Zur Versicherung gegen Betriebsunterbrechung, ZVersWiss. **13** 706 ff., wendet sich gegen Domizlaff (im Versicherungslexikon, Ergänzungsband). § 4 der allgemeinen Vebandsbedingungen verlangt Unmögliches, wenn der Versicherungsnehmer von vornherein den Ersatzwert angeben und in Versicherung geben soll. Denn der Versicherungswert ändert sich fortgesetzt und ist nicht von vornherein bestimmbar.

8. DVersZ. **12** 45 ff. Ersatz für den durch Verkauf der verbrannten Waren erhofften, infolge des Brandfalls entgangenen Gewinn kann, wenn die Waren verbrennen, während sie zum Färber gebracht sind, weder auf Grund der vom Fabrikanten genommenen Feueraußenversicherung noch auf Grund der vom Färber für die Kundenwaren eingegangenen Fremdversicherung gefordert werden.

9. VAPV. **12** 123 ff. bespricht die erfolgte Einführung der Versicherung gegen Schaden durch Betriebsunterbrechung infolge von Brand, Blitzschlag oder Explosion und die vorgenommenen Änderungen der Bedingungen (s. VAPV. **11** 227, **10** 118).

10. Die neue sog. Verkaufspreisklausel der deutschen privaten Feuerversicherungen ist abgedruckt DVersZ. **13** 25.

11. Wegen der Kündigung der Betriebsverlustversicherung vgl. zu § 95 VVG.

12. Wegen des Versicherungswerts von Waren vgl. auch zu § 52 VVG.

II. Einzelne Zweige der Betriebsverlustversicherung.

1. Zuckerhandel. **a)** VAPV. **13** 191 ff. gibt genehmigte Bedingungen für die Versicherung solcher Schäden wieder, die dem Versicherungsnehmer als Abnehmer von Zucker bestimmter Herkunft durch die Unmöglichkeit der Erfüllung abgeschlossener Lieferungsverträge infolge von Brandfällen erwachsen. **b)** Vgl. hierzu auch VAPV. **12** 124 ff. **c)** Ebenso sind die neuen „Sonderbedingungen für Preisdifferenzen im Zuckerhandel“ der deutschen Feuerversicherung-Vereinigungsgesellschaft abgedruckt in ZVersWiss. **12** 244.

2. Braugerste. MittöffFeuerversAnst. **13** 442. Durch § 83 Abs. 2 VVG. ist der Erlaß des preuß. Min. d. Inn. vom 29. Oktober 1912 betr. die Schäden der Brauereien an den Biervorräten und an der Gerste infolge Brandes überflüssig und damit hinfällig geworden.

3. Wegen Versicherung der in Kühlhäusern eingelagerten Waren gegen Entwertung infolge Zerstörung oder Beschädigung der Eismaschinen oder der Kühlanlagen s. VAPV. **12** 125.

4. Wegen der Maschinenchomageversicherung s. vor §§ 49 ff. unter VII.

5. Wegen der Mietverlustversicherung s. vor §§ 49 ff.

III. Über das Wert- und Preisproblem in der Versicherung vgl. auch Rohrbeck, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 236 ff.

§ 92. 1. Pflicht zur Anzeige des Versicherungsfalls (vgl. JDR. 8 1098). Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 300. Der Fristablauf hat den Anspruchsverlust nicht zur Folge, wenn kein Verschulden vorliegt. Denn die Frist enthält keine Resolutivbedingung für den Anspruch, sondern eine zeitliche Umgrenzung einer Obliegenheit, deren Verletzung — sei es schlechthin, sei es hinsichtlich der Zeit — die angedrohten Nachteile nur dann mit sich bringt, wenn sie verschuldet ist (§ 6 Abs. 2 VVG.).

2. LeipzZ. **13** 333 (Dresden). Die Klagausschlußfrist für Erhebung der Ansprüche auf Brandentschädigung wird durch Zustellung eines Zahlungsbefehls nicht gewahrt.

3. Wegen der Entschuldbarkeit der Klagfristversäumung durch die Inhaftnahme des Versicherungsnehmers vgl. zu § 12 unter IV.

§ 93. (Vgl. JDR. **10** 1284.) 1. LeipzZ. **12** 953, ElsLothJZ. **13** 12 (Colmar). Der Versicherer kann die Einleitung des Abschätzungsverfahrens (bei einem Feuerversicherungsvertrage) nur binnen einer nach der jeweiligen Sachlage zu berechnenden angemessenen Frist verlangen.

2. Wegen der Frage, ob und in welchem Umfange der Feuerversicherungsgeber Schuldlosigkeitsatteste fordern kann, vgl. VAPV. **12** 195 (s. zu § 61 VVG.).

§ 94. (Vgl. JDR. **10** 1284, 8 1098.) Entschädigungszahlung. VAPV. **13** Anh. 41, LeipzZ. **13** 797, ZVersWes. **13** 214 (Hamburg). Ein Feuerversicherer darf die Zahlung der Brandentschädigung nicht von Ausstellung einer Generalquittung abhängig machen.

§ 95. Literatur: Schulze, Kündbarkeit der Betriebsverlustversicherung nach einem Versicherungsfalle der Feuersachversicherung, ZVersWes. **13** 191 ff.

I. Kündigung nach einem Brandfalle. 1. Schulze, ZVersWes. **13** 191. Wenn im § 18 Abs. 2 der allgem. Feuerversicherungsverbandsbedingungen bestimmt ist, der Versicherer sei nach dem Eintritt eines Feuerversicherungsfalls berechtigt, jeden zwischen ihm und dem Versicherungsnehmer bestehenden Feuerversicherungsvertrag zu kündigen, so gilt das Kündigungsrecht auch für Betriebsverlustversicherungen, die neben den eigentlichen Feuerversicherungen abgeschlossen sind. Denn auch die Betriebsverlustversicherung ist eine Feuerversicherung.

2. KGBl. **13** 27 (LG. I Berlin). Bei der Berechnung der Kündigungsfristen in der Versicherung ist § 193 BGB. anwendbar.

II. Wegen der Pflicht zur Anzeige früherer Fälle bei Vertragsschluß s. zu § 16 VVG. unter III und zu § 18 VVG. unter I.

§§ 97—99. (Vgl. JDR. **10** 1284, 8 1098.) Literatur: Josef, Die Wiederaufbauklausel bei der Feuerversicherung und ihre Einwirkung auf die Hypotheken-

gläubiger, GesuR. **13** 492 ff. — Weiland, Folgen des unterlassenen Wiederaufbaus bei Vorliegen der sog. Wiederaufbauklausel, MittöffFeuerversAnst. **13** 412.

Die Wiederaufbauklausel. 1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 310. Wenn eine einzelstaatliche Regelung über die Art und Weise, in welcher die Verwendung des Geldes zu sichern ist, nicht vorliegt und auch die Versicherungsbedingungen darüber nichts bestimmen, so ist nach Treu und Glauben, nach billigem Ermessen zu entscheiden, ob die Sicherung genügt. Die für die bayerische Gebäudeversicherungsanstalt geltende Regelung, nach welcher das erste Drittel beim Anfahren des Baumaterials, das zweite Drittel nach Aufsetzung des Dachstuhls und das letzte Drittel bei Vollendung des Gebäudes bezahlt wird, entspricht im Zweifel der Billigkeit und kann als Vorbild gelten.

2. Weiland, MittöffFeuerversAnst. **13** 412. Der im Falle hypothekarischer Belastung nach den allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen der öffentlichen und privaten Anstalten bestehende Anspruch auf Zahlung der Versicherungssumme zu Zwecken des Wiederaufbaues kann zum Nachteile des Versicherungsnehmers nicht dergestalt geändert werden, daß der bloße Ablauf kürzerer als der im § 12 VVG. zugelassenen Fristen von selbst eine Minderung der Leistungspflicht zur Folge hat.

3. MecklZ. **13** 101 (Rostock 23. 11. 12 II Sa. 402/12). Der Eigentümer eines abgebrannten Gebäudes, der die Versicherungssumme mit Einwilligung der Realgläubiger erhoben, aber nicht zum Wiederaufbaue verwendet hat, ist einem Grundschuldner zum Schadensersatze verpflichtet in Höhe des bei der späteren Versteigerung eintretenden Ausfalls zuzüglich der Zinsen und Versteigerungskosten.

4. VAPV. **13** Anh. 124, MittöffFeuerversAnst. **13** 359 (Colmar). Die verspätete Erfüllung der vertragsmäßigen Wiederaufbaupflicht hat die festgesetzte Folge der Anspruchsverwirkung nicht, wenn der Versicherungsnehmer ohne Verschulden (z. B. weil er infolge seiner unverschuldeten Notlage kein Baugeld erhielt) den Bau nicht ausführen konnte. — Der schließliche Wiederaufbau ist maßgebend für den Beginn der Klagefrist, wennschon die Bedingungen besagen, daß binnen 6 Monaten nach dem Brande der Schaden „gerichtlich abgefordert" werden müsse; denn hiermit ist die Erhebung einer Leistungsklage gemeint, die aber bedingungsgemäß erst nach Wiederaufbau zulässig ist.

5. MittöffFeuerversAnst. **13** 264 (Marienwerder). Wenn die Herstellungsarbeiten noch vor der schließlichen Versteigerung erfolgt sind, dann steht in Höhe der Herstellungsarbeiten der Anspruch auf die Versicherungssumme dem früheren Eigentümer und nicht dem Ersteher zu. Seine Abtretung an die Lieferer der Herstellungsarbeiten ist insoweit also wirksam.

6. Wegen der Restwertberechnung s. zu § 88 VVG.

7. Wegen der Stellung des Hypothekengläubigers zur Wiederaufbauklausel s. zu § 101 VVG. unter 1.

§ 99. (Vgl. JDR. **10** 1285, 8 1099.) LeipzZ. **12** 173 (Hamburg). Hat der eingetragene Hypothekengläubiger auf Anzeige des Versicherers der Auszahlung der Versicherungssumme an den Eigentümer widersprochen, so ist die Rücknahme des Widerspruchs seitens des Widersprechenden bedeutungslos, wenn sie nach Abtretung der Hypothek erfolgt.

§ 100. (Vgl. JDR. **10** 1286, 8 1100.) Literatur: Baumgarte, Der Schutz des Realkredits durch das öffentliche und private Feuerversicherungswesen, MittöffFeuerversAnst. **12** 375 ff. — Blumhardt, Die Rechte und der Schutz der Realgläubiger bei Beendigung der Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. **13** 450 ff. — Gundlach, Die Rechte des Hypothekengläubigers an der Versicherungssumme, welche durch Eintritt des Versicherungsfalls zahlbar geworden ist, im Falle der Zwangsversteigerung, JW. **13** 411. — Harney, Der Hypothekensicherungsschein, BankA. **12** 127, 139. — Heine, Enthält § 100 VVG. eine Verschlechterung der Stellung des Hypothekengläubigers? MittöffFeuervers.

Anst. 12 675 ff. — Jeß, Die Haftung der Forderung aus der Versicherung für Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden. Marburg 1912. — Josef, Eine Verschlechterung der Stellung des Hypothekengläubigers durch das VVG.? R. 12 262. — Kiesow, Eine Verschlechterung der Stellung des Hypothekengläubigers durch das VVG., R. 12 197 ff. — WallmVersZ. 47 1585 ff., 1601 ff., „Sicherung des Realkredits im Schadenfalle". — Vgl. auch zu § 101 VVG.

I. Schutz der Grundstücksgläubiger im allgemeinen. 1. Blumhardt, MittöffFeuerversAnst. 13 450 ff., sucht darzulegen, daß die Rechtsstellung der Realgläubiger gegenüber den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten eine bessere ist als gegenüber den Privatgesellschaften.

2. Harney, BankA. 12 127 (Nachtrag, das. 139), hält die Notwendigkeit, den früheren Hypothekensicherungsschein beizubehalten, auch angesichts des § 100 VVG. für gegeben, muß aber im Nachtrage zugeben, daß nach §§ 103, 105 VVG. seine Befürchtungen zum größten Teile hinfällig seien.

3. Wegen der Frage, ob die Maschinenversicherung zur Mobiliar- oder zur Immobiliarversicherung gehört, vgl. vor §§ 49 ff. VVG. unter VII.

4. Wegen des Schutzes der Grundstücksgläubiger im Falle des Verzichts des Eigentümers auf das Eigentum s. zu § 68 VVG. unter I 1.

II. Schutz bei Anmeldung des Grundstücksrechts. 1. Kiesow, Eine Verschlechterung der Stellung des Hypothekengläubigers durch das VVG., R. 12 197 ff. Für Feuerversicherungsverträge verschlechtert § 100 VVG. als das spätere Gesetz die Bestimmungen der §§ 1127, 1128, 1276 BGB. zuungunsten der Hypothekengläubiger insofern, als 1. die Hypothekengläubiger, die nach BGB. gegen die im § 100 VVG. angegebenen Rechtshandlungen, mit Ausnahme der an den Eintritt der im § 100 VVG. erwähnten „sonstigen Tatsachen" geknüpften Rechtsfolgen, unbedingt geschützt waren, nunmehr nur noch einen zeitlich beschränkten Schutz genießen und als 2. dieser Schutz an das Erfordernis der Anmeldung der Hypothek geknüpft ist.

2. Josef, R. 12 262. Kiesow, R. 12 197, hat Unrecht. § 100 VVG. bringt dem Hypothekengläubiger Vorteile, die ihm das BGB. nicht gab. Denn §§ 1127, 1128 BGB. reden nur von der Versicherungssumme, beziehen sich also nur auf den Fall, daß ein Schaden bereits eingetreten ist, nicht aber auf den Versicherungsvertrag im ganzen und auf dessen Fortbestand. Der Eigentümer ist daher vor Eintritt des Versicherungsfalls nach BGB. völlig unbeschränkt. Die Beschränkung schafft erst § 100 VVG. Ebenso Schneider, R. 08 838 und LeipzZ. 08 506, Josef, BadRpr. 08 124 und Komm. z. VVG. § 100 Anm. 10; aM. Hagen, JheringsJ. 51 92, 113, 114 und im JahrböffFeuerversAnst. 08 312, und Gerhard-Manes, Komm. z. VVG. 427.

3. Heine, MittöffFeuerversAnst. 12 675 ff. Allerdings würden nach §§ 1128, 1276 BGB. alle den Versicherungsvertrag zum Nachteile des Hypothekengläubigers abändernden oder aufhebenden Rechtsgeschäfte des Versicherers und Versicherungsnehmers und ebenso eine von letzterem erklärte Kündigung oder ein Rücktritt der Zustimmung des Hypothekengläubigers bedürfen, soweit die Anwendung des § 1276 BGB. auf das hier fragliche Rechtsverhältnis zu diesem Ergebnisse führt. Die Art der Versicherungsforderungen läßt aber eine strenge Anwendung der Vorschriften des BGB. nicht zu. Sonst würde unnötigerweise eine Gebundenheit der Vertragsparteien bis zum Vertragsende bestehen und eine Änderung, die wirtschaftlich oft notwendig ist, ausgeschlossen sein, solange die Hypothekengläubiger ihre Zustimmung verweigern. Wenn nun § 100 VVG. solche Maßnahmen, nämlich die Minderung der Versicherungssumme und die des Umfanges der Gefahrhaftung erwähnt, so kann der Hypothekengläubiger ihnen nur dann widersprechen, wenn er beweist, daß Versicherer und Versicherungsnehmer

gegen ihn zu seiner Schädigung zusammenarbeiten. Kündigung und Rücktritt aber würden nach BGB. der Zustimmung des Hypothekengläubigers um deswillen nicht bedürfen, weil sie keine Verfügungen über bestimmte Forderungsrechte enthalten und daher den Kapitalkündigungen nicht gleichzustellen sind. Das VVG. schützt also insoweit den Hypothekengläubiger mehr als das BGB. Demgemäß ist eine Verschlechterung der Stellung des Hypothekengläubigers durch § 100 VVG. nicht eingetreten. § 100 VVG. stellt nur den weiteren Ausbau des § 1128 BGB. dar. Soweit § 100 VVG. keine Bestimmung trifft, ist freilich die strikte Anwendung der für verpfändete Forderungen vom BGB. gegebenen Bestimmungen nicht zu bezweifeln.

III. Die Frage, welche Wirkung auf eine Kündigung die verspätete Beibringung der Einwilligung der Realgläubiger hat, die bedingungsgemäß mindestens 3 Monate vor Ablauf der Versicherung beizubringen ist, wird 1. von Keup, MittöffFeuerversAnst. **13** 383, dahin beantwortet, daß die Kündigung unheilbar unwirksam sei.

2. AM. Bellardi, aaO. 384. Nachträgliche Genehmigung wirkt rückwärts, macht also die Kündigung von vornherein wirksam. Irgendwelche Interessen werden hierdurch nicht verletzt. Ebenso bewirkt das Unterlassen unverzügliche Rüge, daß eine Kündigung ohne gleichzeitige Beibringung der Einwilligung der Realgläubiger wirksam wird. — Ebenso VAPV. **12** Anh. 79 (Hamburg), vgl. bereits JDR. **8** 1100.

3. Wegen der kleineren Versicherungsvereine s. VAPV. **13** Anh. 101 (LG. Braunsberg), vgl. zu § 53 VAG.

IV. Wegen der Frage, ob durch die §§ 100, 101 VVG. eine Versicherung für fremde Rechnung, vom Eigentümer zugunsten der Hypothekengläubiger genommen, geschaffen ist und ob die §§ 75 ff. VVG. anwendbar sind, vgl. Lenné, ZVersWiss. **12** 1230 ff., s. oben zu § 74 VVG.

§ 101. (Vgl. JDR. **10** 1287, **8** 1100.) Literatur: Blumhardt, Das Abzugsrecht des Versicherers gegenüber dem Realberechtigten bei Nichtwiederherstellung des abgebrannten Gebäudes, MittöffFeuerversAnst. **12** 518 ff. — Weiland, Folgen des unterlassenen Wiederaufbaus bei Vorliegen der Wiederaufbauklausel, MittöffFeuerversAnst. **13** 412. — Schneider: Inwiefern kann bei Anwendung der sogenannten Wiederaufbauklausel die Unterlassung der Widerherstellung dem Realberechtigten benachteiligen? MittöffFeuerversAnst. **13** 615 ff.

Wirkung der bedingungsmäßigen Leistungsfreiheit gegenüber den Grundstücksgläubigern. 1. Blumhardt, MittöffFeuerversAnst. **12** 518 ff. Auch gegenüber den Realberechtigten wirksam ist die Bestimmung der Bedingungen, daß im Falle des Nichtwiederaufbaues nicht der Versicherungswert, sondern nur der Materialwert des versicherten Gebäudes ersetzt werden soll; denn der Versicherungsnehmer handelt, wenn er den Wiederaufbau ablehnt, nicht vertragswidrig, sondern macht lediglich von einem ihm zustehenden vertragsmäßigen Rechte Gebrauch und verzichtet hierdurch auf eine höhere Entschädigung.

2. Weiland, MittöffFeuerversAnst. **13** 412. Die schuldhafte Unterlassung des Wiederaufbaues durch den Versicherungsnehmer kann in den Fällen, wo der Wiederaufbau schlechthin gefordert wird, den Realberechtigten in keiner Weise beeinträchtigen. Denn er ist durch § 101 VVG. geschützt. Der Versicherer bleibt ihm gegenüber leistungspflichtig, wie wenn die Wiederaufbauklausel nicht bestände. — Anders ist es in den Fällen, wo unter Ausbedingung entsprechender Minderung der Leistung (Minderung nach Maßgabe des wirtschaftlichen Vorteils oder Minderung auf den Abbruchsmaterialwert) Erleichterung der Wiederaufbaupflicht (Wiederaufbau in anderer Weise oder an anderer Stelle usw. oder Unterbleiben des Wiederaufbaues) verabredet ist. Solche Abreden wirken gegen die Realgläubiger, wenn sie ihnen mitgeteilt oder wenn sie ihnen sonst bekannt geworden waren (§ 100 Abs. 2

VVG.). Anderenfalls kann sich der Realgläubiger wieder auf § 101 VVG. stützen. Allerdings kann er, da die allgemeinen Verbandsbedingungen besagen, daß im Falle hypothekarischer Belastung nur Zahlung zu Zwecken des Wiederaufbaues gefordert werden kann, nur in dieser Richtung Ansprüche erheben, nicht aber ohne weiteres Zahlung an sich verlangen. In den meisten Fällen wird aber eine Einigung der Beteiligten möglich sein.

3. Schneider, MittöffFeuerversAnst. **13** 615 ff. Die Frage, wie die Rechtslage sich gestaltet, wenn der Versicherungsnehmer den Wiederaufbau nicht betreibt, der nach den Bedingungen die Voraussetzung für den Anspruch auf die Versicherungssumme bildet, ist schwierig. § 1134 BGB. bringt wenig Hilfe. Mangels landesrechtlicher Bestimmungen und mangels vertraglicher Regelung kann der Realgläubiger sich nur dadurch helfen, daß er das Grundstück zur Versteigerung bringen und die Entschädigungssumme dem Ersteher als Zubehör des Grundstücks mit der Maßgabe zuschlagen läßt, daß nunmehr der Ersteher zum Wiederaufbau verpflichtet ist. Einen Zwang auf den Ersteher kann der Realgläubiger allerdings nicht ausüben. Das Zwangsverwaltungsverfahren ist um deswillen nicht von großer Bedeutung, weil dem Verwalter erheblichere Herstellungsarbeiten im Zweifel nicht zuzumuten sind. Auch § 101 VVG. hilft nicht oder wenigstens nicht ohne weiteres. Denn einerseits stellt eine Unterlassung des Wiederaufbaus innerhalb der Verjährungsfrist eine Verwirkung nicht dar, wenn der Versicherungsnehmer sein Recht verwirkt hätte, dies dem Realgläubiger nicht ohne weiteres helfen, weil der Versicherer immer nur zur Wiederherstellung zu zahlen verpflichtet ist. Es bleibt daher nichts übrig als in den Bedingungen zu bestimmen, daß die Entschädigungssumme, wenn der Versicherungsnehmer den Wiederaufbau ablehnt oder nicht fristgemäß beendet, denjenigen Realgläubigern in bar zu zahlen, die einen fälligen und vollstreckbaren Schuldtitel aus der Hypothek haben. Diesen Vorschlag hatte schon Iwand, DJZ. **10** 818. gemacht. Er ist im § 17 der privaten Versicherungsbedingungen dadurch zum Ausdrucke gebracht, daß darin gesagt ist, der Versicherungsnehmer könne die Zahlung erst bei Sicherung der bestimmungsgemäßen Verwendung des Geldes verlangen, „es sei denn, daß die vor dem Versicherungsfall eingetragenen Realgläubiger in die unbedingte Zahlung willigen, oder selbst zur Empfangnahme der Entschädigung berechtigt sind". Die Zweckmäßigkeit dieser Klausel wird des Näheren erörtert.

4. **RG.** R. **13** Nr. 767. Eine Bedingung, daß die Entschädigung für die Realgläubiger zu verwenden sei, wenn der Versicherungsnehmer schuldhaft den Anspruch darauf verloren hat, setzt voraus, daß ein solcher Anspruch überhaupt zur Entstehung gelangt ist.

5. Wegen des Verzichts auf das Eigentum s. Schneider, oben zu § 68 VVG.

§ 107. Lenné, ZVersWiss. **12** 1250 (s. zu § 74 VVG.). § 107 VVG. gilt auch für den Versicherten bei der Versicherung für fremde Rechnung.

Dritter Titel. Hagelversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 108—115: Bei der Hagelversicherung, um deren Bearbeitung sich wiederum Rohrbeck verdient gemacht, ist die Frage der internationalen Behandlung von Bedeutsamkeit (s. vor §§ 108 ff.). Die Schwierigkeiten, welche die §§ 114, 115 der Auslegung bereiten, die die wichtige Frage der Einwirkung einer Veräußerung der versicherten Sache auf die Hagelversicherung betreffen, sind schon in der Vorbemerkung vor §§ 69 ff. erwähnt worden.

Vor §§ 108 ff. (Vgl. JDR. **10** 1288.) Literatur: Neumann, Die Versicherungsliteratur des 18. Jahrhunderts, ZVersWiss. **12** 317 ff., 604 ff., 786 ff., 967 ff., behandelt auf S. 792 ff. die geschichtliche Entwicklung der Hagelversicherung und ihrer Literatur

und verzeichnet die letztere auf S. 799 ff. — Rocca, Hat die Hagelversicherung internationale Bedeutung? ÖstZVersWiss. **13** 174 ff. — Rohrbeck, Die deutsche Hagelversicherung in den Jahren 1908—1910, ÖstZVersWiss. **12** 155 ff. — Derselbe, Die deutsche Hagelversicherung in den Jahren 1908—1910. Berlin 1913. — Derselbe, Die Hagelversicherung in den „Untersuchungen über das Versicherungswesen in Deutschland", Bd. 137 unter II 4 der Veröffentlichungen des Vereins für Sozialpolitik. — Derselbe, Die lokalen Hagelversicherungsvereine in Deutschland, Auszug aus Heft 6, Juni 1913, der „Internationalen agrarökonomischen Rundschau". — Derselbe, Die Schätzungsgrundlagen bei Hagelschäden. München 1912. — Derselbe, Hagelschädenbeurteilung und Hagelschädenversicherung. Berlin 1913. — Derselbe, Das Hagelversicherungsgeschäft der Welt, AssekJahrb. **35** II 119 ff. — Rosenmöller, Versuche zur Gründung einer Hagelversicherungsanstalt in den Jahren 1774 u. 1793 (in der Provinz Magdeburg), ZVersWiss. **12** 590 ff. — Stojanoff, Die Hagelversicherung in Bulgarien, ZVersWiss. **13** 651 ff.

I. Ist die Hagelversicherung Immobiliarversicherung? BayRpflZ. **13** 426 (BayObLG.). Nach Art. 10 BayHagelversicherungsG. in der Fassung vom 23. April 1910 (GVBl. **10** 180) kann der Anspruch des Versicherungsnehmers aus der Hagelversicherung weder übertragen noch verpfändet werden. Diese Bestimmung gilt noch jetzt. Denn die Hagelversicherung ist als Immobiliarversicherung im Sinne von Art. 2 EGVVG. anzusehen. Bayern hat sein Reservatrecht nicht aufgegeben.

II. Internationale Bedeutung. 1. Rocca, Hat die Hagelversicherung internationale Bedeutung? ÖstZVersWiss. **13** 174 ff., wendet sich gegen die Ansicht Rohrbecks, daß die Hagelversicherung (besonders für Deutschland) keine internationale Bedeutung habe und sucht darzulegen, daß sie diese Bedeutung erlangen könne, und welche Maßnahmen hierzu geeignet seien.

2. Rohrbeck, Das Hagelversicherungsgeschäft der Welt, AssekJahrb. **35** II 119 f., gibt eingehende statistische Aufstellungen über das europäische und außereuropäische Hagelversicherungsgeschäft und verneint zum Schlusse, entgegen Rocca, die Frage, ob ein internationaler Ausgleich in der Hagelversicherung möglich wäre.

3. Wegen der Bestrebungen zur internationalen Organisation des Hagelversicherungswesens vgl. Bulletin des internationalen landwirtschaftlichen Instituts in Rom **11** Heft 10, 117 ff.

III. Ausländisches Recht. 1. Stojanoff, Die Hagelversicherung in Bulgarien, ZVersWiss. **13** 651 ff., bespricht die Entwicklung des Hagelversicherungswesens in dem hagelreichen Bulgarien, die zunächst zu der Gründung (1895) einer staatlichen Hagelversicherungsanstalt führte, die sich aber nicht bewährte, deshalb 1903 aufgehoben und durch eine auf Grund des HagelversicherungsG. von 1910 im Jahre 1911 nach dem Muster insbesondere der bayerischen Hagelversicherungsanstalt errichtete staatliche Anstalt ohne Zwangsbeitritt ersetzt worden ist.

2. Wegen der Regelung der Hagelversicherung im Entwurfe zu einem österreichischen VVG. vgl. Berliner, Der Entwurf eines österreichischen VVG., MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. (97 ff.) 134.

§ 108. (Vgl. JDR. **10** 1288, 8 1101.) VAPV. **13** Anh. 85 (Marienwerder). Die bloße „Beitrittserklärung" bei der Haftpflichtversicherung mit der Verpflichtung, eine bestimmte Anzahl von Jahren alljährlich Versicherung zu nehmen, bringt noch nicht einen Versicherungsvertrag für die ganze Reihe jener Jahre zustande. Dazu ist jedes Jahr der vorgeschriebene Einzelantrag nötig. Fehlt er, dann entstehen für das betreffende Jahr keine Versicherungsansprüche, sondern höchstens Ansprüche der Gesellschaft, Ansprüche auf Prämie als Vertragsstrafe. Das ist bedeutsam für §§ 114, 115 VVG.

§ 110. Vgl. zu § 92 VVG. (Grauer, ZVersWiss. **13** 300).

§ 111. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 306. Der Versicherer ist verpflichtet, auf die Wirtschaftsführung des Versicherers Rücksicht zu nehmen. Tut er dies nicht, indem er z. B. trotz vorgeschrittener Reife

der Frucht seine Einwilligung zur Einerntung verzögert oder versagt, so darf der Versicherungsnehmer die Einerntung gleichwohl vornehmen, ohne seinen Anspruch zu verlieren.

§ 114. (Vgl. JDR. **10** 1288, 8 1101.) Literatur: Rohrbeck, Besitzwechsel in der Hagelversicherung, ZVersWiss. **13** 438 ff. — Vgl. auch die Literatur zu §§ 69, 70, 73, 115 VVG.

Begriff der versicherten Sache und der Veräußerung (vgl. auch zu § 69 VVG.). 1. Rohrbeck, Besitzwechsel in der Hagelversicherung, ZVersWiss. **13** 438 ff. Die §§ 114, 115 VVG. haben keine klare und die Vertragsparteien gleichmäßig behandelnde Rechtslage geschaffen. — Als versicherte Sache im Sinne von § 114 VVG. haben nur die Bodenerzeugnisse zu gelten. Es wird also anscheinend nur der seltene Fall ins Auge gefaßt, daß die Bodenerzeugnisse unabhängig vom Grundstücke veräußert werden. § 114 VVG. gilt aber auch für die Veräußerung des Grundstücks mit den Früchten. Kündigungsberechtigt ist also sowohl derjenige, der den Grund und Boden erwirbt, wie auch der, an den die Früchte nach ihrer Trennung und vor ihrer Einerntung im Wege des Kaufes oder der Zwangsversteigerung übergehen. Wird Grund und Boden zu einer Zeit veräußert, in der Bodenerzeugnisse nicht vorhanden sind, so fehlt es an einer versicherten Sache. Für diesen Fall können die Parteien also besondere Abmachungen treffen. Dieser Zustand dauert bis zur neuen Aussaat und darüber hinaus bis zu dem Zeitpunkt, in welchem die neu angesammelten Bodenerzeugnisse nach den Versicherungsbedingungen versicherungsfähig sind. Für diese Zeit kann also der Erwerber sich durch eine abweichende Regelung des Kündigungsrechts nicht beschwert fühlen. — Unter Erwerb im Sinne von § 114 VVG. (und §§ 69 ff. VVG.) ist nicht der formelle Eigentumsübergang durch Auflassung und Eintragung anzusehen, sondern der Zeitpunkt des Besitz- und Gefahrüberganges, d. h. von der Übergabe an. Von der Übergabe ab ist die Kündigungsfrist zu berechnen.

2. VAPV. **13** 119. Bei der Hagelversicherung (vgl. §§ 114, 115) sind als versicherte Sache lediglich die Bodenerzeugnisse anzusehen (vgl. §§ 108, 114), und zwar gleichgültig, ob sie als Saatkorn oder sonst noch Bestandteile des Grund und Bodens sind oder ob sie erst künftig auf demselben Grunde und Boden zur Entstehung gelangen sollen. Bei jeder Veräußerung des Grund und Bodens — gleichgiltig, ob im ganzen oder parzellenweise — bleibt daher die Identität der versicherten Sache erhalten. Deshalb sind §§ 69 ff. VVG. anwendbar.

3. VAPV. **13** Anh. 85 (Marienwerder). Eine Veräußerung im Sinne von §§ 69 ff. VVG. liegt schon vor, wenn das Grundstück verkauft und übergeben, aber noch nicht aufgelassen ist.

4. Vgl. im übrigen zu § 69 unter I.

§ 115. Literatur: Keup, Eintritt des Zwangsverwalters im laufenden Versicherungsvertrage, LeipzZ. **12** 737 ff. — Dr. B., Der Zeitpunkt des Übergangs der Hagelversicherung auf den Erwerber des Grundstücks. DVersPresse **13** 383. — Vgl. auch die Literatur zu §§ 69, 70, 73, 114 VVG.

Entsprechende Anwendung des § 115 VVG. I. Nießbrauch. Über die Hagelversicherung des Nießbrauchers vgl. Dörstling, Die Versicherungspflicht im Privatrechte, ZVersWiss. **13** 615 — oben zu § 1.

II. Übergabe und Auflassung ohne Eintragung. 1. VAPV. **13** Anh. 83 (KG.). Das Rechtsverhältnis des Käufers in der Zeit zwischen Übergabe und Auflassung des Grundstücks stellt ein „ähnliches" Verhältnis im Sinne von § 115 VVG. dar. Nach § 115 VVG. entscheidet der Beginn des Fruchtziehungsrechts, nach § 69 VVG. der Eigentumsübergang.

2. VAPV. **13** Anh. 85 (Marienwerder). Verkauf und Übergabe ohne gleichzeitige Auflassung stellen ein „ähnliches" Verhältnis im Sinne von § 115 VVG. dar.

3. Ebenso Rohrbeck, s. oben zu § 114 unter 1.

III. Zwangsverwalter. 1. Keup, Eintritt des Zwangsverwalters in laufende Versicherungsverträge, LeipzZ. 12 743. a) Der Zwangsverwalter gehört nicht zu den Personen, die „auf Grund eines ähnlichen Verhältnisses die Berechtigung erwerben, die versicherten Bodenerzeugnisse zu beziehen". Er „erwirbt" nicht, sondern erhält seine Befugnisse vom Gerichte verliehen. (AA. Hager-Behrend, Komm. z. VVG., Anm. zu § 115 VVG.) b) Der Zwangsverwalter ist aktiv und passiv legitimiert zu Klagen des Versicherers auf Bezahlung der Prämien. Ob er zur Zahlung verpflichtet ist, hängt von den Umständen ab. Er ist es in der Regel bei laufenden Versicherungsverträgen, soweit die Versicherung durch eine ordnungsgemäße Verwaltung geboten erscheint, und hinsichtlich der laufenden Prämie. Nicht dagegen z. B. dann, wenn eine Hagelversicherung nur 1 Jahr lief, Hagelschaden nach dem Einernten der Früchte nicht mehr zu befürchten und die Bezahlung der Prämie nicht nötig war, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten. Für diese Folgerungen sprechen indirekt auch §§ 70, 14 VVG.

2. VAPV. 12 Anh. 75, MittöffFeuerversAnst. 12 303 (Marienwerder). Die Bestimmung der Bedingungen, daß im Falle der Anordnung der Zwangsverwaltung der Verwalter in den Versicherungsvertrag einzutreten habe, ist unwirksam, weil weder das Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, noch auch das VVG. ihn zum Eintritt in den Vertrag verpflichtet. Er steht, weil seine Stellung auf einem Amte und nicht auf Privatrecht ruht, zum Grundstücke nicht in einem ähnlichen Verhältnisse wie der Pächter oder Nießbraucher.

3. Wegen der Frage, ob der Zwangsverwalter bei Eintritt in das Versicherungsverhältnis persönlich haftet, vgl. zu § 14 VVG. unter IV 2 (Marienwerder).

4. Wegen Gefahrerhöhungen, die der Zwangsverwalter vornimmt, vgl. zu § 23 VVG. unter IV (Josef).

IV. Wegen der „Beitrittserklärung" bei Haftpflichtversicherungen s. VAPV. 13 Anh. 85 (Marienwerder), s. oben vor §§ 108 ff.

V. Wegen der Parzellierungen s. zu § 114 unter 2.

VI. Dr. B., Zeitpunkt des Überganges der Jagdversicherung auf den Erwerber des Grundstücks, DVersPresse 13 383. Maßgebend für den Zeitpunkt des Überganges der Jagdversicherung auf den Erwerber ist weder die Zeit der Veräußerung, noch der Eigentumsänderung, sondern die des Beginnes des Fruchtziehungsrechts, also der Zeitpunkt des Besitzerwebes am Grundstücke (nicht an den Früchten).

Vierter Titel. Viehversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 116—128: Die Viehversicherung hat im Berichtszeitraume eine besondere Förderung weder durch die Rechtsprechung noch durch die Rechtslehre erfahren. Interessant ist die Frage der Bedeutung der preußischen Pferdegeldervorschrift (s. zu § 117).

Vor §§ 116 ff. (Vgl. JDR. 10 1289.) Literatur: 1. Im allgemeinen: Ecker, Öffentliche Feuerversicherungsanstalten und Pferdeversicherung, Mitt. öffFeuerversAnst. 12 71 ff. (s. zu § 192 VVG.). — Fratzscher, Landwirtschaftliche Versicherung, Hagel- und Viehversicherung (Versicherungsbibliothek). Berlin 1913. — Rohrbeck, Die Viehversicherung, in den „Untersuchungen über das Versicherungswesen in Deutschland", Bd. 137 unter II 3 Der Veröffentlichungen des Vereins für Sozialpolitik. — Weilandt, Wie gründet und leitet man einen Schlachtviehversicherungsverein? Berlin 1911. — 2. Literaturberichte: Neumann, Die Versicherungsliteratur des 18. Jahrhunderts, ZVersWiss. 12 317 ff., 604 ff., 706 ff., 967 ff., behandelt die geschichtliche Entwicklung der Viehversicherung auf S. 786 ff. und gibt auf S. 790 ff. die hierzu gehörige Literatur. — 3. Einzelstaatliches Viehversicherungswesen: Fratzscher, Das örtliche Viehversicherungswesen im Königreich Preußen, Veröffentlichungen des Kgl. Preuß. Landesökonomiekollegiums, Heft 14. Berlin 1914. — Schmitt und von Thelemann, Das bayer. Viehversicherungsgesetz vom 11. Mai 1896 in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. April 1910, erläutert. 2. Aufl. München 1912. — Schmidt,

Die Viehversicherung durch Ortsvereine im Königreich Sachsen, ZVersWiss. **12** 953 ff. — Fehsenmeier, Das (bad.) Viehversicherungsgesetz nebst den Vollzugsvorschriften. Karlsruhe 1912.

I. Wegen der im Reichstag angenommenen Resolution betr. Einführung der obligatorischen Viehversicherung vgl. ZVersWiss. **12** 673.

II. Wegen der besonderen Stellung des Agenten bei der Viehversicherung, insbesondere hinsichtlich der Prüfung über die Versicherungsfähigkeit der Tiere vgl. LeipzZ. **12** 332 (Colmar).

III. Einzelstaatliche Viehversicherung. 1. Wegen der versicherungsähnlichen Einrichtungen bayerischer Alpgenossenschaften s. VAPV. **13** 115, vgl. zu § 1 VAG.

2. Schmidt, Die Viehversicherung durch Ortsvereine im Königreiche Sachsen, ZVersWiss. **12** 953 ff., bespricht eingehend die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der sächsischen örtlichen Viehversicherungsvereine (Pferdeversicherung, andere Viehversicherungsarten, Viehversicherung als Nebenveranstaltung) und prüft insbesondere die bestehenden Satzungsbestimmungen auf ihre rechtliche Zuläſſigkeit nach VAG. und VVG.

3. Wegen der staatlichen Pferdeversicherung in Sachsen vgl. zu § 192.

IV. Ausländisches Viehversicherungswesen. 1. Österreich. Wegen der Regelung der Viehversicherung im Entwurf eines österreichischen VVG. vgl. Berliner, Der Entwurf eines österreichischen VVG., Mittöff. FeuerversAnst. **12** Beih. (97 ff.) 135.

2. Schweiz. a) Wegen der Bienenversicherung, die in der Schweiz der Viehversicherung unterstellt ist, vgl. ZVersWiss. **12** 1099 ff. **b)** Einzelne schweizerische Gesetze. α. Solothurn. G. betr. die Ziegenversicherung vom 4. November 1907. β. Uri. G. über die Rindviehversicherung vom 3. Mai 1908. (Landbuch VI 381 ff.) γ. Waadt. G. betr. die Einrichtung örtlicher Rindviehversicherungskassen auf Gegenseitigkeit vom 31. August 1906 (GS. CIII 205 ff.). δ. Wallis. G. betr die Rindviehversicherung vom 8. März 1907 (Bull. off. No. 15 bis).

§ 116. (Vgl. JDR. **10** 1289.) I. R. **13** Nr. 3192 (Stuttgart). Bezieht sich bedingungsgemäß die Versicherung nur auf gesund eingebrachte Tiere, so trifft doch die Beweislast dafür, daß die Tiere krank in den Stall des Versicherungsnehmers gekommen seien, den Versicherer.

II. Eintretende Minderwertigkeit. 1. BadRpr. **13** 222 (Karlsruhe). Bei Versicherung von Tieren gegen eine durch Unfall oder Krankheit verursachte dauernde Minderwertigkeit entsteht der Versicherungsfall nicht schon mit der Erkrankung oder dem Unfalle, sondern erst mit dem Eintritte der dauernden Minderwertigkeit.

2. LeipzZ. **14** 307 (Stuttgart). Bei Versicherung von Tieren gegen eine durch Krankheit oder Unfall entstehende Minderwertigkeit ist als Versicherungsfall nicht schon der Unfall oder die Erkrankung anzusehen, sondern erst der dadurch herbeigeführte Eintritt der Minderwertigkeit.

3. Über die Begriffe „Schlachtfähigkeit" und „Versicherungsfähigkeit" s. zu § 43 Ziff. 3 VVG.

4. Über die Stellung des Agenten, dem nach den Bedingungen die Entscheidung darüber zusteht, ob ein bestimmtes zum Schlachten geführtes Tier in die Versicherung aufzunehmen ist, und über die von ihm eigenmächtig vorgenommenen Policenänderungen vgl. zu § 43 Ziff. 3 unter 1 (Colmar).

III. Nachversicherungspflicht. 1. LeipzZ. **13** 334 (Cöln). Die Nachversicherungspflicht besteht im Interesse des Versicherers. Seiner Entschließung

ist es zu überlassen, ob er zur Nachversicherung angemeldete Tiere wegen zu hohen Alters zurückweisen kann. Der Versicherungsnehmer kann eine Verletzung der Anmeldepflicht zur Nachversicherung nicht damit entschuldigen, daß der Versicherer die Tiere wegen zu hohen Alters abgelehnt haben würde.

2. MecklZ. **30** 270 (Rostock). Darauf, daß der Versicherungsnehmer bei einer früheren Versicherung seine Anzeigepflicht nicht erfüllt habe, kann der Versicherer seine Ablehnung gegenüber einem Anspruch aus einer späteren Versicherung nicht stützen.

§ 117. Literatur: Ehrlich, Das deutsche Reichsviehseuchengesetz vom 26. Juni 09 unter besonderer Berücksichtigung der auf Grund desselben an die Viehbesitzer aus öffentlichen Mitteln zu leistenden Entschädigungen, AssekJahrb. **34** 96 ff. — Derselbe, Reichsviehseuchengesetz und privates Versicherungswesen, Deutsche landwirtschaftl. Rundschau **12** Heft 8.

I. Versicherung von Offizierspferden. VAPV. **12** 49 und 138 ff. Das Pferdegeld im Sinne von §§ 1, 2 PrPferdegeldvorschr. vom 27. November 1902 bildet einen zur Bestreitung des Dienstaufwandes bestimmten Teil des Diensteinkommens und ist keine aus öffentlichen Mitteln gewährte Entschädigung im Sinne von § 117 Ziff. 1 VVG. Es darf deshalb nicht auf den zu leistenden Schadensersatz angerechnet werden. — Wegen der Anrechnung der Entschädigungen, die die Militärverwaltung den Offizieren nach §§ 9, 10 Pferdegeldvorschr. zahlt, vgl. den im Hinblick auf § 67 VVG. erfolgten neuen Zusatz zu § 9 unter c (abgedr. VAPV. **12** 4). — Die den Offizieren überwiesenen Chargenpferde (PrRemontierungsO. §§ 30 ff.) sind unbeschränkt versicherbar; gezahlte Entschädigungen (§ 40 Ziff. 7 RemontO.) sind anzurechnen.

II. Wegen der Versicherung gegen Maul- und Klauenseuche vgl. Frost, Versicherungen gegen die Verluste durch Maul- und Klauenseuche in Dänemark, Mitt. der Deutschen Landwirtschaftsgesellschaft **12** Nr. 5, sowie VAPV. **12** 56 und die daselbst abgedruckte „Satzung der själländischen Molkereivereine gegen Verluste durch Maul- und Klauenseuche beim Hornvieh".

§ 118. Vgl. JDR. **10** 1290.

§ 121. (Vgl. JDR. **10** 1290.) I. Anzeige- und Berichterstattungspflicht. 1. VAPV. **12** Anh. 112 (KG.). Entschuldigungsbeweis gegenüber verspäteter Erkrankungsanzeige und verspäteter Schädenanmeldung ist zulässig.

2. VAPV. **12** Anh. 113 (Hamburg). Schadensanzeige an den Platzagenten, der den Vertrag vermittelt hatte, ist zulässig.

3. VAPV. **13** Anh. 34 (Zweibrücken). Darauf, ob die bedingungsmäßigen Berichte für die Gesellschaft im Hinblick auf eine stattgehabte Sektion noch Interesse hatten, kommt für die Frage der Rechtsverwirkung nichts an.

4. VAPV. **13** Anh. 34 (Zweibrücken). Selbst wenn man eine Haftung des Versicherungsnehmers für Verschulden von Beauftragten (Bierverleger der Brauerei) verneint, liegt doch ein eigenes Verschulden des Versicherungsnehmers vor, wenn er (bzw. der Vorstand der versicherten Aktiengesellschaft) auf Mahnung des Versicherers nicht ungesäumt die erforderlichen Schritte unternimmt, um die Absendung der Anzeige seitens des Beauftragten zu veranlassen, sondern nach jener Mahnung noch mehrere Wochen verstreichen, ehe die Absendung der Anzeige erfolgt. Hinweis auf frühere Kulanz des Versicherers ist unter diesen Umständen unbeachtlich. Der Versicherer brauchte seine Mahnung nicht nach § 326 BGB. zu gestalten; diese Bestimmung ist nicht anwendbar.

5. Wegen der Anzeige an Platzagenten vgl. VAPV. **12** Anh. 113.

6. Vgl. im übrigen zu § 34 VVG. unter I.

§ 125. (Vgl. JDR. **10** 1290.) Wegen der vorsätzlichen und grobfahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalls durch Mißhandlung des Viehes s. zu § 61 VVG., besonders unter I 2.

§ 128. (Vgl. JDR. **10** 1290, 8 1102.) VAPV. **12** Anh. 109 (KG.). Enthält der Vertrag die Bestimmung, daß das Versicherungsverhältnis mit dem Ausscheiden des Tieres aus dem bisherigen Gewahrsame des Versicherungsnehmers endige, wenn es „infolge von Veräußerung, Verleihung, Tausch, Verkauf auf Probe usw. aus dem versicherten Viehbestand ausscheide", so fällt hierunter nicht der Fall, daß das Tier auf Anordnung des Tierarztes zur Pflege auf das Land gegeben wird, und zwar selbst dann, wenn das Tier von dem Pfleger zwecks regelmäßiger Bewegung zu leichten Arbeiten herangezogen werden darf. Denn die Bedingungen meinen nur solche Vertragsverhältnisse, kraft deren der Versicherungsnehmer die Verfügungsgewalt verliert. Auch Gefahrerhöhung ist zu verneinen.

Fünfter Titel. Transportversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 129—148: In den Berichtsjahren ist der 1. Band eines recht guten wissenschaftlichen Werkes von Liebig erschienen. Der Kommentar Sievekings zum 10. Abschnitte des 4. Buches des HGB. wird auch der praktischen und wissenschaftlichen Bearbeitung förderlich sein. Auf die über Seeversicherungsverhältnisse ergangenen Entscheidungen sei besonders hingewiesen. Für sie wie für die Binnentransportversicherung gilt ganz besonders das, was in den Vorbemerkungen zum VAG. und VVG. über die Tendenz zu einer internationalen Annäherung der Rechtsnormen gesagt ist.

Literatur zu §§ 129 ff.: Blumhardt, Interesse und Gefahr in der Seeversicherung Österr.Rev. **13** 122 ff., 130 ff. — Brüders, Transportversicherung (in den „Untersuchungen über das Versicherungswesen in Deutschland", Bd. 137 der Veröffentlichungen des Vereins für Sozialpolitik, unter II 6). — Derselbe, Die Rechtsprechung in Transportversicherungssachen, ZVersWiss. **12** 169, insbes. 175 ff. — Derselbe, Seeversicherungsjahrbuch. Hamburg 1914. — Herzog, Die Praxis der Transportversicherung. Berlin 1909 .— Le Jeune, Note sur les assurances maritimes et fluviales en Belgique, Le droit maritime **1** 277 ff. — v. Liebig, Die Transportversicherung. 1. Bd. Berlin 1914. — Littmann, der Spediteur als Versicherer Österr.Rev. **13** 243 ff. — Nicolai, Übelstände und Mißbräuche in der Flußkaskoversicherung, ZVersWes. **13** 208 ff., 245 ff. — Sieveking, Das deutsche Seeversicherungsrecht, Komm. z. 10. Abschnitt des 4. Buches des HGB.Berlin 1913. — Wehberg, Die Transportversicherung und die Zerstörung neutraler Prisen im Balkankriege, VersAnn. 81 ff. (s. oben vor §§ 1 ff. VVG. unter IV).

Vor **§§ 129 ff.** (Vgl. JDR. **10** 1291.) I. Versicherungspflicht. 1. Über die Wirkung der Klausel cif im Verhältnisse zwischen dem Käufer und der Versicherungsgesellschaft des Verkäufers vgl. DVersichertZ. **12** 5: Der Verkäufer übernimmt dadurch die Verpflichtung, für den Käufer Versicherung zu nehmen. Leistet die Versicherungsgesellschaft dem Verkäufer für den unterwegs entstandenen Schaden Ersatz, so kann sie, auch wenn Erfüllungsort für den Kaufvertrag der Wohnort des Verkäufers ist, nun nicht den Kaufpreis vom Käufer verlangen: denn, wenn die Versicherung vom Verkäufer pflichtgemäß für Rechnung des Käufers genommen war, so liegt darin, daß der Verkäufer die einkassierte Versicherungssumme nicht pflichtgemäß an den Versicherten abführt, eine Aufrechnung der abzuführenden Versicherungssumme gegen die Kaufpreissumme und es besteht dann kein Kaufpreisanspruch mehr. Ist aber die Transportversicherung trotz der Cif-Klausel nicht für Rechnung des Käufers genommen worden, so steht diesem gegen den Verkäufer ein Schadensersatzanspruch zu, mit welchem er auch gegen den Rechtsnachfolger des Verkäufers, die Transportversicherungsgesellschaft, aufrechnen kann.

2. Über Versicherungspflicht beim Transporte von Bildern vgl. oben zu § 1 VVG. unter III 3.

II. 1. Über Transportversicherung und internationales Recht vgl. oben vor §§ 1 ff. VVG. unter III 1 und 2.

2. Anwendung holländischen Rechtes. ZVersWiss. **12** 175 (Cöln). Wenn der Hypothekargläubiger als Versicherungsnehmer das Kasko des Schiffes auf Grund der Rotterdamer Börsen-Conditien versichert und im Versicherungsantrage durch seinen dabei gutgläubigen Angestellten unrichtige Angaben über die Beschaffenheit des Schiffes (Kessel und Maschinen) macht, so ist nach Art. 251 holländischen HGB. gleichwohl die Versicherung nichtig. Der Versicherer kann sich aber auf diese Vorschrift nicht berufen, wenn dies nach Treu und Glauben und Usance im einzelnen Falle unbillig ist. Eine solche Unbilligkeit liegt vor, wenn der Angestellte auf Grund der ihm von dem Schiffskapitän gemachten Angaben über die großen Reparaturen von Kesseln und Maschinen angenommen und angegeben hat, diese seien „erneuert" worden.

III. Über die Frage, ob die Versicherung von Juwelen, Schmucksachen und Wertgegenständen als Transportversicherung im Sinne von § 116 VAG. anzusehen ist s. VAPV. **12** 136 (s. zu § 116 VAG.).

IV. Wegen der Zweifel, ob Doppelversicherung vorliegt bei gleichzeitigem Vorliegen einer Kasko- und einer Haftpflichtversicherung vgl. WallmVersZ. **46** 118 (Hamburg), JDR. **10** 1254 zu § 59 VVG. unter I, 4.

V. Über die Transportversicherungspolice s. Jacobi, Der Versicherungsschein, Diss. 1911 (vgl. oben zu § 3 VVG.).

VI. Über Verzicht auf Beobachtung der Klagefrist des § 12 Abs. 2 VVG. bei der Gütertransportversicherung vgl. **RG.** WallmVersZ. **46** 369, LeipzZ. **12** 242, MittöffFeuerversAnst. **12** 24 (s. oben zu § 12 VVG. unter VI).

VII. Über laufende Transportversicherung vgl. zu § 134 VVG. unter 2 und zu § 187 VVG.

VIII. Nicolai, Übelstände und Mißbräuche in der Flußkaskoversicherung, ZVersWes. **13** 208 ff., 245 ff. Ein Nachteil der Rheinkaskoversicherung ist, daß nach den Rotterdamer Usancen der Schaden auf Grund der Taxe reguliert wird, somit nicht, wie dies bei den Kaskoversicherungen für Elbe, Oder usw. der Fall ist, die Vorlage der Reparaturkostenrechnungen verlangt werden kann. Ein weiterer Nachteil ist, daß die Kollisionsprozesse zum weitaus größten Teile vor den sog. Rheinschiffahrtsgerichten ausgetragen werden: Dieses Verfahren kennt nur 2 Instanzen, in der Berufungsinstanz (Rheinschiffahrtskommission) ist das Verfahren außerdem nicht mündlich, sondern schriftlich. Ein Vorteil ist dagegen die Vollstreckbarkeit der Urteile in Holland.

IX. Über den Konkurs des Seeversicheres oder des Seeversicherungsnehmers vgl. oben zu § 14 VVG. unter I 1 (Buerschaper).

X. Die Insurance-Klausel. 1. Schaps, Freizeichnung von jedem versicherbaren Schaden, LeipzZ. **13** 515 ff. Die Klauseln in den Frachtverträgen und Konnossementen, in denen der Verfrachter die Haftung für Schaden ablehnt, gegen den der Vertragsgegner sich versichern kann — sog. Insurance-Klausel: not liable for any loss detriment or damage to any goods which are capable of being covered by insurance —, sind von Boyens, vom OLG. Hamburg und von den englischen Gerichten als ungültig bezeichnet worden, weil sie zu unbestimmt seien. Das läßt sich nach deutschem Rechte nicht halten. Die Klausel bezweckt die Entlastung des Verfrachters von der auf Frachtvertrag bzw. Konossement beruhenden Haftung für Verluste und Beschädigungen der zur Beförderung übernommenen Gegenstände. Die Verpflichtungen des Verfrachters ex scriptura und auf Grund großer Haverei bleiben unberührt. Die Klausel ist wirkungslos, soweit das Gesetz eine Freizeichnung von der Haftung für diese Schäden ausschließt (§ 276

Abs. 2 BGB.). Die Klausel ist gegenstandslos, wenn die Versicherung der betreffenden Schäden aus tatsächlichen Gründen nicht möglich oder aus Rechtsgründen nicht statthaft ist. Der Begriff der tatsächlichen Unmöglichkeit der Versicherungsnahme darf nicht überspannt werden.

2. Schaps, Freizeichnung von jedem versicherbaren Schaden, LeipzZ. **14** 166. Er beruft sich auf eine, seine Ausführungen LeipzZ. **13** 515 ff. bestätigende Entsch. des LG. Hamburg (K. X f. Hs. vom 14. Oktober 1913 H. Bf. X 178/13): Der sich auf die Freizeichnung berufende Verfrachter hat nachzuweisen, daß ein von ihr getroffener Fall vorliegt; er muß zunächst den Beweis der Versicherungsmöglichkeit bringen, diese aber kann nur geprüft werden, wenn die besonderen Ursachen des Schadens feststehen; er muß die Schadensursache aufdecken und im Bestreitungsfalle beweisen.

§ 129. (Vgl. JDR. **10** 1291.) I. Regenschäden. ZVersWes. **12** 603, 649 (KG.). Regenschäden gehören zu den „durch Witterungseinflüsse entstandenen" Schäden, für welche § 2 der Allg. Versicherungsbedingungen für Eisenbahngütertransporte die Haftung des Versicherers ausschließt. Daraus, daß § 2 der Allg. Versicherungsbedingungen für Transporte auf Flüssen und Binnengewässern neben den durch Witterungseinflüsse entstandenen Schäden die Regenschäden noch besonders erwähnt, läßt sich das Gegenteil nicht folgern.

II. Kriegsschäden. 1. **RG.** HansGZ. **12** 167, MittöffFeuerversAnst. **12** 265, LeipzZ. **12** 401, WarnE. **12** Nr. 177, VersAnn. **12** 388, WallmVersZ. **46** 1379. Der Begriff des „Krieges" im Seeversicherungsrecht umfaßt auch den des „Aufruhrs", wie schon in der früheren Entscheidung ausgeführt. Durch den Aufruhr ist ein Schaden auch dann verursacht, wenn der Verlust von Gütern darauf zurückzuführen ist, daß Personen, welche sich an dem Aufruhr an sich gar nicht beteiligen wollen, die durch den Aufruhr geschaffene allgemeine Unsicherheit benutzen, um ungehindert und vermeintlich ungestraft zu plündern.

2. Über den Begriff des Aufruhrs im Sinne des § 69 der Allgemeinen See-Versicherungs-Bedingungen s. HansGZ. **11** 53, ZVersWiss. **12** 177 (Hamburg). Vgl. JDR. **10** 1292.

III. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **12** 25 behandelt die Frage des Rückgriffs nach § 67 VVG. im Zusammenhange mit der, wann Eisenbahnfrachtgüter als abgeliefert zu gelten haben.

§ 130. (Vgl. JDR. **10** 1292.) 1. **RG.** HansGZ. **13** 224. Wenn ein Schiff ein anderes an erlaubter Stelle liegendes Schiff anrennt, so muß die Schuld an der Führung liegen, wenn nicht besondere Umstände obgewaltet haben, die geeignet sind, eine andere Erklärung des Unfalls zu liefern. Solche Umstände hat daher das schadenstiftende Schiff zu seiner Entlastung darzutun. Hat aber z. B. auf dem anrennenden Schiffe das Steuer infolge nicht zu vertretenden Zufalls im entscheidenden Augenblicke versagt, so liegt ein solcher zur Erklärung des Unfalls hinreichender Umstand vor. Aus dem äußeren Hergang ergibt sich dann keine Wahrscheinlichkeit mehr dafür, daß die objektiv unrichtige Fahrt des Schiffes durch Verschulden seiner Besatzung herbeigeführt ist. Die zu seinen Ungunsten sprechende Vermutung ist dann erledigt.

2. HansGZ. **13** 271 (Hamburg). Wenn ein Dampfer auf ein stilliegendes Fahrzeug zu fährt und der Schiffer auf dem Dampfer, an welchem schon 8 Tage zuvor das Steuerruder versagt hatte, in einer Entfernung von 60 m merkt, daß das Ruder wieder versagt, so darf er sich nicht darauf verlassen, daß das Ruder doch noch rechtzeitig wieder in Wirkung treten werde, sondern er muß sich sagen, daß hier nur sofortiger Volldampf rückwärts hilft. Handelt er nicht dementsprechend, so handelt er schuldhaft.

3. **RG.** JW. **13** 1111, R. **13** Nr. 2806, ZVersWes. **13** 656, WallmVersZ. **47** 2113,

HansGZ. **13** 251. Der Versicherte hat ein Verschulden seiner Angestellten, z. B. seines Vizen, welches den Versicherungsfall herbeiführt, nicht nach § 278 BGB. zu vertreten.

4. WallmVersZ. **47** 1201, HansGZ. **13** 65, ZVersWes. **13** 138, VersAnn. **13** 51, LeipzZ. **13** 332 (Hamburg). Der Versicherungsnehmer hat ein Verschulden der den Bau der Kaimauer ausführenden Firma, welches den Versicherungsfall herbeigeführt hat, nicht zu vertreten. § 278 BGB. ist unanwendbar.

5. HansGZ. **13** 167 (Hamburg). Wenn der Ewerführer seine beladene Schute — sei es auch nur für kurze Zeit — unbewacht läßt, um seinem Baas eine wichtige Meldung zu machen, obwohl er Personen zur Hand hatte, die er mit der Meldung zu dem Baas schicken konnte, so handelt er schuldhaft.

6. Wegen der Frage, wessen Verschulden bei der Versicherung für fremde Rechnung maßgebend ist, das des Versicherungsnehmers oder das des Versicherten, s. Lenné, ZVersWiss. **12** 1239 ff. (vgl. zu § 74 VVG.).

7. S. auch Josef, Vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls, ZVersWiss. **13** 233. Vgl. zu § 61 und zu § 181 VVG.

§ 132. 1. **RG.** ZVersWes. **11** 279, ZVersWiss. **12** 176. Haftet der Versicherer nach den Bedingungen nicht für Schäden, welche . . . durch Fahrlässigkeit . . . oder durch Übergabe des Schiffes an untüchtige Personen entstanden sind, und hat die Besatzung entgegen der Schiffahrtspolizeiverordnung nicht aus wenigstens zwei schiffahrtskundigen Leuten bestanden, ist insbesondere der Schiffsführer kein gelernter Schiffer gewesen, der es an den notwendigen Schutzmaßregeln bei der Fahrt durch das Eis fehlen ließ, so ist der Versicherer leistungsfrei.

2. **RG.** VersAnn. **13** 306. Wenn der Versicherer die Haftung für eine Reise eines Flußfahrzeugs von Hamburg nach Bremerhaven übernimmt und dabei weiß, daß das Fahrzeug ein Flußfahrzeug ist, so ist der sich an § 821 HGB. anschließende § 36 der Bremer Seeversicherungsbedingungen, wonach bis zum Beweise des Gegenteils vermutet wird, daß die Ursache für den ohne äußeren Unfall erfolgten Untergang des Schiffes Seeuntüchtigkeit gewesen sei und der Versicherer nicht hafte, unanwendbar. Denn von einem Flußfahrzeuge konnte der Versicherer Seetüchtigkeit nicht erwarten.

§ 134. (Vgl. JDR. **10** 1293.) 1. ZVersWes. **11** 392, ZVersWes. **12** 222, VersAnn. **12** 688, EisenbE. **13**, 40, ZVersWiss. **12** 176, LeipzZ. **12** 334, SächsOLG. **33** 357 (Dresden). Die Transportversicherungsgesellschaft haftet auch für den Schaden, der durch die Auslieferung des Gutes an eine nicht zum Empfange berechtigte Person entsteht. Als „Empfänger des Gutes" ist anzusehen derjenige, der zur Zeit der Ablieferung vom Absender als Empfänger bezeichnet ist. Ob dies ursprünglich eine andere Person war, ist unerheblich.

2. **RG.** R. **12** Nr. 2441 u. 2445, ZVersWes. **12** 649, HansGZ. **12** 237, WallmVersZ. **46** 1481, EisenbE. **13** 204. Hat eine Transportgesellschaft ihre sämtlichen Gütertransporte bei einer Versicherungsgesellschaft mit der Abrede versichert, daß die einzelnen Abladungen der Versicherungsgesellschaft anzuzeigen seien, und ist bezüglich eines sich aus See- und Flußtransport zusammensetzenden Transports die Anzeige zunächst nur hinsichtlich des Seetransports erfolgt, die Ware dann nach Ausführung des Seetransports und Ablieferung an den Spediteur untergegangen, so liegt ein unter die Versicherung fallender Schaden nicht vor. Der Versicherungsnehmer hatte nach der Police die Wahl, ob er gleich die Gesamtreise unter Versicherung bringen wollte oder nach und nach die Teilstrecken. Dies wäre auch gegangen, wenn beim Beginne der Seereise der binnenländische Hafenplatz noch nicht feststand, z. B. in der Form „bis Antwerpen und weiter flußaufwärts nach Binnenplätzen". Eine solche Versicherung „in durchstehendem Risiko" liegt aber nicht vor, wenn der Versicherungsnehmer die Strecken einzeln deklarierte: das macht sich

dann sowohl bei den geschuldeten Prämien, als auch bei dem übernommenen Risiko bemerkbar.

3. Die Vorinstanz hatte denselben Standpunkt eingenommen. WallmVersZ. **46** 545 (Hamburg).

4. Vgl. auch zu § 187 VVG.

§ 144. (Vgl. JDR. **10** 1293.) Über die Pflicht des Versicherungsnehmers, bei Schiffsunfällen Besichtigungen vorzunehmen und zu diesem Zwecke auch Reisen zu unternehmen vgl. zu § 62 VVG. unter I 2.

§ 146. Vgl. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 297.

§ 148. Vgl. Josef, Der gesetzliche Rechtsübergang auf dem Gebiete des Privatversicherungsrechts, AssekJahrb. **35** I 33.

Sechster Titel. Haftpflichtversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 149—158: Die Haftpflichtversicherung gewinnt wirtschaftlich und rechtlich immer größere Bedeutung. Die Frage, ob sie Schadens- oder Rechtschutzversicherung ist, hat wiederum bedeutsame Bearbeitungen gefunden. Die Erfassung ihrer rechtlichen Natur ist nicht bloß von theoretischer, sondern von erheblicher praktischer Wichtigkeit, insbesondere für die Fragen des Verhältnisses des Versicherungsnehmers zum Versicherer und desjenigen des Versicherers zu dem geschädigten Dritten, hierdurch aber auch für die Auslegung der schwierigen §§ 156 und 157 bedeutsam. Zur Lösung haben meines Erachtens der Aufsatz von Schneider und weiter die Ausführungen Schmidtmüllers und Blumhardts (vgl. zu § 156) erheblich beigetragen, besonders aber die klaren und durchsichtigen Darlegungen des Erstgenannten. Erhebliche Bedeutung hat die Frage gewonnen, in welchem Maße die Haftung auf Schäden infolge von fehlerhafter Vertragserfüllung auszudehnen ist (vgl. zu § 151). Ferner sei auf die interessante Frage hingewiesen, ob und inwieweit der Versicherungsnehmer dem Versicherer gegenüber in dem von ihm mit dem geschädigten Dritten geführten Rechtsstreite zur Leistung von Parteieiden verpflichtet ist und ferner, ob die Vertreter und die Angestellten des Haftpflichtversicherers ein Zeugnisverweigerungsrecht haben, wenn sie von dem Gegner des Versicherungsnehmers als Zeugen benannt werden (s. zu § 150). Schließlich ist auf das Problem einer die Rechtsschutznatur der Haftpflichtversicherung ausgestaltenden besonderen Prozeß- und Prozeßkosten-Versicherung aufmerksam zu machen (vgl. ebenfalls zu § 150).

Vor **§§ 149 ff.** (Vgl. JDR. **10** 1294, **8** 1103.) Literatur: I. Allgemeines zur Haftpflichtversicherung: Herzfelder, Haftpflichtversicherung (Versicherungsbibliothek Bd. 4). Berlin 1913. — Jannot, Die rechtliche Materie der Haftpflichtversicherung (Das gesamte Versicherungswesen in Einzeldarstellungen, Bd. 3). München 1912. — Jehle, Die Haftpflichtversicherung in den „Untersuchungen über das Versicherungswesen in Deutschland", Bd. 137 der Veröffentlichungen des Vereins für Sozialpolitik, unter II 5. — Josef, Kleinere Streitfragen aus dem deutschen Versicherungsvertragsgesetze, ÖstZVersWiss. **13 411**. — Kapphan, Haftpflichtversicherung. Grundlagen und Ausblicke, DVersZ. **13** 17. — Lohrer, Das VVG. und die allgemeinen Unfall- und Haftpflichtbedingungen der Versicherungsgesellschaften, Diss. München 1912. — Schmidtmüller, Besonderheiten der Haftpflichtversicherung. Diss. München 1913. — Elperting: Verwandtenausschlußklausel und Verwandtenregreßklausel in der Haftpflichtversicherung ZVersWiss. **13** 332 ff. (s. zu § 87 VVG.) — BlfGenossWes. **11** 720, „Haftpflicht- und Unfallversicherung". — MasVersRdsch. **24** 34 ff., „Beiträge zum Haftpflichtversicherungsrechte". — II. Ausländisches Recht: Wegen der Regelung der Haftpflichtversicherung im Entwurf eines österreichischen VVG. vgl. Berliner, der Entwurf eines österreichischen VVG., MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. (97 ff.) 135 ff.; ferner Hamburger, Bemerkungen zum österreichischen Entwurf eines VVG., LeipzZ. **13** 448 ff., 522 ff.

I. Wegen des sog. Schutzes durch mittelbare Versicherung seitens des Obhutspflichtigen und wegen der Frage, ob und inwieweit hierin eine

Haftpflichtversicherung liegt, vgl. Josef, ZVersWiss. **12** 778 ff. (s. oben zu § 74 VVG.).

II. Wegen der neuen kombinierten Kraftfahrzeugversicherung als Gefahrenkombinationsversicherung (Unfall-, Haftpflicht- und Fahrzeugversicherung) s. Wörner, DVersZ. **12** 41 ff.

III. 1. Wegen der Gemeindehaftpflichtversicherungsverbände vgl. VAPV. **12** 115 ff. (s. zu VAG. § 1 u. § 23).

2. Wegen des „Versicherungsverbandes deutscher Handwerks- und Gewerbekammern" s. VAPV. **12** 130 ff. (zu § 1 VAG.).

IV. Wegen der Pflicht zur Anzeige von Doppelversicherungen bei Haftpflichtversicherungsnahme s. zu § 60 VVG.

§ 149. (Vgl. JDR. **10** 1294, **8** 1103.) Literatur: Fuld, Haftpflichtversicherung und Erfüllungsleistungen, ZVersWes. **12** 397 ff. — Grünebaum, Der § 831 BGB. und die Haftpflichtversicherung, LeipzZ. **12** 139 ff. — Mahr, Bemerkungen über die deliktischen und die vertraglichen Verbindlichkeiten in der Haftpflichtversicherung, ZVers. Wes. **12** 59 ff. — Willer, Der Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung, Öst. ZVersWiss. **12** 248 ff. — MasVersRdsch. **24** 295 ff., „Über den Einfluß des Rechtszustandes eines Rechtsgebiets auf das Risiko des Haftpflichtversicherers unter besonderer Berücksichtigung verschiedener Staaten". — MasVersRdsch. **25** 321 ff. „Haftpflichtversicherung gegen Sachschäden". — ÖstRevue **13** 291 ff. Zum Begriffe des Sach- und Vermögensbeschädigung in der Haftpflichtversicherung.

I. Begriff und Umfang der Haftpflichtversicherung. 1. Fuld, ZVersWes. **12** 397 ff. Kraft Gesetzes (§ 149 VVG.) bezieht sich die Haftpflichtversicherung nur auf Schadensersatzansprüche. Gleichgültig ist es, ob diese auf Gesetz oder auf Vertrag beruhen. Vertragliche Erfüllungsansprüche fallen nicht kraft Gesetzes unter die Haftpflichtversicherung, können aber kraft Vertrags unter Haftpflichtversicherung gebracht werden, weil § 149 VVG. nachgiebiges Recht darstellt.

2. Mahr, ZVersWes. **12** 59 ff. Gegenstand der Haftpflichtversicherung können nicht die Ansprüche aus § 617 BGB. sein, wohl aber die aus § 618 BGB.

3. Willer, Der Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung, ÖstZVersWiss. **12** 248 ff., spricht sich, weil auf diese Weise die Auslegung Richtlinien erhalte, für die Aufnahme des Begriffs des Haftpflichtversicherungsfalls in das österr. VVG. aus und schlägt folgende Fassung (§ 124 Abs. 1) vor: Der Versicherungsfall gilt als eingetreten, wenn sich eine Tatsache ereignet, zufolge welcher gegen den Versicherungsnehmer zufolge des im Vertrage bezeichneten Haftpflichtverhältnisses ein Anspruch eines Dritten erhoben oder ein Strafverfahren eingeleitet werden kann.

4. Unfried, Der Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung, ÖsterrRev. **03** 307 ff. Die allein richtige und zweckmäßige Auslegung des Begriffs des Versicherungsfalls führt dazu, ihn mit dem Schadensereignisse zu identifizieren, d. i. die Tatsache, auf Grund deren der Versicherungsnehmer eine Leistung an einen Dritten zu bewirken hat (§ 149 VVG.).

5. „Die Haftpflichtversicherung gegen Sachschäden", MasVersRdsch. **25** 321 ff. Der Begriff des Sachschadens erfordert eine körperliche, bewegliche oder unbewegliche, einfache oder zusammengesetzte Sache mit einem in Geld abschätzbaren Vermögenswert und eine Beschädigung, d. i. eine wertmindernde Änderung der Sache. Bloße Wertminderung genügt nicht, ebenso nicht die bloße Änderung des Verhältnisses des Eigentümers zur Sache (Verlust usw.). Bei zusammengesetzten Sachen ist eine Beschädigung auch ohne Beschädigung der einzelnen Teile möglich. Im Gegensatze zum Sachschaden ist Vermögensschaden im Sinne der Versicherungsbedingungen derjenige Schaden, der nicht auf Körper- oder Gesundheitsbeschädigung und nicht auf Sachbeschädigung beruht. — Die versicherungstechnische Behandlung der Sachbeschädigung ist nicht frei von Ängstlichkeit. Das zeigt sich in einer Reihe

einschränkender Klauseln, die z. T. unangemessen und veraltet sind und im einzelnen besprochen werden.

6. **RG.** R. **13** Nr. 764, VersAnn. **12** 867. Unter die Haftpflichtversicherung fällt ein Unfall, wenn jemand eine Haftpflichtversicherung als Privatmann unter Ausschluß der ihn als Mieter eines Geschäfts treffenden Haftpflicht genommen hat und der Unfall durch einen in den Geschäftsräumen befindlichen, zu privaten Zwecken dienenden Gasherd verursacht wird, und zwar auch dann, wenn der Unfall einen Angestellten seines Geschäftsführers trifft.

7. R. **13** Nr. 2999 (BayObLG.). Bei Versicherungen gegen Haftpflicht wegen Verschuldens von Familienangehörigen ist, soweit minderjährige Kinder in Frage kommen, an die dem Familienvorstand als Vater nach § 832 BGB. obliegende Schadensersatzpflicht zu denken, im übrigen aber, namentlich auch hinsichtlich der Ehefrau, an die besonderen Fälle, in denen der Haushaltungsvorstand, obgleich für ihn eine gesetzliche Aufsichtspflicht bezüglich der Ehefrau nicht besteht, dennoch für den eingetretenen Schaden wegen Verabsäumung einer ihm der Allgemeinheit gegenüber obliegenden Verkehrspflicht haftet (nicht aber z. B., wenn die Ehefrau oder Kinder einen selbständigen Beruf ausüben und hierin Schaden anrichten).

8. VAPV. **12** Anh. 55 (Naumburg). Wenn die Bedingungen besagen, daß sich die Haftpflichtversicherung erstrecke auf Ersatzleistung für Ansprüche, welche a) infolge eines durch den gewerblichen Betrieb veranlaßten körperlichen Unfalls, b) nach Maßgabe einer reichs- oder landesgesetzlichen Haftpflichtbestimmung geltend gemacht werden können, so ist an zivilrechtlich geltendzumachende Ansprüche gedacht, besonders wenn die Bedingungen noch Bestimmungen wegen der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung und wegen der Tragung der Prozeßkosten enthalten. — Deshalb fällt die den Arbeitgeber nach § 12 Abs. 2 GewUVG. treffende Leistung nicht unter die Versicherung; denn sie hat öffentlich-rechtlichen Charakter.

9. VAPV. **13** Anh. 76 (Jena). Der Haftpflichtversicherungsanspruch ist nicht dadurch bedingt, daß der Versicherungsnehmer an den geschädigten Dritten Zahlung leistet, sondern lediglich davon, daß der Anspruch des Dritten begründet ist.

10. Wegen des Verhältnisses der Haftpflichtversicherung zu § 67 VVG. s. **RG.** R. **13** Nr. 1946 (s. zu § 67 VVG.) und wegen des Regreßanspruchs eines Deliktsgesamtschuldners gegen den anderen s. **RG.** R. **13** 2804 u. 2805.

11. MasVersRdsch. **24** 295 ff., Über den Einfluß des Rechtszustandes eines Rechtsgebiets auf das Risiko des Haftpflichtversicherers unter besonderer Berücksichtigung verschiedener Staaten, behandelt den Einfluß, den die Gesetzgebung, die Rechtsprechung und Rechtspflege, besonders auch die Regelung des Anwalts- und des Kostenwesens auf die Haftpflichtversicherung ausübt.

12. Wegen des Einflusses der Verschärfung der gesetzlichen Haftpflicht vgl. zu § 27 VVG. unter I 1.

13. Wegen des Umfanges der Haftpflichtversicherung geschäftlicher Betriebe s. zu § 151 Abs. 1 VVG.

II. Wegen der Rechtsnatur des Haftpflichtversicherungsanspruchs vgl. die Rechtslehren und Rechtsprechung zu § 156 und § 157 VVG.

III. Wegen des Vorliegens des Versicherungsfalls in der Haftpflichtversicherung s. auch zu § 12 VVG. unter III 6—10.

IV Wegen der Verwantenausschlußklausel s. zu § 67 VVG. (Elperting).

§ 150. (Vgl. JDR. **10** 1296, **8** 1105.) Literatur: Dr. B. Die Prozeßherrschaft des Haftpflichtversicherers, ÖstRevue **13** 38 ff. — Ecker, Rechtsaus-

kunftsstellen und Prozeßkostenversicherung, DVersichertZ. 12 99 ff. — Eichbaum, Zeugnispflicht des Haftpflichtversicherers, LeipzZ. 12 446 ff. — Derselbe, Der Deckungsrücktritt des Haftpflichtversicherers, ZHR. 72 141 ff. — Grauer, Rechtshilfeversicherung, ZVersWiss. 12 343 ff. — Josef, Die Folgen verweigerter Eidesleistung des gegen Haftpflicht Versicherten, LeipzZ. 13 839 ff. — Manes, Über Prozeßkostenversicherung, DJZ. 13 99 ff. — Schwartz, Die Verletzung der Unterstützungspflicht seitens des Haftpflichtversicherten durch Verweigerung des ihm im Haftpflichtprozeß auferlegten Parteieids, Assek. Jahrb. 34 81 ff. — Willer, Zwei Fragen aus der Haftpflichtversicherung, ÖstZVers. Wiss. 12 243 ff. —

I. Die Prozeßführung des Haftpflichtversicherers gegen den geschädigten Dritten. 1. *Eichbaum, Der Deckungsrücktritt des Haftpflichtversicherers, GoldschmidtsZ. 72 141 ff., behandelt zunächst die Rechtslagen, die entstehen, wenn der Haftpflichtversicherer über einen ihn in Wahrheit nicht berührenden Schaden disponiert hat, und gelangt zu dem Ergebnisse, daß der Haftpflichtversicherer, der einen außerhalb der Versicherung liegenden Schaden behandelt hat, jederzeit von der Deckung zurücktreten kann, daß der Rücktritt aber ausgeschlossen ist, wenn der Versicherer über den Schadenfall in Kenntnis des Mangels seiner Deckungspflicht verfügt hat, oder wenn er die Lösung seines Zweifels an der Deckungspflicht ohne Zustimmung des Versicherungsnehmers ungebührlich verzögert. Es gibt aber auch objektive Gründe des Deckungsrücktritts, d. h. Fälle, in denen nicht nur die Ansicht und Stellung des Versicherers zur Deckungsfrage wechselt, sondern der Schaden sich aus einem gedeckten in einen ungedeckten verwandelt. So, wenn nach dem Versicherungsvertrage Haftpflichtschäden, die einen Mindestbetrag nicht erreichen, von der Deckung ausgeschlossen sind (Bagatellklausel) und die an den Versicherungsnehmer (so ist S. 152 Zeile 5 v. u. statt „Versicherer" zu lesen) gestellten, zunächst die untere Deckungsgrenze übersteigenden, Haftpflichtansprüche nachträglich unter diese Grenze sinken. In diesem Augenblick ist der Haftpflichtversicherer unter Tragung der bisher erwachsenen Regulierungskosten zum Rücktritte von der Deckung berechtigt, vorher aber kraft eines im Versicherungsvertrag enthaltenen latenten Mandates zur sorgsamsten Wahrung des Eventualinteresses des Versicherungsnehmers verpflichtet. Ähnliche Rechtslage möglich, wenn für einen bestimmten Teilbetrag jedes Schadens Selbstversicherung besteht. Ist die Deckungspflicht nach oben begrenzt so erstreckt sich, sofern der ganze Schaden nur einheitlich behandelt werden kann, die Verfügungsbefugnis des Versicherers auch auf den nicht gedeckten Teil des Schadens; insoweit hat der Versicherer die Stellung eines Beauftragten.

2. Wegen Anfechtung bzw. Rücktritt von Anerkenntnissen und Deckungszusagen s. auch zu § 158 VVG.

3. MasVersRdsch. 24 34 ff., „Beiträge zum Haftpflichtversicherungsrechte", bespricht die Beziehungen zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer, zwischen Versicherungsnehmer und seinem Anwalte, zwischen dem Versicherer und dem Anwalte des Versicherungsnehmers sowie zwischen dem Versicherer und dem Dritten (Geschädigten) bzw. dessen Anwalte für den Fall des Prozesses, besonders für die Fälle, in denen Konflikte zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer bestehen, z. B. weil der Dritte mit dem Versicherungsnehmer befreundet oder verwandt ist oder weil der Versicherer gern einen Vergleich schließen möchte, der Versicherungsnehmer aber nicht einverstanden ist. Der Versicherungsnehmer stellt tatsächlich zwei Vollmachten aus: a) eine seinem Anwalt, ihn dem Gegner gegenüber zu vertreten, b) die andere seinem Versicherer, ihn seinem Anwalte bzw. auch dem Gegner gegenüber zu vertreten. Die Schwierigkeiten, zu bestimmen, wie weit im Einzelfalle das Recht und die Vollmacht des Versicherers geht, dem Versicherungsnehmer und für diesen Weisungen zu geben und für ihn Erklärungen abzugeben, lassen es ratsam erscheinen, die Versicherungsbedingungen dahin zu fassen:

1. Der Versicherer gilt als ermächtigt, alle zur Abwehr oder Beilegung des Anspruchs zweckmäßig erscheinenden Erklärungen abzugeben, so daß diese Erklärungen unmittelbar für und gegen den Versicherungsnehmer wirken. 2. Eine Einschränkung oder ein Widerruf dieser Vollmacht durch den Versicherungsnehmer hat Dritten gegenüber keine Wirkung. 3. Die vorstehenden Bestimmungen finden keine Anwendung, soweit der Versicherer den durch den Anstand und die guten Sitten gebotenen Rücksichten zuwiderhandelt, oder soweit der Versicherungsnehmer nur zu 50 pCt. oder weniger versichert ist.

4. Eichbaum, Zeugnispflicht des Haftpflichtversicherers, LeipzZ. **12** 446. Den Vorständen sowohl wie den Angestellten der Haftpflichtversicherungsgesellschaft steht im Prozesse zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Geschädigten ein Zeugnisverweigerungsrecht sowohl nach § 383 Ziff. 5 ZPO. wie auch nach § 384 Ziff. 3 ZPO. zu, und zwar hinsichtlich aller Tatsachen, die ihnen durch den Versicherungsnehmer selbst oder auf Grund eigener Ermittlungen hinsichtlich des Haftpflichtfalls bekannt geworden sind. Gleichgültig ist, ob der Versicherungsnehmer volle Deckung des Schadens beanspruchen kann oder nicht. Eine Entbindung von der Schweigepflicht seitens des Versicherungsnehmers nimmt diesem zugleich den Versicherungsanspruch wegen des in den geltenden Verbandsbedingungen geregelten ausschließlichen Prozeßführungsrechts des Versicherers. Einen Anspruch auf Vorlegung der Akten, des Briefwechsels usw. des Haftpflichtversicherers hat der geschädigte Dritte nicht.

II. Die Unterstützungspflicht des Versicherungsnehmers 1. Josef, Die Folgen verweigerter Eidesleistung des gegen Haftpflicht Versicherten, LeipzZ. **13** 839 ff. Indem der gegen Haftpflicht Versicherte nach § 13 der allgemeinen Versicherungsbedingungen die Verpflichtung übernimmt, eine ihm vom Verletzten angesonnene Haftung durch Urteil feststellen zu lassen und die Führung des Rechtsstreits der Gesellschaft zu überlassen, übernimmt er nicht schlechthin die Verpflichtung, richterliche und Parteieide zu schwören. Er ist hierzu vielmehr nur verpflichtet, wenn er die Richtigkeit der zu beschwörenden Tatsache kennt oder von ihr mindestens überzeugt ist und auch die Eidesnorm ihm keine Bedenken macht. Daß diese Voraussetzungen vorhanden waren, also die für die Eidesverweigerung dem Versicherten maßgebend gewesenen Beweggründe muß die Gesellschaft beweisen, wenn sie aus der Eidesverweigerung ihre Leistungsfreiheit herleiten will. Zum Nachweise genügt folglich nicht der bloße Umstand, daß der Versicherungsnehmer vorher sich zur Eidesleistung bereit erklärt hatte: denn er kann seine Ansicht hierüber aus beachtlichen Gründen geändert haben. Die Gesellschaft muß vielmehr beweisen, daß der Versicherte sich zur Eidesverweigerung habe verleiten lassen in der Absicht, die Ersatzpflicht des Versicherers zu begründen, oder aus sonstigen Gründen, die die Weigerung als eine Rechtswidrigkeit gegen den Versicherer erscheinen lassen. Weist die Gesellschaft dies nach, so ist ihr der Versicherte wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung der Vertragspflichten zum Schadensersatz, also dazu verpflichtet, den Anspruch gegen die Gesellschaft fallen zu lassen. Der § 18 der allgemeinen Versicherungsbedingungen, wonach jede Verletzung einer dem Versicherten obliegenden Verpflichtung die Leistungsfreiheit der Gesellschaft zur Folge hat, vorbehaltlich des vom Versicherten zu führenden Entlastungsbeweises, kommt hier nicht in Betracht, weil die Eidesleistung keine dem Versicherten schlechthin obliegende Verpflichtung darstellt.

2. Schwartz, Die Verletzung der Unterstützungspflicht seitens des Haftpflichtversicherten durch Verweigerung des ihm im Haftpflichtprozeß auferlegten Parteieids, AssekJahrb. **34** 81 ff. Nach dem im § 62 VVG. in Verbindung mit den Versicherungsbedingungen statuierten Grundsatze der allgemeinen Unterstützungspflicht ist der Versicherte verpflichtet, wenn ihm im Haftpflichtprozeß ein Eid auf-

erlegt wird, nach genauer Prüfung dem Versicherer wahrheitsgemäß Auskunft darüber zu geben, ob er den Eid leisten kann, und ihn, wenn er mit ruhigem Gewissen dazu imstande ist, auch zu leisten. Verstößt der Versicherte dadurch, daß er einen ihm auferlegten Eid, den er zu leisten in der Lage ist, nicht leistet, gegen seine Unterstützungspflicht, wodurch der Versicherer immer geschädigt wird, so ist dieser berechtigt, die Deckung für den betreffenden Fall abzulehnen, es sei denn, daß der Versicherte beweist, daß sein Verstoß weder auf Vorsatz, noch auf grober Fahrlässigkeit beruht. Verstößt der Versicherte nur dadurch gegen seine Pflicht, daß er eine falsche Erklärung zur Eidesauflage abgibt, so steht an und für sich dem Versicherer dasselbe Recht zu. Mangels der Gewißheit, ob dieses Verhalten des Versicherten, welches die Dispositionen des Versicherers beeinflußt hat, für diesen schadenbringend war, wird jedoch in der Praxis von dem Rechte der Deckungsablehnung kein Gebrauch gemacht werden, so daß diese Fälle, in denen der Versicherte nur eine falsche Erklärung zur Eidesfrage abgegeben hat, tatsächlich aber den Eid nicht leisten kann, keine praktische Bedeutung haben.

3. NaumburgAK. **08** 51 (LG. Stendal). Die bedingungsgemäße Pflicht des Versicherungsnehmers, „die Versicherungsgesellschaft nach Kräften zu unterstützen", kann nicht dahin ausgelegt werden, daß der Versicherungsnehmer auch verpflichtet wäre, Parteieide zu schwören. Das würde dem Wesen des Eides widersprechen. Eine solche Bindung würde gegen die guten Sitten verstoßen.

4. Wegen des vertragswidrigen Anerkenntnisses des Versicherungsnehmers vgl. zu § 154 VVG.

III. Tatbestandswirkung des Prozesses gegen den Dritten im Verhältnisse zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer. 1. **RG.** JW. **12** 312, VAPV. **12** Anh. 59, R. **12** Nr. 696, WallmVersZ. **12** 1237. Ist im Haftpflichtvorprozesse zwischen dem Versicherungsnehmer und dem verletzten Dritten rechtskräftig festgestellt, daß der Versicherungsnehmer den Unfall in „schuldhaft widerrechtlicher, mindestens fahrlässiger Weise" mitverursacht habe, so kann daraus in dem späteren Prozesse zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer nicht unter Ablehnung von Beweisanträgen des Versicherers gefolgert werden, es sei in einer für den späteren Prozeß maßgebenden Weise festgestellt, daß der Versicherungsnehmer nicht vorsätzlich gehandelt habe. Dies gilt auch dann, wenn in den Bedingungen die Haftung des Versicherers ausgeschlossen wird für Unfälle, bezüglich deren „festgestellt worden ist", daß sie auf Vorsatz des Versicherungsnehmers beruhen: bei dieser Bestimmung ist nicht an die „Feststellungen" im Vorprozesse gedacht. Die Entscheidungen in einem Strafprozesse kommen überhaupt nie in Frage.

2. AM. VAPV. **12** Anh. 57 (KG.).

3. Wegen der Wirkung von Vorentscheidungen bei der Unfallversicherung vgl. vor §§ 179 ff. VVG. unter E III.

IV. Umfang der Entschädigungspflicht nach § 150 VVG. 1. Willer, ÖstZVersWiss. **12** 243 ff., macht Vorschläge zu § 121 und § 125 des ÖstVVG.-Entw. in der Fassung der Anträge des Justizausschusses des Abgeordnetenhauses dahin, § 121 Abs. 2: Kommt es zum Rechtsstreite mit dem Dritten, so hat der Versicherer die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung des Versicherten sowie alle Gebührenkosten ohne Rücksicht auf die Versicherungssumme zu ersetzen. Der dem Dritten zuerkannte Kostenersatz ist als Entschädigungszahlung anzusehen, und vom Versicherer nur insoweit zu leisten, als er zusammen mit der Entschädigung die Versicherungssumme nicht übersteigt. Ferner § 125 Abs. 2: Auf eine Vereinbarung, nach welcher der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei sein soll, wenn ohne seine Zustimmung der Versicherungsnehmer den Dritten befriedigt oder seinen Anspruch anerkennt, kann sich der Versicherer nur berufen, wenn und

insoweit bei der Befriedigung oder Anerkennung über das Ausmaß seiner gesetzlichen Entschädigungspflicht hinausgegangen ist.

2. VAPV. **12** Anh. 108 (Colmar). Der Versicherer muß für den Haftpflichtversicherten die erforderliche Sicherheit zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in dem Prozesse leisten, den der Versicherungsnehmer nach den Bedingungen führen muß und dessen Führung der Versicherer übernimmt, der auch alle hieraus entstehenden Kosten einschließlich der Anwaltsgebühren zu tragen verpflichtet ist.

3. VAPV. **12** 116. Das APV. hält den Einschluß sämtlicher Kosten eines Strafprozesses in die Haftpflichtversicherung für zulässig und eine Versagung der Genehmigung nach § 7 VAG. nicht für zulässig. Auszunehmen sind allerdings die Kosten der Strafvollstreckung.

4. Zustimmend DVersichertZ. **12** 77.

5. ÖstZBl. **31** 84 (ÖstOGH.). Der wegen fahrlässiger Körperverletzung in Untersuchung gezogene Haftpflichtversicherte kann von dem Versicherer nicht Ersatz der Kosten verlangen, welche ihm durch die ohne Einwilligung des Versicherers erfolgte Bestellung eines Verteidigers erwachsen sind, sofern ihm der Versicherer die Verteidigung durch seinen ständig damit beauftragten Rechtsanwalt angeboten hat und in diesem Falle die Kosten der Verteidigung tragen wollte.

V. Besondere Prozeß- und Prozeßkostenversicherung. 1. Grauer, Rechtshilfeversicherung, ZVersWiss. **12** 343 ff., hält die Schaffung einer der Haftpflichtversicherung verwandten, aber sich auf den Ersatz der Prozeßkosten beschränkenden Rechtshilfeversicherung für möglich und geboten. Zu ersetzen wären die Prozeßkosten im weitesten Sinne (Gerichts-, Gerichtsvollzieher-, Hinterlegungs-, Anwaltskosten, Schäden durch Hinterlegungen und vorläufige Zahlungen usw.) und in allen möglichen juristischen Verfahren. Gewisse Kontrolleinrichtungen wären allerdings nötig, vielleicht auch eine gewisse Selbstbeteiligung der Versicherer.

2. Ecker, Rechtsauskunftsstellen und Prozeßkostenversicherung, DVersichertZ. **12** 99 ff. Im Anschluß an die Ausführungen Grauers über die Prozeßkostenversicherung schlägt der Verf. vor, die Prozeßkostenversicherung im Anschluß an die Rechtsauskunftsstellen zu organisieren unter Ausschließung der Prozesse vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten, der Bagatellprozesse und — mit Rücksicht auf schon bestehende Bergschädenprozeßkostenversicherung — der Bergschädenprozesse. Die Versicherung wäre von einer gemeinnützigen Vereinigung ins Leben zu rufen. Die Rechtsauskunftsstellen nehmen, nachdem eine Schlichtung des Rechtsstreits ohne Erfolg versucht ist, den Versicherungsantrag auf und geben ihn dann unter Beifügung der gesamten Prozeßunterlagen an die Versicherungsunternehmung ab. Diese entschließt dann über den Antrag. Nimmt sie ihn an, so hat sie gegebenenfalls den Prozeß für den Kläger aufzunehmen und ihn, wenn er ganz oder teilweise unterliegt, schadlos zu halten. Im eigenen Interesse hat sie ferner das Prozeßmaterial zu bearbeiten, zu sammeln und zu sichten.

3. Manes, Prozeßkostenversicherung, DJZ. **13** 90. In Deutschland kommt bisweilen die Geschworenenversicherung (zur Sicherung der Einnahmeausfälle), in der Schweiz die Klientengeldervesicherung vor. Die Auslegung der Haftpflichtversicherung als Rechtsschutzversicherung und die Bestimmungen des § 150 VVG. haben die Idee einer Prozeßkostenversicherung gestärkt. Die ist verwirklicht als Bergschäden-Prozeßkostenversicherung und als Versicherung von Kosten bei Durchsetzung von Patenten, Gebrauchsmustern, Schutzmarken, Monopolen usw. einschließlich der dem Beklagten auferlegten Schadensersatzleistungen. Dennoch ist die Ausgestaltung dieser Sonderversicherungen zu einer allgemeinen Prozeßkostenversicherung weder

durchführbar, noch erstrebenswert. Sie wäre eine Überspannung des Versicherungsgedankens.

§ 151. (Vgl. JDR. **10**) 1296. Literatur: I. Haftpflichtversicherung geschäftlicher Betriebe. Josef, Der Umfang der Deckungspflicht bei der Haftpflichtversicherung aus Verträgen, insbesondere von Bauunternehmern, ZVersWiss. **12** 352 ff. — Fuld, Haftpflichtversicherung und Vertragserfüllung, AssekJahrb. **35** 71 ff. — Schwartz, Zur Frage nach dem Umfange der Deckungspflicht bei der Haftpflichtversicherung von Bauunternehmern, ZVersWiss. **12** 836 ff. — Josef, Die Schadensersatzpflicht verbundener Rechtsanwälte, JW. **12** 511. — Märklin, Die Haftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare, LeipzZ. **12** 123 ff. — Wörner, Berufsgenossenschaftliches Regreßrecht und Betriebshaftpflichtversicherung, LeipzZ. **12** 62 ff. — II. Betriebsveräußerung und Haftpflichtversicherung. Lücke, Der Besitzwechsel bei Haftpflichtversicherungen, ZVersWes. **12** 3 ff. — Märklin, Der Besitzwechsel in der Haftpflichtversicherung, AssekJahrb. **34** 66 ff. — Schmidtmüller, Zur Streitfrage über die Anwendung des § 151 Abs. 2 VVG., ZVersWes. **13** 465 ff. — Dr. W. Der Einfluß des Veräußerungsgeschäfts auf bestehende Haftpflichtversicherungen DVersPresse. **13** 145 ff., 159 ff. — Villa, Tritt der Pächter eines geschäftlichen Unternehmens gemäß § 151 VVG. in den von seinem Vorgänger im Pachtverhältnis abgeschlossenen Haftpflichtversicherungsvertrag ein? LeipzZ. **13** 205 ff. — Wie ist der Begriff „geschäftlicher Betrieb im Sinne von § 151 VVG. auszulegen? WallmVersZ. **46** 1529 ff., 1609 ff. — Der Besitzwechsel in der Haftpflichtversicherung, WallmVersZ. **46** 1105 ff., 1120 ff. — Setzt § 151 VVG. einen direkten, unmittelbaren Übergang des Unternehmens von dem bisherigen Versicherungsnehmer auf den neuen Unternehmer voraus? WallmVersZ. **47** 353 ff.

I. Abs. 1. Haftpflichtversicherung geschäftlicher Betriebe nach Art und Umfang. I. Werkunternehmer, Architekten usw. 1. Josef, Der Umfang der Deckungspflicht bei der Haftpflichtversicherung aus Verträgen, insbesondere von Bauunternehmen, ZVersWiss. **12** 352 ff., kommt zu folgendem Ergebnisse: Die Haftpflichtversicherung hat sich im Anschluß an die Gesetzgebung entwickelt, die die Verbindlichkeit der Eisenbahnen, Fabriken usw. zum Ersatze der Schäden für Betriebsunfälle festsetzte; sie ist also auf der Grundlage des Schadensersatzanspruchs entstanden. Auf dieser Grundlage beruht sie auch noch heute trotz aller Wandlungen, die sie inzwischen erfahren hat. Folglich deckt die Haftpflichtversicherung (§ 149 VVG.) nur diejenige Leistungspflicht des Versicherungsnehmers, die aus einem dem Dritten gegen ihn zustehenden Schadensersatzanspruche folgt. Danach ist der Versicherer niemals deckungspflichtig für Aufwendungen, die der Versicherungsnehmer zur Vertragserfüllung gemacht hat, folglich auch nicht für Aufwendungen, die der Bauunternehmer gemacht hat, um seiner durch § 633 Abs. 2 BGB. begründeten Verpflichtung zur Mängelbeseitigung zu genügen; denn diese letztere Verpflichtung steht dem Erfolge nach der Vertragserfüllung gleich. Dagegen ist die Deckungspflicht des Versicherers begründet, wenn infolge mangelhafter Bauausführung (z. B. durch Einsturz) fremde Sachen (z. B. auch solche des Bestellers) beschädigt werden oder wenn die Verwertbarkeit des Baues verzögert, z. B. ein Mietausfall herbeigeführt wird. Und ebenso ist die Deckungspflicht begründet, wenn der Mieter, der Haftpflichtversicherung genommen hat, wegen einer über die Grenzen von § 548 BGB. hinausgehenden Verschlechterung der Wohnung gegenüber dem Vermieter verantwortlich ist; denn die Rückgabe der Wohnung in unbeschädigtem Zustand ist nicht eine Vertragserfüllung, der Anspruch auf Entschädigung bei mangelhafter Rückgabe also ein Schadensersatzanspruch. Die Vorschrift des § 149 VVG. ist aber in keiner Weise zwingend; daher kann durch besondere Bedingung der Versicherer auch Deckung übernehmen für Leistungen, die der Versicherungsnehmer zur reinen Vertragserfüllung macht, also z. B. für Verpflichtungen aus Bürgschaftsverträgen oder für Aufwendungen, die der Bauunternehmer macht, um seine Verpflichtung zur Mängelbeseitigung zu erfüllen.

2. Schwartz, Zur Frage der Deckungspflicht bei der Haftpflichtversicherung von Bauunternehmern, ZVersWiss. **12** 836 ff., wendet sich gegen Josef, ZVers.

Wiss. **12** 352 ff. (s. oben), hält seine frühere Ansicht (LeipzZ. **5** 445, vgl. JDR. **10** 1297) betr. das Urt. des OLG. Cöln (LeipzZ. **4** 792, vgl. JDR. **10** 1297) aufrecht und ist der Meinung, daß eine Deckungspflicht in derartigen Fällen nur dann gegeben sei, wenn in den Bedingungen völlig klar und zweifelsfrei zum Ausdrucke gebracht sei, daß auch die vom Versicherten zur Vertragserfüllung oder Mängelbeseitigung gemachten Aufwendungen, die in der Regel nicht unter die Haftpflichtversicherung fallen, vom Versicherer gedeckt werden sollen; eine Klausel, in der nur von Beschädigungen des Eigentums fremder Personen gesprochen werde, bringe dies nicht zum Ausdrucke.

3. Fuld, Haftpflichtversicherung und Vertragserfüllung, AssekJahrb. **35** 71 ff. Die Haftpflichtversicherung ist nicht auf außervertragliche Haftpflicht beschränkt. Aus dem Umstand aber, daß unter die Haftpflicht auch die Haftpflicht wegen mangelhafter Vertragserfüllung fällt, daß auch die Vertragserfüllung als solche mitversichert ist. Schwierigkeiten macht aber die Abgrenzung der Fälle, in denen es sich um Vertragserfüllung oder um mangelhafte Vertragserfüllung handelt. Doch ist die Scheidung beider Arten von Fällen juristisch und wirtschaftlich durchaus möglich. Besondere Schwierigkeiten macht der Werkvertrag, wie sich aus den Entscheidungen und ihren Besprechungen betr. die Haftpflichtversicherungen der Bauunternehmer ergibt (die bekannten Urt. des OLG. Cöln und des RG. werden wiedergegeben). Man muß unterscheiden zwischen Schäden, die sich herausstellen nach Abnahme des fertigen Werkes seitens des Bestellers und solchen, die der Besteller noch vor der Abnahme entdeckt und beseitigt. Diese juristische Unterscheidung ist ausschlaggebend, wennschon wirtschaftlich es für den versicherten Unternehmer gleichgültig sein mag, wann die Schäden entdeckt werden. Juristisch liegt nach der Abnahme ein Schaden eines Dritten vor, der die Voraussetzung für die Haftpflichtversicherung bildet. Das wird deutlich, wenn nach der Abnahme der Unternehmer die Abänderung der zutage getretenen Mängel ablehnt oder diese unmöglich wird. — Was die Frage anlangt, ob die Versicherungsbedingungen dahin auszulegen sind, daß auch die Schäden zur Beseitigung der nach Abnahme hervorgetretenen Mängel ersetzt werden müssen, so besteht, weil diese Schäden unter den Begriff der gesetzlichen Haftung fallen, bis zum Beweise des Gegenteils die Vermutung, daß die Vertragschließenden die Deckungspflicht auf diese Schäden haben ausdehnen wollen. Dagegen fallen die Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln eines noch nicht abgenommenen Werkes nur dann unter die Haftpflichtversicherung, wenn sich dies zweifelsfrei aus dem Vertrag ergibt.

4. VAPV. **13** Anh. 69 (Breslau). Ausschluß von Sprengschäden bei Haftpflichtversicherung eines Tiefbauunternehmens in Hinblick auf die Fassung der Bedingungen trotz fehlender diesbezüglicher Antragsfrage bestätigt vom **RG.** VAPV. **13** Anh. 71.

5. **RG.** R. **13** Nr. 1943. Übernimmt eine Straßenbaufirma gegenüber einer Stadtgemeinde Straßenbauarbeiten sowie die Haftung für etwaige Unfälle, so ist sie durch eine Haftpflichtversicherung, die nach den Bedingungen eine unmittelbar auf Gesetz beruhende Haftpflicht voraussetzt, nicht gegen Regreßansprüche der Stadtgemeinde geschützt, die diese geltend macht, nachdem sie von Straßenpassanten in Anspruch genommen worden war. Denn Dritten gegenüber blieb nur die Stadtgemeinde nach §§ 823 ff. BGB. haftbar (vgl. aber RGRKomm. § 823 Ziff. 10).

6. **RG.** VAPV. **13** Anh. 72, SeuffA. **68** 358, WallmVersZ. **47** 1633 ff. behandelt einen Fall, in dem die Bedingungen hinsichtlich des Umfanges des Haftpflichtversicherungsschutzes bei Bauausführungen nicht klar ergeben, ob auch vertragsmäßige Haftungsansprüche mit gedeckt sein sollten, wie der Agent bei Abschluß dem Versicherungsnehmer gegenüber behauptet hatte.

7. ÖstZBl. **12** 336 (ÖstOGH.). Hat ein Baumeister sich und seinen Polier gegen Haftpflicht versichert, so liegt darin nicht bloß eine Umgrenzung des Risikos der Gesellschaft, es ist vielmehr im Zweifel anzunehmen, daß der Vertrag als Vertrag zu eigenen Gunsten und zugunsten des Poliers geschlossen ist, daß dieser gegebenenfalls eigene und unmittelbare Rechte gegen die Gesellschaft haben soll.

II. Gastwirte. 1. VAPV. **12** Anh. 57, R. **12** Nr. 696 (KG.). Der als Gastwirt Versicherte ist auch hinsichtlich der Haftung für solche Schäden versichert, die dadurch entstehen, daß er gelegentlich einer Schlägerei die Schuldigen hinauswirft und, um sein Anwesen gegen Verwüstung und seinen Betrieb nebst Gästen zu schützen, Schüsse abgibt und hierdurch Personen verletzt.

2. **RG.** VAPV. **12** Anh. 59 bestätigt diese Entscheidung. Es ist gleichgültig, ob der betreffende Haftpflichtversicherer eine besondere Versicherung für Schußwaffenbesitzer eingerichtet hatte und der Gastwirt als Schußwaffenbesitzer nicht versichert war.

III. Fuhrwerks- und Kraftwagenbesitzer. 1. **RG.** R. **13** Nr. 1944, VersAnn. **13** 366. Hat eine GmbH. eine Haftpflichtversicherung gegen die gesetzliche Haftpflicht genommen, die ihr als Besitzerin eines Kraftwagens sowie dem Kraftwagenführer als solchen obliegt, so erstreckt sich die Versicherung auch auf die den Geschäftsführer beim Lenken persönlich treffende Haftpflicht.

2. ÖstZBl. **31** 84 (ÖstOGH.). Bei einer von dem Besitzer eines Automobils zu eigenen Gunsten und zugunsten seines — bei der Unfallversicherungsanstalt versicherten — Chauffeurs genommenen Haftpflichtversicherung ist der Besitzer, wenn er in Begleitung des Chauffeurs das Automobil selbst gelenkt und fahrlässigerweise einen Unfall herbeigeführt hat, bei dem auch der Chauffeur zu Schaden kam, diesem nicht ersatzpflichtig (§§ 45, 46 UnfVG.) und kann deshalb vom Versicherer keine Schadloshaltung beanspruchen.

3. ÖstZBl. **12** 251 (ÖstOGH.). Ist ein Fuhrwerksbesitzer gegen Haftpflicht in seiner Eigenschaft als Fuhrwerksbesitzer versichert, so erstreckt sich die Versicherung nicht auf die Haftpflicht aus dem Verkauf eines früher im Fuhrwerksbetriebe verwendeten Pferdes, sofern die Haftpflicht des Versicherten darauf beruht, daß er schuldhaft unterlassen hat, den Erwerber auf die Bissigkeit des Tieres aufmerksam zu machen und das Tier nun im Betriebe des Erwerbers Schaden anrichtet.

IV. Landwirte. 1. **RG.** VersAnn. **12** 105, R. **12** Nr. 509. Daraus, daß ein Landwirt auch gegen Haftpflicht infolge von Abschuß von Wild auf eigenem Grund und Boden versichert ist, folgt nicht, daß er wegen der Haftpflichtfälle gedeckt ist, die aus einer zu jenem Zwecke angeschafften Schußwaffe herrühren. Der Abschuß von Ratten und das Aufbewahren der Schußwaffe zu diesem Zwecke gehört aber an sich zum Berufe des Landwirts und fällt unter die von ihm in dieser Eigenschaft genommene Haftpflichtversicherung. Hat er sich aber von seinem Nachbar ein Tesching geliehen und ereignete sich hiermit ein Unfall, als seine Tochter es in geladenem Zustande dem Sohne des Entleihers wieder ausgehändigt hatte und dieser sich nach Hause begab, so ist zu prüfen, ob der eingetretene Unfall mit dem landwirtschaftlichen Betrieb in einem solchen Zusammenhange stand, wie ihn der Versicherungsvertrag voraussetzte.

2. R. **13** Nr. 2938 (BayObLG.). Ist ein Landwirt sowohl in dieser Eigenschaft wie auch als Privatmann gegen Haftpflicht versichert, so fällt hierunter nicht seine Tätigkeit als Steinbrucharbeiter.

3. VAPV. **12** Anh. 61 (Hamburg). Die Versicherung gegen alle Verbindlichkeiten aus Haftpflicht, die sich aus dem landwirtschaftlichen Betrieb ergeben, umfaßt auch den Schaden, der dadurch entsteht, daß der Versicherte Schußwaffen zur Vertilgung von Ratten benutzt. Deshalb ist auch der Schaden mitversichert, den der Sohn des Leihers der Schußwaffe beim Wiederabholen derselben anrichtet,

indem er auf einen anderen Knaben anlegt und diesen verletzt. Unerheblich ist es, daß die Antragsfrage, ob die Versicherung sich auch auf die Eigenschaft als Jäger und Schußwaffenbesitzer erstrecken solle, verneint ist.

4. **RG.** VAPV. **12** Anh. 63, R. **12** Nr. 509, 510, hebt dieses Urteil auf und macht zu den beiden letzten Punkten Bedenken geltend.

V. Lagerhalter. VAPV. **13** Anh. 74, LeipzZ. **13** 173, HansGZ. **13** Hptbl. 21 (Hamburg). Die Versicherungsvoraussetzung, daß ein Schaden „durch den versicherten Betrieb" entstanden sein müsse, ist nicht gegeben, wenn der Versicherungsnehmer versichert ist als Inhaber eines Quartiermannsbetriebs einschließlich der Beschädigung fremder Sachen, wenn aber durch Feuer solche fremde Sachen beschädigt werden, die der Versicherungsnehmer nicht im eigenen Speicher eingelagert, sondern einer anderen Firma zur Einlagerung gegeben hatte.

VI. Stadtverwaltung. 1. **RG.** Sörgel **13** 952. Angestellter einer Stadt ist auch derjenige Staatsbeamte, der ihr vom Landesherrn (z. B. in Mecklenburg) berechtigterweise zur Erfüllung bestimmter Geschäftsaufgaben zugewiesen ist.

2. Vgl. zu § 153 unter I 3.

VII. Regimentsverwaltung. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1141 ff. Nicht zu beanstanden ist die Auslegung eines von einem Regimentskommandeur geschlossenen Haftpflichtversicherungsvertrags, wonach „das Regiment als Besitzer von Privatfuhrwerk mit 20 Krümperpferden gegen Haftung aus den durch die Krümperpferde und Fuhrwerk herbeigeführten Schadensfälle" dahin, daß als Versicherungsnehmer der Reichsmilitärfiskus anzusehen ist, und daß unter die Versicherung nicht nur Privatfuhren im Privatinteresse der Offiziere, sondern alle Fuhren fallen, die nicht im eigentlichen militärischen, in Ausübung der Kommandogewalt angeordneten Dienste erfolgen (Düngerabfuhren zu den Ersteigerern des Dunges).

VIII. Rechtsanwälte und Notare. 1. Josef, JW. **12** 512. Wenn zwei verbundene Rechtsanwälte von einem gemeinsamen Auftraggeber auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, so hat die Haftpflichtversicherungsgesellschaft, bei der der eine von ihnen versichert ist, diesem nur die Hälfte des Schadens zu ersetzen, solange nicht der versicherte Anwalt den geschädigten Dritten den ganzen Schaden ersetzt (vgl. JDR. 8 1107).

2. Wegen der Haftung verbundener Rechtsanwälte und wegen des Verhältnisses zu § 67 VVG. s. Josef, Der gesetzliche Rechtsübergang auf dem Gebiete des Privatrechts, AssekJahrb. **35** 1 ff., vgl. oben zu § 67 VVG. unter I 2, 10.

IX. Verhältnis der Haftpflichtversicherung zu der Reichsunfallversicherung. 1. Wörner, Berufsgenossenschaftliches Regreßrecht und Betriebshaftpflichtversicherung, LeipzZ. **12** 62 ff. Das Rückgriffsrecht der Träger in der RVersO. geregelten Unfallversicherung wird dadurch beeinträchtigt, daß das Bestehen von Betriebshaftpflichtversicherungen zugunsten von Angestellten usw. den Versicherungsträgern meist nicht bekannt ist oder ihnen verheimlicht wird, und ferner dadurch, daß diese Betriebshaftpflichtversicherungen meist auftragslos genommen sind und deshalb die Angestellten usw. nach § 76 Abs. 3 VVG. grundlos die Erteilung ihrer nachträglichen Zustimmung verweigern können. Deshalb schlägt Verf. zugunsten der Versicherungsträger eine gesetzliche Bestimmung in dem zu erwartenden neuen Haftpflichtgesetze vor.

2. Fürsorgepflicht der Arbeitgeber. Wegen der Frage, ob die den Arbeitgeber nach GewUVG. § 12 Abs. 2 treffende Leistung unter die Haftpflichtversicherung fällt, s. VAPV. **12** Anh. 55 (Naumburg), vgl. zu § 149 VVG.

X. Wegen der analogen Anwendung von § 151 VVG. auf Fälle, in denen nicht eigentlich ein „geschäftlicher" Betrieb vorliegt, sowie wegen des Begriffs des geschäftlichen Betriebs, vgl. unten zu Abs 2.

XI. Wegen der Anzeigepflicht bei der Betriebshaftpflichtversicherung s. zu § 153 VVG.

Abs. 2. Betriebsveräußerung. I. Im allgemeinen. 1. Märklin, Der Besitzwechsel in der Haftpflichtversicherung, AssekJahrb. **34** 66 ff. 1) § 151 Abs. 2 VVG. hat keine rückwirkende Kraft und gilt, soweit nicht Art. 3 EGVVG. Platz greift, nur für solche Versicherungen, die nach dem 1. Januar 1910 abgeschlossen sind. 2) In weitem Umfange gilt sonach für die Frage des Besitzwechsels noch altes Recht. Insbesondere gilt für ältere Verträge auch noch § 2163 ALR., wofern man ihn — was aber nicht richtig ist — auf Haftpflichtversicherungen analog anwendet, wie das die Rechtsprechung ständig tut. Wendet man BGB. an, dann gilt für die Veräußerung im allgemeinen der Grundsatz des § 323 BGB. 3) a) Analoge Anwendung von § 151 Abs. 2 VVG. auf die Haftpflichtversicherungen der Hausbesitzer, Kraftfahrzeughalter, Tierhalter, Schußwaffenbesitzer usw., obwohl geschäftlicher Betrieb hier fehlt. b) § 151 Abs. 2 VVG. kann nicht durch Vertrag des Versicherers mit dem Versicherungsnehmer abgeändert werden (aM. Manes, Komm. z. VVG. 33). c) § 151 Abs. 2 VVG. ist nicht anwendbar, wenn nach Ablauf der Pachtzeit des einen Pächters der Betrieb auf Grund neuen Pachtvertrags auf einen anderen Pächter übergeht. Ebenso dann nicht, wenn nach Ablauf der Pachtzeit der Eigentümer die Bewirtschaftung selbst übernimmt. Unter „ähnlichem Verhältnis" im Sinne von § 151 Abs. 2 VVG. ist nicht die Einbeziehung aller denkbaren Fälle des Überganges eines Betriebs auf einen anderen zu verstehen, sondern nur die, in denen (ähnlich wie bei § 868 BGB.) wie bei Pacht, Nießbrauch usw. die Übernahme auf Grund eines vom Eigentümer abgeleiteten Rechtes erfolgt.

2. Dr. W., Der Einfluß des Veräußerungsgeschäfts auf bestehende Haftpflichtversicherungen. Lücken und Zweifel im geltenden Rechte, DVersPresse. **13** 145 ff., 159 ff., bespricht eingehend die durch §§ 69 ff., 151 Abs. 2 VVG. hervorgerufenen Zweifelsfragen und die Bestrebungen des Verbandes der in Deutschland arbeitenden Unfall- und Haftpflichtversicherungsgesellschaften, die eine einheitliche Regelung der Zweifelsfragen bezweckt und die bisher die gleichmäßige Befürwortung folgender Bestimmungen ergeben haben: 1. § 151 VVG. kommt nur dann zur Anwendung, wenn der geschäftliche Betrieb als Ganzes veräußert wird; die Veräußerung von Betriebsmitteln oder Betriebsteilen gilt nicht als Veräußerung im Sinne von § 151 VVG. — 2. Grundstücke sind nicht als geschäftliche Betriebe anzusprechen. — 3. Ein der Veräußerung eines Betriebs entsprechender Vorgang im Sinne von § 151 VVG. liegt auch dann vor, wenn ein verpachteter Betrieb vom Eigentümer wieder übernommen oder anderweitig verpachtet wird.

II. Rückwirkung von § 151 Abs. 2 VVG. VAPV. **13** Anh. 31, VersAnn. **44** 283 (LG. Neuruppin). § 151 Abs. 2 VVG. hat rückwirkende Kraft und findet auch auf Versicherungsverträge Anwendung, die vor dem Inkrafttreten des VVG. abgeschlossen sind. AM. Märklin, s. oben zu I. Desgl. Lücke, s. unten zu VII.

III. Zwingende Kraft. Körner, MittöffFeuerversAnst. **13** 559. § 151 Abs. 2 VVG. ist nicht zwingend. Ebenso DVersPresse **13** 363 ff. (KG.). AM. Märklin, s. oben zu I.

IV. Pachtverhältnis. 1. Schmidtmüller, Zur Streitfrage über die Anwendung des § 151 Abs. 2 VVG., ZVersWes. **13** 465 ff. § 151 Abs. 2 VVG. muß ausdehnend ausgelegt werden. Er ist deshalb auch anwendbar, wenn ein Pächter den anderen ablöst, ohne daß zwischen beiden rechtliche Beziehungen bestehen. — Auch der Begriff des „geschäftlichen Betriebs" ist zu eng gefaßt. Er setzt eine auf die Dauer berechnete Mehrheit sach-

licher Veranstaltungen und persönlicher Beziehungen voraus. Hausbesitzer und Tierhalter fallen nicht darunter.

2. Villa, Tritt der Pächter eines geschäftlichen Unternehmens gemäß § 151 VVG. in den von seinem Vorgänger im Pachtverhältnis abgeschlossenen Haftpflichtversicherungsvertrag ein? LeipzZ. **13** 205 ff. 1. Nach dem Wortlaute des § 151 Abs. 2 VVG. ist die Annahme, daß § 151 Abs. 2 auch Anwendung finden soll auf den Fall, daß an Stelle des Pächters des versicherten Unternehmens der Eigentümer oder ein anderer Pächter tritt, zum mindesten ebenso naheliegend wie die gegenteilige. 2. Gegen eine Anwendung des § 151 Abs. 2 auf Fälle der vorbezeichneten Art lassen sich triftige Gründe nicht anführen: insbesondere ergeben sich für keinen Beteiligten irgendwelche Nachteile, wenigstens keine solchen, denen im Normalfalle des § 151 Abs. 2 die Beteiligten nicht gleichfalls ausgesetzt wären. 3. Für Anwendung des § 151 Abs. 2 sprechen die Interessen aller Beteiligten und zwar:. a) des Vorpächters und des neuen Pächters, für die es nur von Vorteil sein kann, den Versicherungsschutz ohne weiteres zu genießen, b) des ersten Pächters, der gegen den in die Versicherung eintretenden Eigentümer oder zweiten Pächter einen Anspruch auf Erstattung des nicht auf seine Besitzzeit entfallenden Teiles der Jahresprämie für die laufende Versicherungsperiode erlangt, während er sie andernfalls unter allen Umständen allein tragen müßte, c) des Versicherers, dessen Versicherungsbestand gewahrt bleibt.

3. WallmVersZ. **47** 353 ff. bejaht die Frage, ob § 151 VVG. nur den Fall trifft, daß der neue Unternehmer unmittelbar vom Versicherungsnehmer erworben haben muß (so daß also z. B. der Fall ausscheidet, daß erst Pächter X., dann Pächter Y. von dem Eigentümer pachtet). AM. das LG. Halle, WallmVersZ. **47** 353 ff.

4. PosMSchr. **13** 144 (LG. Königsberg). Die im § 151 Abs. 2 VVG. gemeinte Übernahme muß auf einem Vertragsverhältnisse beruhen, durch das der neue Erwerber, der Dritte, der „unmittelbare", der aus dem Versicherungsvertrage Verpflichtete, „mittelbarer" Besitzer gemäß der Bestimmung im § 868 BGB. wird, an deren Wortlaut sich § 151 Abs. 2 VVG. offensichtlich anlehnt. Demgemäß tritt der neue Pächter, an den der Eigentümer das Grundstück verpachtet, nicht in die von seinem Vorgänger im Pachtverhältnisse geschlossenen Versicherungsverträge ein.

V. Nießbrauch. Über die Haftpflichtversicherung bei einem unter Nießbrauch stehenden Objekte vgl. Dörstling, Die Versicherungspflicht im Privatrechte, ZVersWiss. **13** 616 (oben zu § 1 VVG.).

VI. Zwangsversteigerung. Körner, MittöffFeuerversAnst. **13** 559. § 73 VVG. ist analog auch bei § 151 Abs. 2 VVG. anwendbar.

VII. Anwendung von § 151 Abs. 2 VVG. auf nichtgeschäftliche Betriebe. 1. Lücke, ZVersWes. **12** 3 ff. § 151 Abs. 2 VVG. ist auch auf Versicherungen nichtgeschäftlicher Betriebe analog anwendbar. — Er greift aber nicht ein bei Versicherungen, die schon vor dem Inkrafttreten des VVG. abgeschlossen worden waren.

2. Vgl. auch Schmidtmüller, s. oben zu IV.

VIII. Wegen der Versicherung „für wen es angeht" vgl. Kisch, JheringsJ. **63** 361 ff. (399), s. oben zu § 80 VVG.

IX. Wegen der Stempelpflicht und der Ausfertigungsgebühr bei Nachträgen zum Versicherungsvertrag infolge der Veräußerung s. VAPV. **12** 50, **13** 120 (vgl. zu § 69 VVG.).

X. Im übrigen vgl. zu §§ 69 ff., § 114 u. § 115 VVG.

XI. Früheres Recht. DVersPresse. **13** 363 (KG.) § 2163 ALR. findet

auf die gesamte Schadensversichererung Anwendung also auch auf die Haftpflichtversicherung.

§ 152. (Vgl. JDR. **10** 1298, 8 1109.) Wegen der vorsätzlichen Herbeiführung der Haftpflicht s. zu § 61 VVG.

§ 153. (Vgl. JDR. **10** 1298, 8 1109.) Anzeigepflicht. I. Beginn. 1. **RG.** ZVersWes. **13** 598, VersAnn. **13** 429, JW. **13** 690, R. **13** Nr. 1942. Wenn die Anzeigefrist bedingungsgemäß vom „Schadensereignis" ab laufen soll, so ist hiermit das Ereignis gemeint, wodurch der den Gegenstand der Haftpflicht des Versicherungsnehmers bildende Schaden entstanden ist, nicht aber der Zeitpunkt, in welchem der Dritte Ansprüche an den Versicherungsnehmer geltendmacht. Unerheblich ist es, daß bei dieser Annahme die Versicherungsansprüche erloschen sein können, ehe der Versicherungsnehmer vom Dritten in Anspruch genommen wird.

2. **RG.** VersAnn. **13** 112, JW. **13** 276, WallmVersZ. **47** 1233 ff. Wenn die Bedingungen die Anzeige von der Erhebung von Ersatzansprüchen vorschreiben, so wird dieser Vorschrift nicht genügt durch Anzeige von dem in Betracht kommenden Unfalle, falls erst viel später Ersatzansprüche geltend gemacht werden.

3. **RG.** R. **13** Nr. 1046. Eine als Bahnunternehmerin versicherte Stadtgemeinde braucht erst dann Anzeige zu erstatten, wenn klar ist, daß der Verletzte sie nicht nur als für die Pflasterung verantwortliche Behörde, sondern auch als Straßenbahnunternehmerin hatte in Anspruch nehmen wollen.

II. Versäumung. 1. **RG.** JW. **13** 276, R. **13** Nr. 2657, WallmVersZ. **47** 1233 ff., VersAnn. **13** 112. Hat nach den Bedingungen der Versicherer das Recht, die Entschädigung abzulehnen, wenn der Versicherte die Inanspruchnahme seitens des Beschädigten nicht anzeigt, und erlöschen 1 Jahr nach dem Zeitpunkt, in welchem die Anzeige zu erstatten gewesen wäre, die Versicherungsansprüche selbst dann, wenn der Versicherte an der rechtzeitigen Anzeige verhindert war, dann wirkt die Säumnis des Versicherten (Angestellten), der diese Bestimmungen nicht kannte, auch gegen den Pfändungsgläubiger. Die Pfändung ist wirkungslos, wenn zur Zeit ihrer Ausbringung die Versicherungsansprüche schon erloschen waren. Vorausgesetzt wird eine Pfändung der Ansprüche des Versicherten gegen die Versicherungsgesellschaft. Nicht genügend ist eine Pfändung der Ansprüche des Versicherten gegen seine Arbeitgeber, insbesondere auf Auskunft und Vorlegung des Versicherungsscheins. Unerheblich ist es, daß die Versicherungsgesellschaft den Arbeitgeber bestimmt hat, die Nennung ihres Namens zu verweigern.

2. Im übrigen s. zu § 33 VVG.

§ 154. (Vgl. JDR. **10** 1298.) Literatur: Schwartz, Zur Auslegung der in den Haftpflichtversicherungsbedingungen enthaltenen Bestimmung, wonach die Versicherungsansprüche binnen bestimmter Frist geltend zu machen sind, LeipzZ. **13** 670.

I. Wegen der Prozeßführung des Haftpflichtversicherten mit dem geschädigten Dritten s. zu § 150 VVG. unter I.

II. Beginn der Klage- und Verjährungsfristen in der Haftpflichtversicherung. 1. VAPV. **13** Anh. 32, WallmVersZ. **47** 409. LeipzZ. **12** 874 (Hamburg). Die Bestimmung, daß alle Ansprüche, die nicht binnen bestimmter Zeit nach Zahlungsverweigerung der Gesellschaft eingeklagt sind, verjährt sein sollen, ist dahin zu deuten, daß die Frist erst zu laufen beginnt, wenn der Versicherungsnehmer bestimmte Zahlungen oder Leistungen gefordert und den Versicherer hierdurch in Verzug gesetzt hat, was er aber erst kann, wenn seine Zahlungspflicht im Prozesse gegen den Dritten festgestellt und er zu bestimmten Beträgen verurteilt ist.

2. **RG.** VAPV. **13** Anh. 81, WarnE. **13** Nr. 277, JW. **13** 690 hebt das Vorurteil (Hamburg) auf. Die Klagefrist beginnt, sobald der verletzte Dritte Ansprüche

erhebt. Daß die Bedingungen von „Zahlungsweigerung" reden, ist nicht ausschlaggebend. Streitverkündung im Prozesse mit dem Dritten ersetzt die Klage nicht.

3. Schwartz, LeipzZ. **13** 670, führt aus, daß die Klagausschlußfrist beginnt, sobald der Haftpflichtversicherer seine Verpflichtung für den ihm angezeigten Schadenfall bestritten hat, gleichgültig, ob die Haftpflicht des Versicherungsnehmers dem Dritten gegenüber bereits festgestellt ist oder nicht. Die Ansicht des OLG. Hamburg (s. oben) ist falsch. Denn auch schon vor endgültiger Feststellung zwischen Versicherungsnehmer und Dritten über das Bestehen der Ersatzpflicht bestehen Ansprüche des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer (auf Rechtsschutz, Vorschußzahlung usw.), die dieser verweigern kann. Das Wort „Zahlungsweigerung" in den alten Bedingungen darf nicht zu eng ausgelegt werden. Die Fassung der neuen Bedingungen schließt Zweifel aus. Denn statt von der „Zahlungsweigerung" ist jetzt von der „Ablehnung des Versicherungsschutzes" die Rede.

4. **RG.** JW. **13** 497, R. **13** Nr. 1045, WallmVersZ. **47** 1265 ff., 1281 ff., Vers. Ann. **44** 263, VAPV. **13** Nr. 769, ZVersWes. **13** 202, MasVersRdsch. **25** 198. Hat die Gesellschaft in Kenntnis aller wesentlichen Umstände wissentlich den Schadensprozeß zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Verletzten bis zum Ende vorbehaltlos durchgeführt, so hat sie damit schlüssig anerkannt, daß sie im Falle des Obsiegens des Dritten dem Versicherungsnehmer erstattungspflichtig sei, worin auch zugleich ein Verzicht auf den Einwand der Verjährung liegt.

5. Wegen der Anerkenntnisse des Versicherers s. auch zu § 158 VVG.

6. Wegen des Vorliegens des Versicherungsfalls in der Haftpflichtversicherung s. auch oben zu § 149 VVG. unter I.

7. Wegen der Frage, ob die Versicherer Anfragen der Versicherungsnehmer bezüglich des Ablaufs von Klagausschlußfristen beantworten müssen (wird verneint), s. VersAnn. **44** 545.

8. Wegen der Klagausschlußfrist in der Haftpflichtversicherung vgl. im übrigen zu § 12 VVG. unter II, III 10 und unter IV.

III. Zu Abs. 2. **RG.** R. **13** Nr. 764. Vertragswidriges Anerkenntnis des außergerichtlich erhobenen Ersatzanspruchs des geschädigten Dritten bewirkt die bedingungsgemäße Verwirkung des Versicherungsanspruchs dann nicht, wenn der Versicherer die Vertretung im nachfolgenden Prozesse vertragswidrig ablehnt und der Versicherungsnehmer nunmehr Versäumnisurteil gegen sich ergehen läßt.

§ 156. (Vgl. JDR. **10** 1299, 8 1109.) Literatur: Blumhardt, Zur Pfändung von Forderungen in der Haftpflichtversicherung, LeipzZ. **13** 907 ff. — Derselbe: Die Wirkung der Zession in der Haftpflichtversicherung, ÖstRe ue **13** 283 f. — Josef, Erörterungen zur Haftpflichtversicherung, insbesondere die rechtliche Stellung des Dritten bei ihr, AssekJahrb. **34** 3 ff. — Schmidtmüller, Der geschädigte Dritte und seine rechtliche Stellung in der Haftpflichtversicherung, LeipzZ. **13** 927 ff. — Schneider, Konkurs und Haftpflichtversicherung, LeipzZ. **12** 26 ff. — Vgl. auch die Literatur zu § 157 VVG.

Die Natur des Haftpflichtversicherungsanspruchs. Die Beziehungen zwischen dem Versicherer, dem Versicherungsnehmer und dem geschädigten Dritten. Das Verhältnis von § 156 zu § 157 VVG. 1. Schneider, Konkurs und Haftpflichtversicherung, LeipzZ. **12** 26 ff. Wichtiger als § 157 VVG. ist § 156 VVG. Er gibt anders als § 157 VVG. für das Anrecht des Beschädigten auf den für ihn bereit gestellten Vermögenswert einen genügenden Schutz gegenüber den Zugriffen anderer Gläubiger des Versicherungsnehmers. — Der Anspruch aus der Haftpflichtversicherung geht zunächst auf Rechtsschutz gegenüber dem Beschädigten, sodann, falls der Beschädigte siegt, auf Befreiung und schließlich, wenn der Versicherungsnehmer den Be-

schädigten befriedigt und der Versicherer diese Befriedigung gegen sich gelten lassen muß, auf Geldentschädigung. — Der Rechtsschutzanspruch ist völlig unübertragbar und deshalb auch nicht pfändbar. Der Befreiungsanspruch ist beschränkt übertragbar und pfändbar, nämlich an den Beschädigten und für ihn. Ebenso der Geldzahlungsanspruch. — Deshalb besteht schon hiernach ein durchgreifender Schutz des Beschädigten, und zwar sowohl nach wie vor einem Konkurse. — Außerhalb des Konkurses genügt § 156 VVG. — § 157 VVG. verstärkt diesen Schutz nur für den Fall des Konkurses. — Das Absonderungsrecht des § 157 VVG. bezieht sich in Wahrheit nicht auf die Entschädigungsforderung, sondern auf die Entschädigungssumme, und zwar selbst dann, wenn sie vom Konkursverwalter schon zur Masse gezogen ist, so daß der Verwalter zur vollen Deckung des Beschädigten verpflichtet ist, wenn dieser sein Recht während des Verfahrens geltend macht. — Das Absonderungsrecht beginnt frühestens mit dem Beginn und hört spätestens auf mit dem Ende des Konkurses. Es kann sich nicht fortsetzen, auch nicht in Gestalt eines Pfandrechts (so z. B. Jäger, KO. § 49 Anm. 12), das in Wahrheit in ihm nicht enthalten ist. Sein Zweck ist es, zu verhindern, daß der Beschädigte mit seinem Anspruch auf die konkursmäßige Dividende herabgedrückt wird.

2. **a)** Blumhardt, Zur Pfändung von Forderungen in der Haftpflichtversicherung, LeipzZ. **13** 907 ff. Ein Vertragsverhältnis besteht bei der Haftpflichtversicherung nur zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer, nicht aber zwischen dem Geschädigten und dem Versicherer. Es können daher auch nicht vom Gläubiger des geschädigten Dritten Ansprüche gepfändet werden, die dem Geschädigten angeblich gegen den Versicherer zustehen. Eine solche Pfändung ist wirkungslos, und zwar auch dann, wenn der Versicherer nach § 156 VVG. an den Dritten zahlen will oder infolge Anweisung des Versicherungsnehmers zahlen muß, und auch dann, wenn die Pfändung nach der erwähnten Anweisung erfolgt. — Möglich ist nur, daß der Gläubiger des Geschädigten die diesem an den Versicherungsnehmer zustehenden Ansprüche pfändet. Aber auch diese Pfändung bewirkt nicht, daß der Versicherer an den Pfändungsgläubiger leisten darf oder leisten muß. Der Versicherungsnehmer aber darf zwar infolge der Pfändung nicht mehr an den Geschädigten, sondern nur noch an dessen Gläubiger leisten. Unberührt bleibt aber hiervon sein Recht, nach § 156 VVG. verlangen zu dürfen, daß der Versicherer an den Geschädigten, also nicht an den Pfändungsgläubiger zahle. Seine Verpflichtungen aus dem Schadensereignisse (Schadensersatzleistung an den Dritten) sind aber scharf zu scheiden von seinen Rechten aus diesem Ereignis (Ansprüche an den Versicherer). — Das Recht des Versicherungsnehmers, Leistung an den Geschädigten verlangen zu dürfen, bleibt auch dann bestehen, wenn dem Gläubiger des Versicherungsnehmers die diesem auf Grund der Haftpflichtversicherung an den Versicherer zustehenden Ansprüche gepfändet werden. Diese Ansprüche gehen nämlich auf Zahlung an ihn oder an den Dritten. Gepfändet kann aber nur werden der Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme an den Versicherungsnehmer. Nicht berührt wird also durch die Pfändung das Recht des Versicherungsnehmers auf Zahlung an den Geschädigten. — Diese an sich befremdlichen Ergebnisse beruhen darauf, daß der Zweck des Gesetzes wirtschaftlich ebenso wie im Konkurse (§ 157 VVG.) auch außerhalb desselben in erster Linie darauf gerichtet ist, den Geschädigten schadlos zu halten. **b)** Blumhardt, Die Wirkung der Zession in der Haftpflichtversicherung, ÖsterrRev. **13** 283 ff. Der Versicherer kann (§ 156 VVG.) und er muß, wenn der Versierungsnehmer es verlangt, an den Geschädigten selbst dann Zahlung leisten, wenn dieser seine Entschädigungsansprüche an einen Dritten abgetreten hat. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn der Versicherungsnehmer seinen Anspruch gegen den Versicherer an einen Dritten ab-

getreten hat. Dieses Ergebnis entspricht dem Zwecke der Haftpflichtversicherung und ihrem Wesen.

3. Schmidtmüller, Der geschädigte Dritte und seine rechtliche Stellung in der Haftpflichtversicherung, LeipzZ. **13** 927 ff. Der Anspruch des Versicherungsnehmers an die Versicherungsgesellschaft und der Anspruch des geschädigten Dritten sind unabhängig voneinander. Ein Recht gegen den Versicherer steht dem Dritten nicht zu, abgesehen von dem Absonderungsrechte des § 157 VVG. im Konkursfalle. — Der Anspruch aus der Haftpflichtversicherung geht auf Befreiung des Versicherungsnehmers von den Ansprüchen Dritter. Deshalb erlischt in allen Fällen, in denen der Versicherer an den Dritten zahlt, der Versicherungsanspruch. Und ferner erklärt es sich hieraus, daß über den Versicherungsanspruch weder durch den Versicherungsnehmer, noch durch dessen Gläubiger Verfügungen (abgesehen von § 156 Satz 1 VVG.) getroffen werden können. Ausgenommen ist der Fall, daß der, zu dessen Gunsten die Verfügung erfolgt, Leistung an den geschädigten Dritten, nicht aber, solange der Dritte nicht befriedigt ist, an sich selbst verlangen soll. Und eine weitere Ausnahme besteht für den Dritten selbst; zu seinen Gunsten können Verfügungen über den Versicherungsanspruch erfolgen, weil in seiner Hand der Befreiungsanspruch zum Zahlungsanspruche wird. Eine Beeinträchtigung des Absonderungsrechts (§ 157 VVG.) durch Verfügungen, die vor dem Konkursbeginn erfolgt waren, ist also nicht möglich. Der Dritte ist durch § 156 VVG. auch außerhalb des Konkurses wirksam geschützt. § 157 ist nur eine Ergänzung des § 156 für den Konkursfall; er bewirkt, daß der Dritte nicht nur eine Konkursdividende, sondern seinen vollen Schaden ersetzt erhält.

4. Josef, Erörterungen zur Haftpflichtversicherung, insbesondere die rechtliche Stellung des Dritten bei ihr, AssekJahrb. **34** 3 ff. 1. Steht dem Schuldner das Recht zu, an einen anderen als den Gläubiger zu leisten, so kann ihm dies Recht — wenigstens wenn es im Interesse des Schuldners ist — nicht dadurch entzogen werden, daß der Gläubiger die Forderung an einen anderen abtritt oder daß sie im Zwangsweg einem anderen übertragen wird. Der Haftpflichtversicherer hat aber kein — unbedingtes und unbeschränktes — Recht, an den Verletzten (Dritten) zu leisten. Denn er hat nach § 156 Satz 2 VVG., wenn er dem Dritten zahlen will, hiervon zuvor dem Versicherungsnehmer Anzeige zu machen, um diesem Gelegenheit zu geben, geltend zu machen, daß sein Interesse die Zahlung an den Dritten verbietet. Danach hat der Dritte lediglich die Rechtsstellung eines Vertreters des Versicherungsnehmers, die Stellung des sog. procurator in rem suam, so daß der Versicherungsnehmer über die ihm allein zustehende Entschädigung fre iverfügen kann und sie dem Zugriffe seiner Gläubiger unterliegt. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, daß aus jener beschränkten Befugnis des Versicherers die entgegengesetzte Folgerung gezogen werden solle, so hätte das Gesetz dies sicher zum besonderen Ausdrucke gebracht. 2. Aus der bezeichneten Vertreterstellung des Dritten folgt ferner a) das Recht des Versicherungsnehmers, zu verlangen, daß der Versicherer an den Dritten die Leistung so bewirke, wie der Dritte sie vom Versicherungsnehmer zu fordern hat; der Versicherungsnehmer kann daher, wenn der Versicherer den Dritten durch einen Vergleich mit einer geringeren Summe als dem wirklichen Schaden abgefunden hat, verlangen, daß der Versicherer den vollen Ersatz leiste. Andererseits darf der Versicherungsnehmer dies Recht nicht mißbräuchlich (§ 227 BGB.) ausüben. b) daß der Versicherer die ihm gegen den Versicherungsnehmer zustehenden Gegenforderungen jeder Art auch gegen den Dritten, dem er aus eigenem Anlaß oder auf Verlangen des Versicherungsnehmers Zahlung leistet, aufrechnen kann. 3. Wird der Dritte im Konkurse des Versicherungsnehmers aus der Versicherungssumme, weil diese hinter dem wirklichen Schaden zurückbleibt, nicht voll befriedigt, und endet der Konkurs durch Zwangsvergleich, so kann der Dritte vom Ver-

sicherungsnehmer hinsichtlich des Ausfallbetrags nur die Zwangsvergleichsquote beanspruchen.

5. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 308. Der Versicherungsnehmer, der nach Eintritt eines Haftpflichtfalls zur Zahlung einer Entschädigung an den Verletzten rechtskräftig verurteilt ist, aber nicht gezahlt hat, kann nicht verlangen, daß der Versicherer die Urteilsschuld an ihn zahle, sondern nur, daß er ihn von der Urteilsschuld befreie. Der Versicherer muß lediglich dafür sorgen, daß der Versicherte nicht mehr zur Zahlung der Schuld angehalten werden kann.

6. **RG. 81** 250, JW. **13** 497, DJZ. **13** 641, R. **13** Nr. 920, 1025, VAPV. **13** Anh. 116, WallmVersZ. **47** 1265 ff., 1281 ff. Der Anspruch auf die Haftpflichtversicherung ist zunächst nur Anspruch auf Befreiung. Ebenso wie der Haftpflichtversicherer, weil er sonst einen unverdienten Vorteil hätte, sich dem Konkursgläubiger gegenüber nicht darauf berufen kann, daß der beschädigte Dritte nur die Konkursdividende zu erhalten hat (**RG. 71** 364 ff.), sondern die volle Summe an die Masse zahlen muß, so ist es auch bei einer außerhalb des Konkurses festgestellten Zahlungsunfähigkeit des Versicherungsnehmers. Der beschädigte Dritte kann in letzterem Falle den Versicherungsanspruch voll pfänden oder sich abtreten lassen; er wandelt sich in seiner Hand, ebenso wie in der des Konkursverwalters, in einen Zahlungsanspruch um (vgl. **RG. 70** 257 ff.; unrichtig Helbig, LeipzZ. **13** 1 ff.).

7. VAPV. **13** Anh. 76 (Jena). Voraussetzung für die Zahlungspflicht des Haftpflichtversicherers ist nicht, daß der Versicherungsnehmer an den Verletzten gezahlt habe. Vor Zahlung des Versicherungsnehmers liegt nur Befreiungsanspruch vor. Der Verletzte kann ihn aber pfänden und in seiner Hand verwandelt er sich dann in einen Zahlungsanspruch.

8. **RG.** R. **13** Nr. 2805. Der Ausgleichungsanspruch des einen Deliktsschuldners gegen den anderen aus §§ 840, 426 BGB. fällt unter die Haftpflichtversicherung, und zwar auch dann, wenn die Ausgleichung auf Grund Vertrags begehrt wird. Der Anspruch aus dem Haftpflichtversicherungsvertrag ist für einen solchen Regreßberechtigten pfändbar.

9. Wegen der Pfändung des Haftpflichtversicherungsanspruchs s. auch zu § 153 VVG. unter II 1.

10. Vgl. im übrigen auch zu § 157 VVG.

§ 157. (Vgl. JDR. **10** 1299, 8 1110.) Literatur: Helbig, Ein Beitrag zur Klärung der Zweifel über die rechtliche Behandlung des Haftpflichtversicherungsbeitrags, LeipzZ. **13** 1 ff. — List, Hat § 157 VVG. zwingende und rückwirkende Kraft? LeipzZ.**12** 537. — Meuret, Der Einfluß des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs auf das Absonderungsrecht des § 157 VVG., LeipzZ. **12** 59 ff. — Vgl. auch die Literatur zu § 156 VVG.

I. Natur und Umfang des Absonderungsrechts des Haftpflichtgläubigers. 1. *Helbig, LeipzZ. **13** 1 ff. Der Hauptgedanke des die Frage der Pfändbarkeit des Haftpflichtversicherungsanspruchs erörternden Aufsatzes steht in Beziehung zu den Erwägungen, welche der Bestimmung des § 157 VVG. zugrunde liegen, von denen aber gesagt werden muß, daß sie, sowohl für sich betrachtet, als auch in Ansehung ihres korrigierenden Zweckes gegenüber der bisherigen Stellung der Gerichte zur Pfändbarkeit des Haftpflichtversicherungsanspruchs, immer noch über das Ziel der Verpflichtung hinausschießt, welche der Haftpflichtversicherer zum Schutze des Versicherten rechtmäßigerweise übernehmen will. Das Bedenkliche liegt darin, daß der Haftpflichtversicherungsvertrag im Versicherungsvertragsgesetz ebenso wie in der früheren Rechtsprechung gleich einem Vertrage zugunsten eines Dritten behandelt wird. Daß hierin ein Irrtum liegt, kann kaum zweifelhaft sein; denn dem Bedürfnisse nach dem Schutze, den der Versicherungsnehmer haben und den der Versicherer geben will,

ist damit genügt, daß letzterer den ersteren vor einer Minderung seines Vermögens oder Einkommens durch die Zugriffe eines ihm gegenüber Schadensersatzberechtigten bewahrt. Naturgemäß ruht oder schwindet diese Verpflichtung des Versicherers, wenn der Versicherte völlig vermögenslos ist, da der Schutzanspruch beim Fehlen eines Vermögens keinen Vermögensbestandteil darstellt. Eine Verbesserung hat § 157 VVG. gegenüber der an dieses Gesetz noch nicht gebunden gewesenen irrigen Rechtsprechung nur insofern gebracht, als es im Falle des Konkurses des Versicherten wenigstens solchen Gläubigern, die einen Haftpflichtanspruch nicht besitzen, die Möglichkeit verschließt, an einer der Höhe des Haftpflichtanspruchs eines Mitgläubigers entsprechenden, bisher vom Konkursverwalter erzwungenen Zahlung des Versicherers an die Masse zu partizipieren. Doch diese Einschränkung genügt nicht! Es verstößt gegen das Rechtsgefühl, den Haftpflichtversicherer dem Zwange einer Entschädigungszahlung zu unterwerfen, wenn der Versicherte selbst infolge völliger Vermögenslosigkeit zu einer Entschädigungsleistung nicht herangezogen werden kann. Das RG. hat — vgl. Urt. **RG.** I. vom 28. Januar 1913 (I 395 12) — den hier wiedergegebenen Ausführungen entgegengehalten, sie würden auf eine ungerechtfertigte Bereicherung des Versicherers hinauslaufen. Das letzte Wort über diese wichtige Frage dürfte damit aber wohl noch nicht gesprochen sein.

2. Meuret, Der Einfluß des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs auf das Absonderungsrecht des § 157 VVG., LeipzZ. **12** 59 ff. Ist der Konkurs über das Vermögen eines Haftpflichtversicherungsnehmers nach Zustandekommen eines Zwangsvergleichs beendet, so kann der noch nicht befriedigte Haftpflichtgläubiger seine Forderung nur noch in der Höhe der Vergleichsquote geltend machen. Entgegen den Ausführungen Bertholds, LeipzZ. **11** 451, hat jeder Absonderungsberechtigte, der bei Geltendmachung des Absonderungsrechts nicht befriedigt wird, nur Anspruch auf die Vergleichsquote (**RG. 23** 43), auch dann, wenn der Ausfall erst nach Beendigung des Konkurses festzustellen ist; der § 157 VVG. enthält auch keine Bestimmung, die den Haftpflichtgläubiger besser als die anderen Absonderungsberechtigten stellen würde.

3. Über den Sinn und die Tragweite des § 157 VVG. vgl. auch Jäger, KO. § 49 Anm. 2.

4. Vgl. im übrigen zu § 156 VVG.

II. Zwingende Kraft von § 157 VVG. List, LeipzZ. **12** 537. § 157 VVG. stellt zwingendes Recht dar.

III. Rückwirkung von § 157 VVG. List, LeipzZ. **12** 537. § 157 VVG. hat rückwirkende Kraft und ist selbst dann anzuwenden, wenn das Versicherungsverhältnis und die Konkurseröffnung bei Inkrafttreten des VVG. schon vorlagen (ebenso Unfried, ZVersWiss. **9** 322; aM. Gerhard-Manes, Komm. z. VVG. 260, Gugel, Komm. z. VVG. 377).

IV. VAPV. **13** Anh. 74 (Jena). Entschuldbarkeit der Versäumung einer Klagausschlußfrist infolge der rechtlichen Schwierigkeiten, die § 157 VVG. der Auslegung besonders für Laien bietet.

V. Geltendmachung des Absonderungsrechts. **RG.** LeipzZ. **13** 563, PosMSchr. **13** 40, R. **13** Nr. 2195. Das Absonderungsrecht aus § 157 VVG. kann unter Umständen durch Feststellungsklage nach § 256 ZPO. gegen den Konkursverwalter geltend gemacht werden, obgleich an sich die Befriedigung der Absonderungsberechtigten außerhalb des Konkurses erfolgt. Eine solche Feststellungsklage deckt sich nicht mit der Konkursfeststellungsklage.

§ 158. Literatur: Kochann, Ein Beitrag zu der Fage: Kann der gegen Haftpflicht Versicherte gemäß § 158 VVG. auf Grund einer voraufgegangenen Liberalitätszahlung kündigen? ZVersWes. **13** 616.

Kündigung nach Anerkenntnis- oder Ablehnungserklärung des Versicherers. 1. Kochann, ZVersWes. 13 616. Sog. Liberalitätszahlungen des Versicherers berechtigen nicht ohne weiteres den Versicherungsnehmer, zu kündigen. Vielmehr muß eine objektiv begründete Haftpflicht vorliegen, also gegebenenfalls in einem Prozesse die Frage ausgetragen werden, ob der Versicherer zur Zahlung verpflichtet war. Anders nur, wenn man die Haftpflichtversicherung als Rechtsschutzversicherung ansieht; dann ist der Versicherungsfall schon gegeben, wenn der Ersatzanspruch gegen den Versicherten erhoben wird, und wenn der Versicherungsnehmer hierauf liberaliter zahlt, sind die Voraussetzungen des § 158 VVG. gegeben.

2. VAPV. 13 121. Kein Anerkenntnis ist gegeben, wenn vergleichsweise der Schaden (70 M.) von dem Versicherer im Prozesse mit dem Dritten in in der Weise geregelt wird, daß dem Dritten 50 M. gezahlt werden, wenn dem Versicherer 30 M., dem Versicherungsnehmer 20 M. zur Last fallen sollen.

3. **RG.** R. 13 Nr. 2803. Hat der Haftpflichtversicherer in der Annahme, die Prämie sei rechtzeitig gezahlt und ein Ruhen der Versicherung infolgedessen nicht eingetreten, Versicherungsschutz zugesagt, so kann die Erklärung nicht wegen Irrtums angefochten werden, weil nur Irrtum über den Beweggrund vorliegt. Dagegen ist die Kondiktion des Anerkenntnisses möglich nach § 812 Abs. 1 und 2 BGB. Hat der Versicherer aber, ohne eine Prüfung jener Verzugsfrage vorzunehmen, die Deckungszusage abgegeben, so hat er ihr den vergleichsähnlichen Charakter gegeben, vermöge dessen die Wirkung eintreten mußte, ohne daß es auf den Verzug ankam.

4. Wegen der Frage des Anerkenntnisses und der Deckungszusage vgl. auch oben zu § 150 unter I 1 (Eichbaum).

5. Wegen der Ablehnung des Haftpflichtversicherungsanspruchs durch den Versicherer vgl. zu § 12 VVG. unter III.

6. Wegen des Vergleichs und des Anerkenntnisses vgl. auch zu § 11 VVG.

Dritter Abschnitt. Lebensversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 159—178: Den Berichtsjahren 1912 u. 1913 haben verschiedene Ereignisse eine besondere Bedeutung verliehen. Im Dezember 1912 wurde das Versicherungsgesetz für Angestellte vom Reichstag angenommen und damit ein großer Teil des Mittelstandes der privaten Lebensversicherung tatsächlich fast entzogen. Über die praktisch sehr wichtige Frage des Verhältnisses der Lebensversicherung zur Angestelltenversicherung ist unten unter X berichtet. Im übrigen beherrschten die alten Streitfragen, insbesondere die über die Pfändbarkeit der Rechte des Versicherungsnehmers, über die Stellung des Begünstigten, über die Sterbekassen und die Betriebspensionskassen, die Rechtsprechung und die wissenschaftliche Behandlung. Besondere Aufmerksamkeit verdient die vorzügliche Arbeit von Lederle, welche insbesondere auch die zum Teile sehr schwierigen Fragen des ehelichen Güterrechts und steuerrechtliche Fragen in dankenswerter Weise behandelt. Angebracht erschien es auch, in besonderem Maße das ausländische Recht zu berücksichtigen. Insbesondere das schweizerische Recht kann zu mancher anregenden Vergleichung Anlaß geben.

Literatur zu §§ 159 ff.: Arnaldi, Il contratto d'assicurazione sulla vita, studiato uella sua natura giuridica. Macerta 1910. — Böhler, Feilchenfeld, Goldstein, Martius und Schönheimer, Arzt und Privatversicherung, 5 Vorträge Berlin 1912. — Brachvogel, Die Ersatzkassen im deutschen Versicherungsgesetze für Angestellte, ÖstZVersWiss. 12 491 ff. — Brüders, Entscheidungen aus dem Gebiete des privaten Lebensversicherungswesens, ZVersWiss. 13 536 ff. — v. Knebel-Doeberitz u. Broecker, Das Sterbekassenwesen in Preußen. Berlin 1912. — Florschütz, Lebensversicherungsmedizin, Berlin 1913. — Gobbi, Un disegno di legge per le imprese d'assicurazione sulla vita, Rivista del diritto commerciale 8 800 ff. — Götze, Die Rechts-

verhältnisse der Fabrikpensions- und Unterstützungskassen. Berlin 1913. — Günther, Neue Literatur zur Frage der Werkpensionskasse, Gew u. KfmG. 16 285 ff. — Hagen, Angestellten- und Lebensversicherung, DJZ. 12 562 ff. — Hallbauer, die zivilrechtlichen und zivilprozessualen Bestimmungen der Reichsversicherungsordnung, LeipzZ. 12 38 ff., 191 ff.. 347 ff., 431 ff. — Hecht, Die Auslegung der §§ 390, 393 des Versicherungsgesetzes für Angestellte, ZVersWiss. 13 731 ff. — Höckner, Lebensversicherung. Berlin 1913. — Derselbe, Zu §§ 390 ff. des Angestelltenversicherungsgesetzes, ZVersWes. 12 671 ff. — Jacobsohn, Pensionskassen und Angestelltenversicherung, ZVersWiss. 12 718 ff. (auch als selbständige Broschüre, Berlin 1912). — Derselbe, Zur Frage der Werkpensionskassen, GewuKfmG. 16 259 ff. — Derselbe, Zu § 391 des Angestelltenversicherungsgesetzes, ZVersWiss. 12 1294 ff. — Jasper, Die Lebensversicherungspolice als Sicherung für eine Spielschuld, ZVersWes. 12 353 ff. — Jörgensen, Grundzüge einer Theorie der Lebensversicherung. Jena 1913 (mathematisch!). — Kahlo, Versicherungsbedingungen und Prämien der im Deutschen Reiche arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften. Berlin 1913. — Kapp, Die öffentliche Lebensversicherung und der Realkredit (Vortragsbericht) MittöffFeuerversAnst. 12 196 ff. — Kayser, Über die Pfändung der mit einer großen Versicherungsgesellschaft abgeschlossenen Sterbekassenversicherung, ZVersWes. 13 360. — Kirchmann, Die Inhaberklausel in den Normativbedingungen der in Deutsch-land arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften, LeipzZ. 13 188 ff., 271 ff., 367 ff. (s. oben zu § 3 VVG.). — Lederle, Die Lebensversicherung unter besonderer Berücksichtigung ihrer rechtlichen Beziehungen zum ehelichen Güterrecht, Erb- und Konkursrechte, sowie ihrer Besteuerung. Heidelberg 1913. — Linck, Der Lebensversicherungsvertrag, eine gemeinverständliche Darstellung. München 1912. — Lindemann, Lebensversicherungsgesellschaften und Angestelltenversicherung, MasVersRdsch. 24 301 ff. — Meltzing, Zur Frage der öffentlich-rechtlichen Lebensversicherung. München 1912. — Müller, Lebensversicherung (Bd. 137 II 1 der Schriften des deutschen Vereins für Sozialpolitik). — Pietsch, Die Umgestaltung der Knappschaftspensionskassen zur Anpassung an das Versicherungsgesetz für Angestellte, ZVersWiss. 13 70 ff. — Rademacher, Der nachträgliche Fortfall der Befreiung der Angestellten von der Beitragspflicht, ZVersWiss. 12 1292 ff. — Richter, Befreiung der Angestellten von der Beitragsleistung auf Grund von Versicherungsverträgen mit Lebensversicherungsunternehmungen, ZVersWiss. 12 887 ff. — Rothe, Zur Psychologie der Organisation in der Lebensversicherungsbranche, ZVersWes. 13 104 ff. (s. vor §§ 43 ff. VVG. unter I 8). — Sammer, Fünf Jahre Arbeit der neuen ständigen Kommission, AssekJahrb. 35 I 110 ff. — Specht, Die §§ 390, 392 des Versicherungsgesetzes für Angestellte. Hamburg 1913. — Stolzenthaler, § 390 des Angestelltenversicherungsgesetzes in der Praxis, ZVersWes. 12 631 ff. — Ulrich, Die rechtliche Natur des Lebensversicherungsvertrags. Diss. Braunschweig 1913. — Wörner, Neue Ziele in der Lebensversicherung, DVersZ. 12 17 ff. — Zahnbrecher, Zusammenstellung der allgemeinen Todesfallversicherungsbedingungen der in Deutschland arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften. München 1910. — Derselbe, Die Lebensversicherung. Kempten 1912. — Zeigner, Der Einfluß des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers oder des Begünstigten auf privatrechtliche Lebensversicherungsverhältnisse, ZVersWiss. 13 480 ff. u. 654 ff. (s. zu § 166 VVG.). — Zeißig, Einfluß des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers auf einen schwebenden Lebensversicherungsvertrag nach dem deutschen Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 (Diss.). Borna-Leipzig 1912. — Öffentliche Lebensversicherung (Bd. 137, III, 7 der Schriften des deutschen Vereins für Sozialpolitik). — Zum § 392 des Angestelltenversicherungsgesetzes, ZVersWes. 13 119 ff. — § 390 des Angestelltenversicherungsgesetzes, ZVers. Wes. 13 296 ff. — Die Lebensversicherung als Entschuldungsmittel des städtischen Hausbesitzes, WallmVersZ. 46 2345 ff., 2361 ff.

Vor §§ 159 ff. (Vgl. JDR. **10**, 1305.) I. Arten der Lebensversicherung. Abgrenzung gegenüber der Unfallversicherung. 1. Wörner, Neue Ziele in der Lebensversicherung, DVersichertZ. **12** 17 ff. Neben die alten Kapitalversicherungsformen der Lebensversicherung, nämlich 1. die lebenslängliche Versicherung, sog. reine Todesfallversicherung, 2. die abgekürzte oder gemischte Lebensversicherung, 3. die reine Erlebensversicherung und 4. die Sparlebensversicherung, ist infolge des Inkrafttretens des AVG. wieder die älteste Lebensversicherungsform, die der Risikoversicherung getreten: das versicherte Kapital wird nur gezahlt, wenn der Versicherte innerhalb einer bestimmten Zeit stirbt. Da das AVG. bezüglich der

Hinterbliebenenrente für die Übergangszeit eine Wartezeit von 5 Jahren, später (ab 1923) von 10 Jahren vorsieht, besteht eine Lücke in der Sicherstellung der Hinterbliebenen, welche von den Versicherungsgesellschaften durch eine Risikoversicherung auf fünf oder zehn Jahre ausgefüllt wird.

2. BreslauAK. **13** 5 (Breslau). Bei Abonnementsversicherungen gegen tötlichen Unfall liegt keine Lebensversicherung, sondern eine Unfallversicherung vor.

II. Verbindung der Lebensversicherung mit anderen Geschäften und Verwendung zu besonderen Zwecken. 1. Über die Verbindung von Darlehnsgeschäften mit der Lebensversicherung vgl. VAPV. **13** 93 ff.

2. Über die Altersrentenversicherung der Sparer städtischer Sparkassen vgl. VAPV. **13** 96.

3. Über Brautaussteuerspareinkäufe nach Analogie der Aussteuerversicherungen vgl. VAPV. **13** 96.

4. BauersZ. **12** 61 wendet sich gegen die Verwendung von Lebensversicherungsscheinen als Sacheinlagen bei Erhöhung des Stammkapitals.

5. Jasper, Die Lebensversicherungspolice als Sicherung für eine Spielschuld, ZVersWes. **12** 353 ff. Wird eine Lebensversicherungspolice für eine Spielschuld sicherungshalber ausgehändigt, so liegt darin noch keine die Rückforderung ausschließende „Leistung“ im Sinne des § 762 BGB. Das Rückforderungsrecht ist erst ausgeschlossen, wenn sich der andere Teil aus der Lebensversicherung bezahlt macht, z. B. durch Ausübung des Rückkaufsrechts oder dadurch, daß er nach dem Versicherungsfalle die Versicherungssumme erhebt und sie zur Verrechnung verwendet.

6. Über die Lebensversicherung zur Herbeiführung einer Entschuldung des Grundbesitzes vgl. DVersichertZ. **12** 36. In Belgien wirkt seit längerer Zeit die „Caisse Generale“ erfolgreich für eine Entschuldung des Grundbesitzes auf der Grundlage der Lebensversicherung. Auch in Frankreich sind mit der Verbindung von Kreditanstalt und Lebensversicherungsinstitut gute Erfahrungen gemacht worden. Auch die Lebensversicherungsanstalt der Ostpreußischen Landschaft will in erster Linie der Entschuldung des ländlichen Grundbesitzes dienen. Dies geschieht in der Weise, daß den Pfandbriefschuldnern der Landschaft, welche ihr Gut der Verschuldungsgrenze und der Schuldentilgungspflicht nicht unterwerfen, Gelegenheit gegeben wird, die Lebensversicherung zur Entschuldung zu verwenden. Wenn die Pfandbriefschuldner die Rechte aus dieser Versicherung unter Niederlegung des Versicherungsscheins an die Landschaft abtreten, ist diese ermächtigt, die von den Grundstücksbesitzern vertragsmäßig zu zahlenden Tilgungsbeiträge, statt sie zum Tilgungsfonds zu vereinnahmen, zur Bezahlung der Lebensversicherungsprämien zu verwenden. Auf diese Weise wird für den Fall alsbaldigen Ablebens der Familie die Erhaltung des Grundbesitzes erleichtert. Die Einziehung der Tilgungsbeiträge erfolgt in der üblichen Weise. Die Lebensversicherungsprämien dagegen werden unabhängig von der Einziehung der Tilgungsbeiträge seitens der Landschaft an die Lebensversicherungsanstalt gezahlt, mithin häufig vorgeschossen. Eine Mehrbelastung des Pfandbriefschuldners tritt nicht ein. Die Versicherungssumme ist in der Regel niedriger als die Darlehnssumme — in der Regel um ein Viertel —; wünscht der Besitzer größere oder völlige Entschuldung, so kann er eine höhere Versicherung nehmen, bei der die Prämie die Amortisationsquote übersteigt, sei es in der Form einer ihm frei zur Verfügung stehenden zweiten Lebensversicherung, sei es in der oben geschilderten Weise durch vertragsmäßige Erhöhung des Tilgungsbeitrags.

7. Über Lebensversicherung und Entschuldung der Landwirtschaft s. auch Wallm. VersZ. **46** 1454 ff.

8. Über Lebensversicherung und landwirtschaftlichen Kredit vgl. auch Insurance Monitor **12** 10, MasVersRdsch. **25** 8 ff.

9. VAPV. **12** 105 ff. behandelt die Frage, ob die Beleihung rückkauffähiger Lebensversicherungsscheine zu 90 pCt. des Rückkaufswertes seitens der Sparkassen eine für diese vorgeschriebene völlig sichere Anlage der Bestände enthält.

10. Über Lebensversicherung und Entschuldung des städtischen Hausbesitzes vgl. WallmVersZ. **46** 2345 ff., 2361 ff.: Die Lebensversicherung sei geeignet, bei den Reformbestrebungen hinsichtlich des städtischen Nachhypothekenwesens eine wichtige Rolle zu spielen.

III. Öffentlich-rechtliche Lebensversicherung. 1. Über die Entwicklung und den gegenwärtigen Stand der öffentlich-rechtlichen Lebensversicherung in Deutschland s. MasVersRdsch. **24** 108 ff.

2. Über die Sparkassen als Organe der öffentlich-rechtlichen Lebensversicherung s. Z.VersWes. **13** 398 ff., 414 ff.

IV. Bedingungen. 1. Über die Kriegsversicherungsbedingungen der deutschen Lebensversicherungsanstalten vgl. MasVersRdsch. **24** 65 ff.

2. Über die Kriegsversicherungsbedingungen der in Deutschland tätigen ausländischen Lebensversicherungsgesellschaften vgl. MasVersRdsch. **24** 135 ff.

V. Arzt und Lebensversicherungsgesellschaft. 1. Über die Tätigkeit der zur Erledigung aller Streitigkeiten zwischen Ärzten und Lebensversicherungsgesellschaften gebildeten Kommission vgl. Sammer, Fünf Jahre Arbeit der neuen ständigen Kommission, AssekJahrb. **35** I 110 ff.

2. Über die Mitwirkung des Vertrauensarztes bei Abschluß des Lebensversicherungsvertrags s. zu § 1 VVG. unter II 18.

3. Über das zwischen der österreichischen Ärztekammer und dem Verband der Privatversicherungsanstalten getroffene allgemeine Übereinkommen vgl. ZVersWiss. **13** Rdsch. 207 ff.

4. Vgl. auch zu § 160 VVG.

VI. Wegen der Frage, ob bei Personenversicherung Versicherung für fremde Rechnung möglich ist, s. Lenné, ZVersWiss. **12** 1250 ff., vgl. zu § 74 VVG.

VII. Kollektivpensionsversicherungsvertrag (vgl. JDR. **10** 1305 unter V). 1. **RG.** WallmVersZ. **46** 84. Wenn bei einer von einer gräflichen Hausverwaltung zugunsten ihrer Beamten genommenen Invalidenversicherung bestimmt ist, daß als Invalide derjenige Beamte zu erklären ist, der entweder infolge von Krankheit oder Unfall irgendwelcher Art oder infolge von Abnahme seiner geistigen oder körperlichen Fähigkeiten nach Ansicht der Hausverwaltung nicht mehr imstande ist, seine bisherige Stellung zu bekleiden, so ist der Begriff der Invalidität nicht schlechthin im Sinne des Verlustes der Arbeitskraft und der Erwerbsfähigkeit, sondern lediglich danach zu bestimmen, ob er für die Verwendung im Dienste der Verwaltung noch tauglich ist. Die einmal festgestellte Invalidität ist zwar Voraussetzung des Eintritts der Verbindlichkeit des Versicherers, nicht aber ist die Fortdauer dieser Invalidität Voraussetzung der Fortdauer jener Verbindlichkeit. Die Frage, ob der Beamte weiter dienstunfähig ist, kann der Versicherer nicht aufwerfen, es sei denn, daß die Verwaltung den Beamten wiederanstellt. Darüber aber entscheidet nur die Hausverwaltung. Der Versicherer kann die Leistung nicht deshalb verweigern, weil der Versicherte wieder in der Lage ist, seinen früheren oder einen ähnlichen Posten zu bekleiden. Daß die Invalidenversicherungsrente dadurch einem Ruhegehalt ähnlich wird, steht der Gültigkeit der Vereinbarung nicht entgegen.

2. **RG.** VAPV. **12** Nr. 649, WallmVersZ. **46** 1449, VersAnn. **12** 149, R. **12** Nr. 2433. Sind auf Grund eines allgemeinen Lebens- und Invaliditätskollektivversicherungsvertrags zugunsten von Angestellten eine Reihe von Einzelversicherungs-

verträgen abgeschlossen worden und schreibt der allgemeine Vertrag vor, daß sein Inhalt auch für die Einzelverträge gelten solle, ist aber in diesem allgemeinen Vertrage für den Versicherungsnehmer das Recht vorgesehen, den Abschluß von Nachversicherungsverträgen zu verlangen, so steht dieses Recht auch den Versicherungsnehmern der Einzelverträge zu, ohne daß es darauf ankommt, ob der allgemeine Vertrag noch besteht.

VIII. Die Rechtsverhältnisse der Betriebspensionskassen (vgl. JDR. **10** 1305 unter VI). 1. R. **12** Nr. 973 (Hamburg). Bestimmungen von Pensionskassen und ähnlichen Einrichtungen ,nach denen die Mitglieder bei Beendigung des Dienstverhältnisses ihre Ansprüche an die Pensionskasse verlieren, verstoßen keineswegs ohne weiteres gegen die guten Sitten, selbst wenn sie im Einzelfalle zu Härten führen und selbst wenn der Zweck derartiger Einrichtungen dahin geht, die Arbeiter an die Fabrik zu fesseln.

2. **RG.** ZVersWiss. **13** 547, HansGZ. **13** Beibl. 137, DJZ. **13** 166, R. **13** Nr. 7, **RG. 80** 324, GewA. **12** 116. Die Satzung der von einem Werkbesitzer für seine Arbeiter eingerichteten Versicherungskassen, an welche die Arbeiter einen bestimmten Prozentsatz ihres Lohnes zu entrichten haben, verstößt nicht schon deshalb gegen die guten Sitten, weil für die Bezüge eine bestimmte Wartezeit vorgesehen ist und weil die durch Entlassung als Arbeiter aus der Mitgliedschaft Ausscheidenden jedes Recht gegen die Kasse einbüßen.

3. **RG.** DJZ. **12** 161, R. **12** Nr. 13, JW. **12** 69, ZVersWiss. **12** 480, ZVersWes. **12** 61, VAPV. **12** Nr. 647, WallmVersZ. **45** 599. Die Bestimmung der Satzung einer Betriebs-(Arbeiter-)Pensionskasse, daß die Angestellten der Fabrik infolge ihres Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis auch ihre Ansprüche verlieren, insbesondere auch nicht die Rückerstattung ihrer Beiträge verlangen können, ist nicht unsittlich. Es liegt darin weder eine unbillige Beschränkung in der Koalitionsfreiheit oder Freizügigkeit der Angestellten noch eine unbillige Bereicherung der Kasse selbst.

4. In gleichem Sinne hinsichtlich der Satzung einer Seemannskasse VAPV. **12** Nr. 648 (Hamburg).

5. Zustimmend Petersen, Entscheidungen, ZVersWiss. **13** 547 ff.

6. Über die Prämienentrichtung an Pensionskassen durch Lohnabzüge vgl. zu § 35 VVG. unter I. 6—9.

7. Über die Maßnahmen der für Angestellte errichteten Pensionskassen nach dem Inkrafttreten des Versicherungsgesetzes für Angestellte vgl. VAPV. **13** 99.

8. Über Einkommenssteuer- und Erbschaftssteuerfragen vgl. unter XI.

9. Wegen des die spanischen Arbeiterpensionskassen betreffenden spanischen Gesetzes vom 27. Februar 1908 s. Posada, Die Entwicklung der Gesetzgebung in Spanien in den Jahren 1907—1912, JahrböffRdGegenw. **7** 484 ff.

IX. Sterbekassenversicherung. Anwendbarkeit von § 850 Ziff. 4 ZPO. (vgl. JDR. **10** 1307 unter VII). 1. Hagen, Angestellten- und Lebensversicherung, DJZ. **12** 562. Die Sterbegeldversicherungsverträge gehören zu den Lebensversicherungsverträgen, auf Grund welcher die Angestellten nach § 390 AVG. Befreiung von der Beitragsleistung verlangen können. — Vgl. auch unter X.

2. Über die Beseitigung des Umlageverfahrens bei Sterbekassen vgl. VAPV. **13** 98.

3. PrOVG. **61** 357, RegersE. **33** 154, VAPV. **12** Nr. 686 (PrOVG.). Die Aufsichtsbehörde ist nicht berechtigt, einer privaten Sterbekasse vorzuschreiben, daß beim Tode eines Kindes im ersten Lebensjahr ein Sterbegeld nicht gezahlt werden dürfe.

4. Über Abonnenten-Sterbegeldversicherung vgl. VAPV. **13** 97.

5. Kayser, Über die Pfändung der mit einer großen Versicherungsgesellschaft

abgeschlossenen Sterbekassenversicherung, ZVersWes. **13** 360 ff. a) Die Leistungen der von einer großen Versicherungsgesellschaft geführten Sterbekasse sind insoweit nach § 850 Abs. 4 ZPO. unpfändbar, als sie über den Zweck, zu welchem sie gewährt werden, nicht hinausgehen. Insoweit unterliegen sie auch nicht dem Konkursbeschlag, sind unabtretbar, können nicht mit einem Pfandrechte belastet werden und kann gegen sie keine Aufrechnung stattfinden. Diese Unpfändbarkeit besteht auch dann, wenn infolge der Zugehörigkeit des Verstorbenen zu mehreren Kassen die Gesamtheit der Sterbegelder die Begräbniskosten erheblich übersteigt. b) Der Begriff des Sterbegeldes umfaßt nicht nur die durch den Todesfall entstehenden Kosten, es sollen auch die ärztlichen usw. Kosten gedeckt und die Familie für die erste Zeit nach dem Tode des Ernährers gesichert werden. c) Die Rückkaufsfähigkeit der Versicherung schließt nicht aus, sie als Sterbekassenversicherung zu behandeln. Insoweit ist das Rückkaufrecht aber ebenfalls unpfändbar.

6. VAPV. **12** Nr. 687 (Colmar). Das Pfändungsprivileg des § 850 Ziff. 4 ZPO. greift auch dann Platz, wenn infolge der Zugehörigkeit des Verstorbenen zu einer großen Anzahl von Sterbekassen der Gesamtbetrag der Sterbegelder die Beerdigungskosten weit übersteigt.

7. Vgl. auch zu § 179 VVG. unter IV (Posen).

8. Wegen der Rechtsfähigkeit der Sterbekasse der städtischen Lehrer der Stadt Braunschweig s. BraunschwZ. **11** 119 (Braunschweig).

X. Lebensversicherung und Angestelltenversicherung

1. Hagen, Angestellten- und Lebensversicherung, DJZ. **12** 562 ff. A. Zu den Lebensversicherungsverträgen, auf Grund welcher die Angestellten nach § 390 AVG. Befreiung von Beitragsleistung beantragen können, gehören auch die sog. Sterbegeldversicherungen. Die entgegenstehende Auffassung des Reichsamts des Inneren ist unhaltbar. B. § 390 AVG. kennt keine teilweise Beitragsbefreiung und gestattet, um Härten vorzubeugen, lediglich, eine Erhöhung der privaten Versicherungen auch nach dem Stichtage (dem 5. Dezember 1911) bis zum Inkrafttreten des Gesetzes. Es genügt als Grundlage des Befreiungsantrags ein einziger vor dem 5. Dezember 1911 geschlossener Versicherungsvertrag, gleichviel welcher Art und Höhe; bei der Prüfung, ob die gesetzliche Mindesthöhe der Prämie gewahrt ist, müssen dagegen alle Verträge berücksichtigt werden, die noch bis zum Inkrafttreten des AVG. geschlossen werden.

2. Hecht, Die Auslegung der §§ 390, 393 des Versicherungsgesetzes für Angestellte, ZVersWiss. **13** 731 ff. Sowohl im Falle des § 390 Abs. 1, als auch im Falle des § 390 Abs. 2 kann es sich um mehrere Versicherungen handeln und diese brauchen nicht völlig gleichartig zu sein. Der Lebensversicherungsvertrag kann ferner im Falle des § 390 Abs. 1 in der Zeit zwischen dem 5. Dezember 1911 und dem Inkrafttreten des Gesetzes durch Versicherungserhöhung oder Nachversicherung mit Erhöhung der Prämie auf den erforderlichen Betrag noch zu einem Ersatze für die Angestelltenversicherung gemacht werden. Das Analoge gilt für den Fall des § 390 Abs. 2. In beiden Fällen muß die Lebensversicherung „für" den Angestellten geschlossen sein, sie müssen versichert sein, es genügt nicht, wenn die Lebensversicherungsverträge zugunsten naher Angehöriger — der Frau, der Kinder — abgeschlossen sind. — Durch die nach § 393 vor Eintritt des Todes erfolgende nachträgliche Aufhebung einer als Ersatz anerkannten Lebensversicherung entfällt eine bereits eingetretene Befreiung von der Beitragsleistung nur dann und so lange, als eine Beitragspflicht seitens des Versicherten nach dem Gesetz überhaupt besteht. Eine „Aufhebung" des Versicherungsvertrags liegt nur vor, wenn die Versicherung „erlischt", sei es infolge Ablaufs, Verfalls, Kündigung oder Rückkaufs. Alle sonstigen rechtlichen Veränderungen der Lebensversicherung — die Zession, die unwiderrufliche Bezeichnung eines Dritten als Bezugs-

berechtigten nach § 166 VVG., die Verpfändung, die Pfändung, die Beleihung, die Reduktion der Versicherungsumme, sei es unter Umwandlung der Versicherung in eine prämienfreie, sei es unter Fortzahlung der Prämien — heben die Befreiung von der Beitragsleistung nicht auf.

3. Höckner, Zu §§ 390 ff. des Angestelltenversicherungsgesetzes, ZVersWes. **12** 671 ff. Er zeigt an einigen Beispielen, wie unzweckmäßig und sinnwidrig die Auslegung ist, welche das Direktorium der Reichsversicherungsanstalt den Vorschriften über die Ersatzversicherungen gibt, so z. B. mit der Unterscheidung von Sterbekassen und Todesfallversicherungen, ferner mit der Auslegung, daß es unzulässig sei, die Beitragsbefreiung über den Ablauf der vor dem 5. Dezember 1911 abgeschlossenen Versicherung hinaus durch eine Nachversicherung oder durch eine Vertragsverlängerung auszudehnen.

4. Stolzenthaler, § 390 des Angestelltenversicherungsgesetzes in der Praxis, ZVersWes. **12** 631 ff. A. Zu den unter § 390 fallenden Lebensversicherungen gehören auch Alters-, Renten-, Witwen- und Waisenversicherungen, nicht dagegen reine Unfall- und Unfallinvaliditätsversicherungen, bei denen das versicherte Risiko den natürlichen Tod nicht mitumfaßt. Alle Versicherungen, bei denen der Versicherungsanspruch anderen Personen, als dem Angestellten selbst oder seinen Hinterbliebenen zusteht, sind keine Ersatzversicherungen. Dies gilt selbst dann, wenn dem Angestellten das Recht zusteht, die Begünstigung des Dritten zu widerrufen. Eine genügende Ersatzversicherung liegt auch dann nicht vor, wenn der Angestellte nur auf Grund eines von einem Dritten geschlossenen Versicherungsvertrags widerruflich begünstigt ist. B. Wie für die Angestelltenversicherung, so müßten auch für die Ersatzversicherungen die im § 93 AVG. aufgestellten Grundsätze über die Unabtretbarkeit, Unpfändbarkeit und Konkursbeschlagsfreiheit Platz greifen. C. Die Ersatzversicherungen müssen vor dem 5. Dezember 1911 abgeschlossen sein, können aber bis zur Stellung des Befreiungsantrags und dem Inkrafttreten des Angestelltenversicherungsgesetzes durch Nach- oder Zusatzversicherungen auf die erforderliche Höhe gebracht werden. Nicht erforderlich ist, daß die Nachversicherung bei derselben Gesellschaft und in derselben Versicherungsart und vom Angestellten selbst geschlossen wird. D. Eine den Befreiungsantrag rechtfertigende Ersatzversicherung liegt nicht vor, wenn der Lebensversicherer beim Tode des Angestellten, frühestens aber nach Ablauf einer gewissen Reihe von Jahren ohne Rücksicht auf den etwa vorher eintretenden Tod zu leisten hat.

5. Vgl. auch: die „Grundzüge aus der Übung der Reichsversicherungsanstalt" in deren Amtlichen Nachrichten **13** 129 Nr. 7. Beleihungen und Verpfändungen der Police sind unbeachtlich, die Übertragung der Versicherung dagegen fällt unter die „Aufhebung".

6. Vgl. auch die Beantwortung des Direktoriums der Reichsversicherungsanstalt auf die 12 ihm von der Berliner Handelskammer vorgelegten Fragen über die Auslegung der §§ 390 ff. des Angestelltenversicherungsgesetzes, ZVersWes. **12** 674.

7. Über die bisherige Spruchtätigkeit des Rentenausschusses zu §§ 390—393 AVG. vgl. MasVersRdsch. **25** 243.

8. Über die private Krankenversicherung als Ersatzversicherung für die öffentliche Krankenversicherung vgl. VAPV. **13** 100: sie ist nach § 171 RVO. nur noch möglich für Personen, die in Betrieben oder im Dienste nicht öffentlicher Körperschaften beschäftigt sind.

9. Über die Maßnahmen der für Angestellte errichteten Pensionskassen nach dem Inkrafttreten des AVG. vgl. VAPV. **13** 99.

XI. Stempel-, Steuer- und Gebührenrecht. (Vgl. JDR. **10** 1307 unter VIII.) 1. Wegen der Einkommensteuerpflichtigkeit von Überweisungen

an den Beamtenpensionsfonds eines Lebensversicherungs-Gegenseitigkeitsvereins vgl. VAPV. **12** Anh. 87 (Sächs. OVG.), s. vor §§ 1 ff. VAG. unter IV 4 c.

2. Wegen der Erbschaftssteuerpflicht von Zuwendungen an Arbeiterstiftungen vgl. **RG.** VAPV. **12** Anh. 85, s. vor §§ 1 ff. VAG. unter IV 1 c α.

3. Wegen der Frage der Abzugsfähigkeit von Lebensversicherungsprämien in Preußen (§ 8 II Abs. 1 Nr. 4 EinkStG i. d. F. vom 19. Juni 1906) s. DJZ. **12** 1534 (PrOVG.), vgl. vor §§ 1 ff. VAG. unter IV 2 d.

4. Wegen der Frage der Steuerpflicht von Sterbekassenansprüchen (§ 15 Pr. ErgStG. vom 19. Juni 1906) s. DJZ. **13** 471 (PrOVG.), vgl. vor §§ 1 ff. VAG. unter IV 2 e.

5. Wegen der Frage der Abzugsfähigkeit von Versicherungsprämien zu Militärdienst und Aussteuerversicherungen s. VAPV. **13** Anh. 14 (PrOVG.), vgl. vor §§ 1 ff. VAG. unter IV 2 f.

6. Wegen der Gebührenberechnung bei mehreren gleichartigen Lebensversicherungen s. BayVerwGH. **11** 151, R. **12** 72 (BayVerwGH.), vgl. vor §§ 1 ff. VAG. unter IV 3 a.

7. Über Reichsversicherungsstempel und Lebensversicherung vgl. Greiff, Grundsätzliches und Tatsächliches vom Reichsversicherungsstempel, ZVersWiss. **13** 725 ff., s. oben vor §§ 1 ff. VAG. unter IV 1 a.

8. Wegen des Reichsbesitzsteuergesetzes vom 3. Juli 1913 und der darin getroffenen Bewertung der Ansprüche aus Lebensversicherungen (Kapital- und Rentenversicherungen) vgl. Tecklenburg, HoldheimsMSchr. **13** 287.

9. Über die die Lebensversicherung betreffenden stempel-, steuer- und gebührenrechtlichen Bestimmungen s. auch den 6. Abschnitt des Werkes von Lederle, Die Lebensversicherung (Heidelberg 1913).

XII. Ausländisches Recht. 1. Wegen des italienischen Lebensversicherungsmonopolgesetzes vgl. vor §§ 1 ff. VAG. unter III 9 ff.

2. Über österreichisches Recht vgl. zu § 159 VVG. unter II 1, zu § 166 VVG. unter I 8 (Hamburger), zu § 167 VVG. unter II 1.

3. Über schweizerisches Recht vgl. § 159 VVG. unter II 1 u. 3, zu § 166 VVG. unter I 6 (Rabel), II 10—12 (Pfändungs- und Konkursfragen), zu § 168 (Wiederaufleben des Rechtes des Versicherungsnehmers), zu § 174 unter 3 (Umwandlungsrecht) und zu § 176 unter I 3 e (Rückkaufsrecht) und III 4 u. 5 (Policenbeleihung).

4. Französisches Recht. **a)** Über die Schweigepflicht des Arztes im Versicherungsverkehre s. zu § 160 VVG. unter I 2 a E. **b)** Über die Stellung des begünstigten Dritten s. zu § 166 VVG. unter I 19. **c)** Über die Fremdversicherung s. zu § 159 VVG. unter II 1.

5. Der Entwurf eines niederländischen Gesetzes über den Lebensversicherungsvertrag ist abgedruckt in VersAnn. **12** 86 ff.

6. Spanien. Wegen des die Arbeiterpensionskassen betreffenden span. Gesetzes vom 27. Februar 1908 s. Posada, Entwicklung der Gesetzgebung in Spanien in den Jahren 1907—1912, JahrböffRdGegenw. **7** 484 ff.

§ 159. (Vgl. JDR. **10** 1307.) Literatur: Brecher, Versicherung auf fremden Tod. Wien 1912. — Jasper, Ein Beitrag zur Bedeutung von Nachtragserklärungen bei Lebensversicherungen, ZVersWes. **12** 93 ff.

I. Abschluß des Lebensversicherungsvertrags. 1. Vgl. zu § 1 VVG. unter II.

2. Jasper, ZVersWes. **12** 93 ff. Wenn der Versicherer einen Antrag aus versicherungsmedizinischen Gründen nicht in der gestellten Form annimmt, sich aber zur Annahme unter erschwerenden Bedingungen bereit erklärt (höhere

Prämien, längere Karenzzeit), so liegt darin selbst dann, wenn die Police gleich unter Berücksichtigung der Erschwerungen ausgefertigt wird, nur ein neuer Vertragsantrag, den der Versicherungsnehmer auch konkludent, z. B. durch Einlösung der Police, annehmen kann. Es dürfen aber in dem neuen Vertragsantrag, d. h. in der Police, die Erschwerungen nicht versteckt zum Ausdrucke gebracht worden sein.

3. Über den Lebensversicherungsvertrag bei Verschollenheit des Versicherungsnehmers vgl. unten zu § 171 VVG.

4. Schneider, DJZ. **13** 1450. Ob die Lebensversicherung eines Mündels bei laufender Prämie unter § 1822 Nr. 5 BGB. fällt, ist mit Rücksicht auf § 174 VVG. zweifelhaft.

5. Wegen der Anzeigepflicht hinsichtlich ursprünglicher Gefahrumstände s. zu § 161 VVG.

6. Über die Lebensversicherungspolice s. zu § 3 VVG. unter I 2 und VI 1.

7. Über die Unzulässigkeit des Abschlusses eines Lebensversicherungsvertrags von seiten einer ausländischen in Deutschland lediglich zum Feuerversicherungsbetriebe zugelassenen Gesellschaft mit Personen, die in Deutschland ihren Wohnsitz haben, während eines vorübergehenden Aufenthalts des Versicherungslustigen im Ausland oder im Korrespondenzwege vgl. VAPV. **12** 135.

II. Versicherung auf das Leben eines anderen. (Vgl. JDR. **10** 1308.) 1. Brecher, Versicherung auf fremden Tod. Die Schrift enthält eine erschöpfende Behandlung des Streites über die Zulassung der auf fremden Tod genommenen Lebens- und Unfallversicherung. Nach einem kurzen rechtsgeschichtlichen Überblick (1. Kapitel) behandelt der Verfasser im 2. Kapitel, wie Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung sich zu dem Rechtsinstitut gestellt haben, insbesondere in England, Frankreich und Deutschland. Im 3. Kapitel behandelt Brecher die Stellungnahme der Gesetze und Gesetzentwürfe in Deutschland, Österreich, der Schweiz, Frankreich und Rußland. Im 4. Kapitel nimmt er in einem Ausblicke zu dem Institut selbst Stellung. Besonders bemerkenswert sind die Ausführungen, daß selbst innerhalb des gesetzlich zugelassenen Umfanges die Versicherung für fremdes Leben im Einzelfalle gegen die guten Sitten und daher nichtig sein kann. Die mit der interesselosen Fremdversicherung verbundenen Gefahren werden überzeugend dargetan.

2. Krüger, Pfändungspfandrecht und Lebensversicherung, LeipzZ. **12** 217. Im Falle der Pfändung des Versicherungsanspruchs ist zur Aufrechterhaltung der Versicherung durch den Gläubiger die Einwilligung des Schuldners nicht erforderlich, obwohl dies — insbesondere bei der Überlebensversicherung — leicht zu einer erheblichen Gefährdung desjenigen führen kann, auf dessen Ableben die Versicherung genommen ist.

3. Schultz, Die betreibungs- und konkursrechtliche Verwertung von Lebensversicherungen in der Schweiz, SchweizJurZ. **10** 198 ff. Der Pfändungspfandgläubiger und der Ersteher der Police bedürfen zur Aufrechterhaltung der nunmehr auf fremdes Leben lautenden Versicherung und zur Fortentrichtung der Prämien nicht der Einwilligung des Versicherten.

4. Über die auf Grund von § 159 Abs. 3 VVG. erhobenen Bedenken gegen die Pfändbarkeit des Rechtes, die Wiederinkraftsetzung der Versicherung gegen Nachzahlung des Rückstandes zu verlangen, vgl. VAPV. **13** 122.

III. Kinderversicherung. (Vgl. JDR. **10** 1308.) 1. PrOVG. **61** 357, VAPV. **12** Nr. 686, RegersE. **33** 154 (PrOVG.). Die Aufsichtsbehörde kann aus § 159 Abs. 3 VVG. nicht das Recht herleiten, bei Kindertodesfallversicherungen zu verlangen, daß im ersten Lebensjahr ein Sterbegeld überhaupt nicht bezahlt wird.

2. Über die Person des Berechtigten bei der Aussteuer- und bei der Militärdienstversicherung s. zu § 166 VVG. unter I 17 (Cöln).

§ 160. (Vgl. JDR. **10** 1308.) Literatur: Bauchwitz, Ärztliche Schweigepflicht im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **12** 198 ff. — Böhler, Feilchenfeld, Gottstein, Martius und Schänheimer, Arzt und Privatversicherung, 5 Vorträge Berlin 1912. — SasKisVersZ. **13** 185 ff., Ärztliche Verschwiegenheitspflicht im Versicherungsverkehre.

I. Ärztliche Schweigepflicht. 1. Bauchwitz, Ärztliche Schweigepflicht im Versicherungsverkehr, ZVersWiss. **12** 198 ff. Was der Vertrauensarzt der Versicherungsgesellschaft anläßlich der ärztlichen Untersuchung erfährt, ist ein Privatgeheimnis im Sinne des § 300 StGB. Die Auflage zur Geheimhaltung ergibt sich aus den Umständen, wenn ein erkennbares Interesse an der Geheimhaltung besteht. Die Preisgabe des Geheimnisses ist keine unbefugte, wenn gesetzliche Vorschriften den Geheimnisbruch gebieten — so vor allem im Falle des § 193 StGB. — ihn wenigstens für zulässig erklären oder die Verschwiegenheit mit den berechtigten Interessen Dritter kollidiert, ohne daß die Offenbarung des Geheimnisses vom Rechte ausdrücklich gefordert wird. Die den Geheimnisbruch erfordernden Interessen müssen wichtiger sein, als die die Geheimhaltung erheischenden. Das geldwerte Interesse der Versicherungsgesellschaft ist dem ethischen Interesse des einzelnen an der Geheimhaltung überlegen.

2. Ärztliche Verschwiegenheitspflicht im Versicherungsverkehr, SasKisVersZ. **13** 185 ff. Der Vertrauensarzt des Versicherers ist verpflichtet, an der Hand genau ausgearbeiteter Fragebogen nicht nur die Gesundheitsverhältnisse des Versicherungslustigen selbst genau zu erforschen, sondern auch zu untersuchen, ob und in welchem Maße seine Angehörigen an Krankheiten leiden oder gelitten haben, die ihrer Vererblichkeit wegen auf den Versicherungslustigen übergehen können. Die Mitteilungen, die der Antragsteller selbst über die Gesundheitsverhältnisse seiner Angehörigen dem Arzte macht, fallen zwar unter § 300 StGB., die Offenbarung dieser Mitteilungen von seiten des Arztes an den Versicherer ist aber keine „unbefugte". Ein strafbarer Bruch der Verschwiegenheitspflicht liegt dagegen vor, wenn der Arzt auf Grund früherer nicht in seiner Eigenschaft als Vertrauensarzt des Versicherers vorgenommener Untersuchungen der Angehörigen des Antragstellers genaue Kenntnis über deren Krankheiten erlangt hat und seine Kenntnisse nun in seiner Eigenschaft als Vertrauensarzt dem Versicherer mitteilt. Er ist aber auch in diesem Falle straflos, wenn ihn staatsbürgerliche, sittliche und berufliche Pflichten oder die Wahrnehmung berechtigter Interessen von seiner Verschwiegenheitspflicht entbinden: dies ist nur dann der Fall, wenn die Offenbarungspflicht im einzelnen Falle wichtiger ist als die Verschwiegenheitspflicht. Mit Rücksicht auf das hohe pekuniäre Interesse des Versicherers an völliger Klarheit wird dies oft der Fall sein. — Das französische Recht hat den Ärzten ein absolutes Schweigegebot (secret médical absolu) auferlegt, von welchem nur derjenige entbinden kann, um dessen Krankheit es sich handelt.

3. Im Übrigen vgl. vor §§ 159 ff. VVG. unter V.

II. Über die Unzulässigkeit und Unverbindlichkeit der Bestimmungen in den Antragsformularen, wonach der Versicherungsnehmer für den Fall, daß er sich aus irgendwelchen Gründen binnen 8 Tagen der ärztlichen Untersuchung nicht unterzieht, damit einverstanden ist, daß sein Antrag als ein solcher auf Lebensversicherung ohne ärztliche Untersuchung gilt, und über die Verbindung gleichzeitiger Anträge auf Versicherung mit ärztlicher Untersuchung und — falls sich der Antragsteller der ärztlichen Untersuchung entzieht — auf Versicherung ohne ärztliche Untersuchung vgl. VAPV. **13** 122.

§ 161. 1. Pflicht ursprünglicher Gefahranzeige, VAPV. **13** Nr. 761 (Königsberg). Es ist für die Gefahrübernahme bei einem Vertrage, nach welchem der Versicherer im Falle eines Selbstmordes haftet, erheblich, daß der Versicherer von einem Versuche des Versicherten, sich mit einer Morphiumlösung zu vergiften, von der dadurch veranlaßten Gesundheitsstörung und der ärztlichen Behandlung erfährt. Verschweigt der Versicherungsnehmer diese Umstände, obwohl sie nur $1^3/_4$ Jahre zurückliegen, so liegt darin eine arglistige Täuschung, die den Versicherer nach § 123 BGB. zur Anfechtung berechtigt. Daß der Vermittelungsagent den Selbstmordversuch kannte und für unerheblich hielt, ist nach § 44 VVG. gleichgültig.

2. Vgl. auch Petersen, Entscheidungen, ZVersWiss. **13** 536 ff.

§ 162. Vgl. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehr, ZVers. Wiss. **13** 297.

§ 163. (Vgl. JDR. **10** 1308.) Literatur: Fuld, Unanfechtbare Policen, AssekJahrb. **34** I 24 ff.

1. Fuld, Unanfechtbare Policen, AssekJahrb. **34** I 24 ff. Die Unanfechtbarkeitsklausel wirkt, sofern ihre Wirkung in der Police nicht unzweideutig auf die bezugsberechtigten Dritten beschränkt ist, auch zugunsten des Versicherungsnehmers selbst. Wenn die Police besagt, „im Sterbefalle kann die Police aus keinerlei Gründen mehr beanstandet werden", so ist gemeint, in jedem Falle der Auszahlung des Versicherungswertes solle die Police unanfechtbar sein. Durch die Unanfechtbarkeitsklausel wird sowohl das Rücktrittsrecht nach den besonderen versicherungsrechtlichen Vorschriften, als auch das Rücktrittsrecht nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (Einrede des Irrtums) ausgeschlossen. Die Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums nach BGB. ist schon durch die vertraglichen und, soweit solche nicht vorliegen, durch die gesetzlichen Vorschriften über die rechtlichen Folgen einer Verletzung der Anzeigepflicht ersetzt: nur im Falle arglistiger Täuschung über Gefahrumstände (§ 22 VVG.) ist die Vertragsanfechtung nachgelassen, nicht aber für den Fall des Irrtums. Im Falle arglistiger — nicht bloß der betrügerischen — Verletzung vertraglicher Verpflichtungen kann sich der Versicherungsnehmer auch nicht auf die Unanfechtbarkeitsklausel berufen. Eine „arglistige Täuschung" liegt nur dann vor, wenn sie vom Versicherungsnehmer beabsichtigt und geeignet war, den Versicherer in Irrtum zu versetzen, der Versicherungsnehmer auch wußte, daß der Versicherer den Vertrag nicht abschließen würde, wenn er wahrheitsentsprechende Auskunft erhielte. Der Versicherer kann sich aber auf die arglistige Täuschung nicht berufen, wenn er den wahren Sachverhalt kannte. Nicht ist Voraussetzung für den Begriff der „Arglist" die Absicht, die Gesellschaft zu schädigen, oder auch nur das Bewußtsein einer solchen Schädigung. Die Beweislast für das Vorliegen einer Arglist trifft den Versicherer.

2. Über die Unanfechtbarkeit der Lebensversicherungsverträge vgl. auch den Bericht Broeckers über den VII. Internationalen Kongreß für Versicherungs-Wissenschaft, ZVersWiss. **12** 1263 ff. unter III.

3. **RG.** VAPV. **12** Nr. 644[2], WallmVersZ. **45** 2118, SaskisVersZ. **12** 156. Wenn in den Bedingungen bestimmt ist, daß nach Ablauf des ersten Versicherungsjahrs die Unanfechtbarkeit der Police überhaupt keine Ausnahme mehr erleide, „dergestalt, daß im Sterbefalle" die versicherte Summe bedingungslos zu zahlen sei, so bezieht sich die Unanfechtbarkeit nicht nur auf den Sterbefall, sie gilt auch zugunsten des Versicherungsnehmers selbst, der Sterbefall ist nur als ein Anwendungsfall aufgeführt. Dies gilt um so mehr, wenn in einem Prospekte die Unanfechtbarkeit nach einem Jahre hervorgehoben wird ohne jede Andeutung, daß sich die Unanfechtbarkeit auf den Sterbefall beschränken soll.

4. Zustimmend Petersen, Entscheidungen, ZVersWiss. **13** 548.

§ 164. (Vgl. JDR. **10** 1309.) Literatur: Josef, Lebensgefahr und Amtspflicht, GesuR. **14** 11 ff.

1. Über den Einfluß der Teilnahme an einer Luftfahrt auf die Versicherung vgl. Weck, Deutsches Luftrecht, 301—305.

2. Über die Unanwendbarkeit der §§ 23 ff. auf Krankenversicherungsvereine auf Gegenseitigkeit vgl. oben unter § 23 I VGB.

3. Über Gefahrerhöhung durch Säuferwahnsinn vgl. Petersen, ZVersWiss. **13** 548.

§ 165. (Vgl. JDR. **10** 1309.) Literatur: Kirchmann, Die Höchstpersönlichkeit des Kündigungsrechts in der Praxis der Lebensversicherungs-Gesellschaften, ZVersWes. **13** 77 ff. — Kayser, Das Recht auf Prämienzahlung und die Höchstpersönlichkeit des Kündigungsrechts in der Lebensversicherung, ZVersWes. **13** 136 ff. — Sachsse, Darf der Pfändungsgläubiger die gepfändete Lebensversicherung zurückkaufen? ZVersWes. **13** 39 ff.

1. Kirchmann, ZVersWes. **13** 77 ff. Der Aufsatz enthält das Ergebnis einer Rundfrage an die beteiligten Gesellschaften. Die weit überwiegende Mehrheit der Gesellschaften erkennt in ihrer Praxis an, daß das Kündigungs- und Rückkaufsrecht nicht höchstpersönlich ist. Von denjenigen Gesellschaften, welche die Höchstpersönlichkeit des Kündigungsrechts behaupten, nimmt die eine Hälfte an, daß immerhin der Konkursverwalter gleichwohl zur Kündigung und zum Rückkaufe berechtigt sei, und dem Vollzessionar — im Gegensatze zum Sicherheitszessionar — räumen alle mit einer einzigen Ausnahme das Kündigungs- und Rückkaufsrecht ein. Ist „die Versicherung" gepfändet, so gesteht eine schwache Mehrheit dem Pfändungspfandgläubiger das Kündigungsrecht zu; diese Mehrheit wird aber noch bedeutend größer, wenn alle diejenigen Gesellschaften hinzugezählt werden, die einer Kündigung und einem Rückkaufsantrage des Pfändungspfandgläubigers dann stattgeben, wenn diese Rechte ausdrücklich mitgepfändet und mitüberwiesen werden.

2. Zustimmend Kayser, ZVersWes. **13** 136 ff. Das Kündigungsrecht und das Rückkaufsrecht sind nicht höchstpersönlich und nicht unpfändbar. Die Prämienzahlung ist kein Recht, sondern eine Pflicht. Ein „Recht" des Versicherungsnehmers wird also durch die Anerkennung der Pfändbarkeit des Kündigungsrechts nicht illusorisch gemacht.

3. Sachsse, ZVersWes. **13** 39 ff. Der Verfasser widerlegt ausführlich und mit guter Begründung die von den Verfechtern der Höchstpersönlichkeit des Rückkaufsrechts vorgebrachten wirtschaftlichen und rechtlichen Bedenken gegen die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des Rückkaufsrechts. Das Rückkaufsrecht ist ein besonders geartetes Kündigungsrecht. Und dieses ist kein selbständiges, neben der Versicherungsforderung stehendes Recht, sondern haftet an ihr. Mit der Pfändung und Überweisung geht auch das Rückkaufsrecht auf den Pfandgläubiger über und kann nunmehr von ihm ausgeübt werden.

4. Krüger, Pfändungspfandrecht und Lebensversicherung, LeipzZ. **12** 219 ff. Das Kündigungsrecht nach § 165 Abs. 1 VVG. kann nicht gepfändet werden und zwar weder bei rückkaufsfähigen Lebensversicherungen (§ 176 VVG.), noch bei den noch nicht rückkaufsreifen Lebensversicherungen. Dies beruht nicht auf einem „höchstpersönlichen Charakter" des Kündigungsrechts, sondern ergibt sich daraus, daß es kein Vermögensrecht ist, selbst keinen Geldwert hat — obwohl es die Entstehung des Rückkaufsanspruchs zur Folge hat — und von der Person des Versicherungsnehmers nicht getrennt werden kann. Das gleiche gilt von dem Kündigungsrechte des § 165 Abs. 2 VVG.

5. Über die Kündigung „mittels eingeschriebenen Briefes" s. zu § 1 VVG. unter IV 1 (RG.).

6. Über die Berechnung der Kündigungsfrist (§ 193 BGB.) s. zu § 1 VVG. unter IV 2 (LG. Berlin I).

7. Über das Kündigungsrecht des Versicherers vgl. zu § 175 VVG.

§ 166. (Vgl. JDR. **10** 1309.) Literatur: Geller, Versprechen und Zuwendungen für Dritte, ÖstZBl. **12** 1 ff. — Hamburger, Erbrechtliche Probleme im Versicherungsverkehre, AÖGZ. **12** 41 ff., 49 ff., 161 ff. (s. zu § 167 VVG.). — Jasper, Die Verpfändung von Lebensversicherungspolicen, ZVersWes. **12** 5 ff. — Josef, Versprechen der Leistung an Dritte nach dem Tode des Versprechensempfängers, insbesondere bei der Lebensversicherung, GruchotsBeitr. **57** 564 ff. — Kirchmann, Wesen und Wirkung der unwiderruflichen Bezugsberechtigung, ZVersWiss. **13** 449 ff. — Derselbe, Die Inhaberklausel in den Normativbedingungen der in Deutschland arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften (§ 17), LeipzZ. **13** 188 ff., 271 ff., 367 ff. (s. zu § 3 VVG.). — Derselbe, Einiges aus der Praxis der Lebensversicherungsgesellschaften im Konkursfalle des Versicherungsnehmers, LeipzZ. **14** 131 ff. — Derselbe, Die Lebensversicherung im Konkurse des Versicherungsnehmers, LeipzZ. **12** 614 ff., 901. — Krüger, Pfändungspfandrecht und Lebensversicherung, LeipzZ. **12** 216 ff. — Lehmann, Wann untersteht ein Vertrag zugunsten Dritter den Vorschriften über die Schenkung auf den Todesfall? ABürgR. **36** 82 ff. u. 94 ff. — Rabel, Streifgänge im schweizerischen Zivilgesetzbuche, RheinZ. **12** 135 ff., bes. 185 ff. — Schultz, Die betreibungs- und konkursrechtliche Verwertung von Lebensversicherungen in der Schweiz, SchweizJurZ. **10** 198 ff. — Zeigner, Der Einfluß des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers oder des Begünstigten auf privatrechtliche Lebensversicherungsverhältnisse, ZVersWiss. **13** 480 ff. u. 654 ff. — Zeißig, Einfluß des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers auf einen schwebenden Lebensversicherungsvertrag nach dem deutschen Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 (Diss.). Borna-Leipzig 1912. — SaskisVersZ. **13** 149 ff., Erwerb von Ansprüchen aus Lebensversicherungsverträgen.

I. Das Recht des Versicherungsnehmers und das des Begünstigten (vgl. JDR. **10** 1309 ff.).

1. Der in JDR. **10** 1219 und 1309 ff. zu § 14 und 166 VVG. besprochene Aufsatz von Zeigner, Der Einfluß des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers oder des Begünstigten auf privatrechtliche Lebensversicherungsverhältnisse, ist in ZVersWiss. **13** 480 ff. und 654 ff. in etwas gekürzter Gestalt erschienen.

2. Erwerb von Ansprüchen aus Lebensversicherungsverträgen, SaskisVersZ. **13** 149 ff. Der bezugsberechtigte Dritte hat vor Eintritt des Versicherungsfalls kein Recht, sondern nur eine rechtlich bedeutungslose Anwartschaft. Sollen bereits zu Lebzeiten des Versicherten die Versicherungsansprüche einer anderen Person als dem Versicherten zustehen, so bieten sich hierfür nur folgende Wege: a) derjenige, dem die Ansprüche zustehen sollen, schließt den Vertrag als Versicherung auf fremdes Leben ab; b) demjenigen, dem die Ansprüche zustehen sollen, wird eine „unwiderrufliche Bezugsberechtigung" eingeräumt. Dann kann nur durch gemeinschaftliche Erklärung des Versicherungsnehmers und des Bezugsberechtigten über die Versicherungsansprüche verfügt werden. Zur Konkursmasse des Versicherungsnehmers gehören sie nicht. Ist aber die Ehefrau des Versicherungsnehmers die Bezugsberechtigte, so muß, wenn die Ehegatten in einem der Gemeinschaftsgüterstände leben, mit Rücksicht auf § 2 KO. die Versicherung außerdem noch für Vorbehaltsgut erklärt sein; c) der Versicherungsnehmer tritt seine Rechte aus dem Versicherungsvertrag ab. Soll der Dritte nur gesichert werden, so ist eine Verpfändung zweckmäßiger.

3. Josef, GruchotsBeitr. **57** 564 ff. A. Er wendet sich gegen die Ausführungen Ecksteins in GruchotsBeitr. **55** 751 ff. Aus § 166 VVG. ergibt sich die Absicht des Gesetzgebers, festzusetzen, daß bis zum Eintritte der Fälligkeit der Leistung des Versicherers der Versicherungsnehmer der alleinige Gläubiger ist und daß dem begünstigten Dritten bis dahin nur eine wesenlose Anwartschaft zusteht. Danach sind Verfügungen, die der Dritte vor Fälligkeit des Anspruchs vornimmt, wirkungslos, der Anspruch unterliegt bis dahin nicht dem Zugriffe der Gläubiger des Dritten. Doch kann dieser, da sich aus dem vorliegenden Rechtsverhältnisse schon jetzt mittelbare Wirkungen auf das Verhältnis zwischen ihm

und dem Versicherer ergeben, unter den Voraussetzungen des § 256 ZPO. die Feststellung der Rechtswirksamkeit des Vertrags verlangen. B. Ist die Bestimmung des Bezugsberechtigten, welche regelmäßig aus Freigebigkeit gegen diesen erfolgt, ohne dessen Willen geschehen, so bedarf der Abschluß der Schenkung als solcher und gegenüber dem Dritten einer Annahme von seiner Seite. Und da der Dritte das Gläubigerrecht nicht schon mit dem Vertragsschlusse, sondern erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers erwirbt, so kann er die Erklärung über Annahme und Ablehnung grundsätzlich erst nach diesem Zeitpunkte dem Erben gegenüber abgeben. Eine Ablehnung, die vor jenem Zeitpunkte dem Erblasser gegenüber erfolgt, ist aber dennoch wirksam, da auch der Verzicht auf ein erst zu erwerbendes Recht rechtliche Folgen hat. C. Daraus, daß der Dritte das Recht erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers erwirbt, folgt, daß im Konkurs über dessen Nachlaß diese Zuwendung anfechtbar ist, wenn der Tod innerhalb der maßgebenden (ein- oder zweijährigen) Frist vor der Konkurseröffnung eingetreten ist. Wird der Konkurs bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers eröffnet, so bedarf es, da der Dritte hier noch kein Recht erworben hatte, keiner Anfechtung, es sei denn, daß dem Dritten im Lebensversicherungsvertrag ein von sofort wirksames unentziehbares Recht eingeräumt, die Anwendung des § 166 VVG. also ausgeschlossen ist. D. Da die Frage nach der Rechtsstellung des Dritten durch § 166 VVG. für die Lebensversicherung geregelt ist, so bedarf es für diese keiner Heranziehung des § 331 Abs. 1 BGB., wonach der Dritte, wenn die Leistung erst nach dem Tode des Versprechensempfängers zu bewirken ist, das Recht erst mit diesem Zeitpunkt erwirbt.

4. Kirchmann, Wesen und Wirkung der unwiderruflichen Bezugsberechtigung, ZVersWiss. **13** 449 ff. Für die Bezugsberechtigung des Lebensversicherungsrechts ist es charakteristisch, daß sie frei widerruflich ist. Dem Versicherungsnehmer stehen daher nach wie vor alle Rechte aus dem Vertrage zu. Seine Gläubiger können diese Rechte pfänden. Der Begünstigte dagegen hat nur eine rechtlich wesenlose Anwartschaft auf ein künftiges Recht. Die Begünstigung selbst ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Versicherungsnehmers. Wenn dieser der Gesellschaft schreibt, er bezeichne jemanden unwiderruflich als Bezugsberechtigten, so ist die Begünstigung unwiderruflich, auch wenn er die Unwiderruflichkeitserklärung noch nicht in den ihm vom Versicherer zur Verlautbarung der Unwiderruflichkeit zugesandten Versicherungsschein eingetragen hat. Unklare, zweideutige Begünstigungen sind unwirksam. Wenn es auch im § 15 Abs. 1 Ziff. 3 der AVB. heißt, der Begünstigte erwerbe ein sofortiges und unwiderrufliches Recht auf die Versicherungsleistungen, wenn der Versicherer auf Antrag des Versicherungsnehmers auf dem Versicherungsscheine vermerke, daß der Widerruf ausgeschlossen sei, so hat der Policenvermerk doch nur formelle Bedeutung. Es genügt ferner, wenn die Begünstigungserklärung dem Agenten gegenüber abgegeben wird. Durch die unwiderrufliche Bezugsberechtigung verliert der Versicherungsnehmer den Anspruch auf die vertraglichen Leistungen, die sonstigen Rechte, insbesondere das Kündigungs-, Umwandlungs- und Rückkaufsrecht, verbleiben ihm, wenn auch mit der Folge, daß der Rückkaufswert nur an den Begünstigten ausgezahlt werden kann. — Der unwiderruflich Bezugsberechtigte kann den Anspruch auf die Versicherungsleistungen abtreten und verpfänden, seine Gläubiger können diesen Anspruch bei ihm pfänden. Eine vertragsmäßige Abrede zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Begünstigten, wonach das Recht des Begünstigten erlöschen soll, sobald er es belastet oder veräußert, ist wirksam. Das Kündigungsrecht und das Recht, die Umwandlung der Versicherung in eine prämienfreie zu verlangen, stehen dem Begünstigten nicht zu. Trotz der Begünstigung bleibt der Versicherungsnehmer der Vertragsgegner des Versicherers. An ihn sind daher Mahnungen und Kündigungen zu richten.

5. Geller, Versprechen und Zuwendungen für Dritte, ÖstZBl. **12** (30) 1 ff.

Die §§ 328 ff. BGB. sind gesetzgeberisch verfehlt. Die Vertragschließenden im Versicherungsverkehr haben darüber, ob das Recht des Dritten sofort und ob es unmittelbar entstehen soll, niemals einen ausgeprägten Willen.

6. Rabel, Streifgänge im schweizerischen Zivilgesetzbuch, RheinZ. **12** 135 ff., bes. 185 ff. a) Nicht zum Nachlasse des Versicherungsnehmers gehört der Anspruch auf die Lebensversicherungssumme aus dem zugunsten eines Dritten geschlossenen Versicherungsvertrage. Der Versicherungsnehmer ist nach Art. 76, 77 nicht nur bei Kapitalversicherungen — wie § 166 VVG. vorschreibt — sondern auch bei Rentenversicherungen im Zweifel zur Benennung eines anderen als Begünstigten berechtigt, es sei denn, daß der Versicherungsnehmer in der Police auf den Widerruf unterschriftlich verzichtet und die Police dem Begünstigten übergeben hat. Eine Zuwendung an Dritte, nicht an den Nachlaß liegt vor, wenn die Versicherung zugunsten der Erben genommen wird. Der Anspruch auf die Versicherungssumme entsteht mit dem Tode des Erblassers für den Dritten als eigenes Recht (Art. 78 VVG.). b) Art. 563 Abs. 2 des schweiz. ZGB. („Ist ein Versicherungsanspruch auf den Tod des Erblassers vermacht, so kann ihn der Bedachte unmittelbar geltend machen.") hat nicht den Fall der Begünstigung im Auge, sondern den des Vermächtnisses, spricht dem Vermächtnis aber ausnahmsweise dingliche Wirkung zu. c) War der Vertrag von Anfang an zugunsten eines Dritten abgeschlossen, so kann mit der konkursmäßigen und der außerkonkursmäßigen Anfechtung nicht die Rückgewähr der ganzen Versicherungssumme, aber auch nicht nur die Rückgewähr der innerhalb der Fristen gezahlten Prämien verlangt werden, sondern die Rückgewähr des Rückkaufswertes. Unanfechtbar ist die Begünstigung von Ehegatten oder Nachkommen selbst, da der Versicherungsanspruch hier unpfändbar ist (Art. 80) und dem Konkurs entzogen werden kann (Art. 81). d) An Stelle der Regelung in den §§ 2325 ff. BGB. schreibt Art. 476 ZGB. vor: Ist ein auf den Tod des Erblassers gestellter Versicherungsanspruch mit Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen zugunsten eines Dritten begründet oder bei Lebzeiten des Erblassers unentgeltlich auf einen Dritten übertragen worden, so wird der Rückkaufswert des Versicherungsanspruchs im Zeitpunkte des Todes des Erblassers zu dessen Vermögen gerechnet. Bei gemischter Versicherung ist nur der Rückkaufswert der Versicherung auf den Todesfall heranzuziehen, derjenige der nicht aktuell gewordenen Versicherung auf den Erlebensfall dagegen auszuschalten. Dies gilt, gleichviel ob die Begünstigung ursprünglich oder nachträglich erfolgt ist, ob sie widerruflich ist oder nicht, ob die Prämien exzessiv waren oder nicht, gleichviel ob die Bezeichnung des Dritten innerhalb der 5 jährigen Frist des Art. 527 — diese entspricht der 10 jährigen Frist des § 2325 BGB. — erfolgt ist oder nicht.

7. Lehmann, Wann untersteht ein Vertrag zugunsten Dritter den Vorschriften über die Schenkung auf den Todesfall? ABürgR. **36** 82 ff., 94 ff. Der Verfasser prüft die außerordentliche erbrechtliche Tragweite der Verträge zugunsten Dritter. Er behandelt insbesondere auch den Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter. Er macht mit Recht darauf aufmerksam, daß infolge der Unmittelbarkeit des Rechtserwerbes des Dritten und infolge des beschränkten konkursmäßigen und außerkonkursmäßigen Anfechtungsrechts eine Verfügung in der Form eines Lebensversicherungsvertrags zugunsten eines Dritten ein sicheres Mittel bietet, um die Gläubiger zu prellen. Angesichts dieser Konsequenz könne eine in einem Vertrage zugunsten Dritter enthaltene Verfügung als wirksam nur anerkannt werden, soweit es sich nicht materiell um ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall handle.

8. Hamburger, Erbrechtliche Probleme im österreichischen Versicherungsrecht, AÖGZ. **12** 41 ff., 49 ff., 161 ff. Ist ein Begünstigter nicht vorgesehen, so gehört die Lebensversicherungssumme zum Nachlaß und zur Nachlaßkonkursmasse.

9. SächsRpflA. **12** 271 (Dresden). Die Lebensversicherungssumme bei einer nicht zugunsten eines Dritten geschlossenen Versicherung gehört zum Nachlasse.

10. **RG.** R. **12** Nr. 1949, 1950, LeipzZ. **12** 934. War der Versicherungsvertrag nicht zugunsten eines Dritten abgeschlossen, so können die Rechte aus der Versicherung nur dem Versicherungsnehmer zustehen. Der mit dem Tode entstehende Anspruch auf die Versicherungssumme gehört dann zum Nachlaß und fällt den Erben als solchen — nicht als bezugsberechtigten Dritten — zu.

11. **RG.** R. **13** Nr. 1888, VersAnn. **13** 61, WarnE. **13** Nr. 135 Saskis VersZ. **13** 14. Tritt bei einer Lebensversicherung zugunsten der Ehefrau der Versicherer in kein Vertragsverhältnis zu der bedachten Person — sei es, weil die Satzung dies nicht zuläßt, sei es, weil sich der Versicherungsnehmer bis zu seinem Tode die freie Verfügung vorbehalten hat, — so ist die bedachte Person an die Verfügungen des Versicherungsnehmers, insbesondere an Abtretungen und Verpfändungen, gebunden.

12. WallmVersZ. **46** 1868, HansGZ. **12** Beibl. 155 (Hamburg). Eine Versicherungssumme, die nach dem Tode des Versicherungsnehmers an einen Dritten zu zahlen ist, gehört nicht zum Nachlasse des Versicherungsnehmers. Eine nach § 2325 BGB. ausgleichungspflichtige Schenkung liegt deshalb nicht vor. Dies gilt auch hinsichtlich der Prämien, auch sie sind dem Dritten nicht geschenkt. Es ist rechtlich unhaltbar, zu sagen, in dem Versicherungskapital steckten die Prämien.

13. Hiergegen Petersen, Entscheidungen, ZVersWiss. **13** 545, 546.

14. KGBl. **13** 83 (KG.). Der Grundsatz des § 331 BGB., daß bei den zugunsten eines Dritten geschlossenen Todesfallversicherungen der Dritte im Zweifel erst mit dem Tode ein Recht auf die Leistung des Versicherers erlangt, gilt auch für die unter dem PrALR. geschlossenen Versicherungen.

15. **RG.** VAPV. **12** Nr. 665. Der Bezugsberechtigte erwirbt den für den Todesfall vorgesehenen Anspruch unmittelbar auf Grund des Vertragsschlusses, er erwirbt ihn nicht aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers.

16. Über den Erwerb des Rechtes von seiten des Begünstigten vgl. auch Hamburger, Erbrechtliche Probleme im Versicherungsverkehr, AÖGZ. **12** 41 ff., 49 ff., 161 ff., s. zu § 167 VVG.

17. OLG. **24** 298 (Cöln). Bei der Aussteuerversicherung und bei der Militärdienstversicherung ist der Wille des Versicherungsnehmers im Zweifel darauf gerichtet, ein Kapital anzusammeln, um beim Eintritte des Versicherungsfalls zur Bestreitung der damit verbundenen Ausgaben gerüstet zu sein. Vor allen Dingen will er die Verfügung über das Versicherungskapital behalten. Im Zweifel ist er daher zur Einziehung der Versicherungssumme berechtigt.

18. KGBl. **13** 83 (KG.). Der Grundsatz des § 331 BGB. findet auch Anwendung, wenn die Lebensversicherungssumme mit dem Todesfall, eventuell aber schon mit dem zeitlich genau bestimmten Erlebensfalle fällig wird.

19. RheinZ. **13** 390, ElsLothZ. **13** 576, LeipzZ. **13** 876 (Colmar). Bei einer sich nach dem Code civil beurteilenden Lebensversicherung auf den Todesfall des Versicherungsnehmers erlangt der als bezugsberechtigt Bezeichnete durch die Bezeichnung noch keine unentziehbaren Rechte, der Versicherungsnehmer bleibt bis zu seinem Tode voll verfügungsberechtigt.

20. KGBl. **13** 83 (KG.). Das Widerrufsrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Versicherungsnehmer dem Begünstigten gegenüber ausdrücklich oder konkludent auf sein Widerrufsrecht verzichtet. Zum Verzicht auf das Widerrufsrecht bedarf es vielmehr des Vertrags mit dem Versicherer.

21. KGBl. **13** 83 (KG.). Wenn die Drittbegünstigung unwiderruflich ist, ist im Zweifel anzunehmen, daß das Recht des Begünstigten sofort entstehen solle, daß er nicht bloß eine Anwartschaft haben soll.

22. Vgl. auch unter II 2.

II. Einfluß der Eröffnung des Konkurses zum Vermögen des Versicherungsnehmers oder des Begünstigten. (Vgl. JDR. **10** 1312 ff.) 1. Über Zeigner s. oben unter I 1.

2. Kirchmann, Die Lebensversicherung im Konkurse des Versicherungsnehmers, LeipzZ. **12** 614 ff., 901. Wenn ein Dritter unwiderruflich als Bezugsberechtigter bezeichnet ist, so ist die Versicherung für die Konkursmasse des Versicherungsnehmers wertlos. Dagegen hat der Dritte bei widerruflicher Begünstigung nur eine Anwartschaft, eine rechtlich wertlose Hoffnung. Dies gilt sowohl bei der reinen Todesfallversicherung (§ 331 BGB.), als auch bei der Erlebensfallversicherung und bei der gemischten, für Erlebens- und Todesfall genommenen Versicherung. Widerruft der Konkursverwalter nach § 6 KO. die Begünstigung und tritt dann der Versicherungsfall ein, so gehört die Versicherungssumme zur Masse. Mit dem Eintritte des Versicherungsfalls wird dagegen die Begünstigung unwiderruflich und es gehört die Versicherungssumme dem Dritten. Das Widerrufsrecht ist kein „höchstpersönliches Recht", sondern gehört zur Konkursmasse. Wenn der Verwalter nicht widerruft, aber nach § 17 KO. die Vertragserfüllung ablehnt, so fällt die Versicherungssumme dem Begünstigten zu. Durch die Erfüllungsablehnung scheidet die Versicherung aus der Konkursmasse überhaupt aus. Anders, wenn der Verwalter mit der Erfüllungsablehnung das Verlangen verbindet, den Rückkaufswert auszuzahlen. Dieser, wie auch die etwa infolge des Eintritts des Versicherungsfalls vor dem Rückkaufstermine verfallende Versicherungssumme, gehören dann aber dem begünstigten Dritten. Sollen diese Summen nicht ihm anfallen, so muß der Verwalter die Begünstigung vor dem Eintritte des Versicherungsfalls oder des Rückkaufstermins widerrufen. Auch das Recht, durch Kündigung der Lebensversicherung die Fälligkeit des Rückkaufswerts herbeizuführen, ist pfändbar und gehört zur Konkursmasse. Das gilt auch für das Recht, die Umwandlung der Versicherung in eine prämienfreie zu verlangen, und für das Recht, die Police beleihen zu lassen, und von dem dann gewährten Policendarlehn selbst. Diese Policendarlehnssummen braucht der Versicherer im Konkurse nicht anzumelden, er verrechnet sie vielmehr später ohne weiteres auf die Versicherungssumme oder den Rückkaufswert. Auch eine Anmeldung von Prämienansprüchen findet nicht statt, denn der Versicherer hat grundsätzlich kein klagbares Recht auf die Prämien. Die konkursmäßige Anfechtung (§§ 30—32 KO.) des zugunsten eines Dritten geschlossenen Vertrags ist völlig aussichtslos (!) Auch eine Anfechtung der einzelnen Prämienzahlungen ist ganz undenkbar (!), ebenso eine Anfechtung der Auszahlung der Versicherungssumme.

3. Kirchmann, Einiges aus der Praxis der Lebensversicherungsgesellschaften im Konkursfalle des Versicherungsnehmers, LeipzZ. **14** 131 ff. A. Der Konkurs hindert den Gemeinschuldner nicht, einen neuen Lebensversicherungsvertrag zu schließen. Die Versicherung gehört dann nicht zur Masse. B. a) Bei den vor der Konkurseröffnung geschlossenen zur Masse gehörigen Lebensversicherungen sind etwaige rechtsgeschäftliche Erklärungen des Versicherers dem Konkursverwalter gegenüber abzugeben, so z. B. Prämienmahnungen und Kündigungen. Dies gilt auch dann, wenn der Versicherer von dem Konkurse des Versicherungsnehmers nichts erfährt. Die Versicherung bleibt dann gleichwohl bestehen. Nur kann der Versicherer gegebenenfalls sämtliche rückständige Prämien von der auszuzahlenden Versicherungssumme kürzen. Zahlt er in Unkenntnis des Konkurses an den Versicherungsnehmer, so muß er nochmals an die Masse zahlen. b) Der Versicherer kann sich gegen die hierin liegenden Gefahren durch die Inhaberpolice schützen. Dann braucht er nur gegen Vorlegung der Police zu leisten. Verfügungen des Versicherungsnehmers über die Ansprüche aus der Versicherung sind der Masse gegenüber unwirksam. c) Die Ausübung aller Rechte aus der Versicherung steht jetzt dem Verwalter zu. d) Dem Konkursverwalter steht insbesondere auch das Rückkaufsrecht

zu. e) Die Gesellschaft wird durch den schwebenden Konkurs nicht gehindert, dem Versicherungsnehmer eine Stundung der Prämien zu gewähren dergestalt, daß die sich an die Stundung knüpfenden nachteiligen Folgen auch gegenüber der Masse wirken. Das Eigentum an der Police gehört nach § 952 BGB. zur Masse. Der Verwalter kann aber dann, wenn der Versicherungsnehmer die Police dem Versicherer nur zu bestimmten Zwecken, z. B. zur Anfertigung eines Nachtrags, anvertraut hatte, die Herausgabe der Police von dem Versicherer nicht fordern, denn diese ist nicht selbständige Besitzerin.

4. **RG.** LeipzZ. **12** 934, R. **12** Nr. 1950. Hat der Konkursverwalter von dem Bestehen eines Lebensversicherungsvertrags Kenntnis, sieht er aber von einer näheren Prüfung des Sach- und Rechtsverhältnisses ab, läßt er insbesondere unerörtert, ob der begünstigte Dritte schon Rechte erworben hat, läßt er es weiter geschehen, daß die Police jahrelang im Besitze des Gemeinschuldners bleibt und daß dieser die Prämien weiter bezahlt, so liegt darin eine Freigabe der Versicherung zugunsten des konkursfreien Vermögens des Gemeinschuldners. Diese Freigabeerklärung ist auf jeden Fall dann nicht mehr widerruflich, wenn der Gemeinschuldner über das freigegebene Recht weiter verfügt hat.

5. R. **12** Nr. 822, OLG. **23** 310 (Celle). Ist der Versicherungsnehmer in Konkurs verfallen, so kann er die Ansprüche aus der Lebensversicherung nicht abtreten. Der Policeninhaber, dem die Versicherungssumme ausgezahlt wird, wird nicht auf Kosten der Konkursmasse, sondern auf Kosten der Erben des Gemeinschuldners bereichert. Hat der Verwalter von der Versicherung Kenntnis und beläßt die Police dem Gemeinschuldner, so gibt er damit die Versicherung an den Gemeinschuldner frei.

6. Über Verfügungen des Inhabers einer Lebensversicherungsinhaberpolice im Konkurse des Versicherungsnehmers s. Kirchmann, LeipzZ. **13** 188 ff., 271 ff., 367 ff., vgl. oben zu § 3 VVG.

7. Über den Einfluß der Konkurseröffnung auf schwebende Sterbekassenversicherungen s. vor §§ 159 ff. unter IX 5 u. 6.

8. Vgl. auch oben unter I 2 b, I 3 C (Josef).

9. Über die rechtliche Behandlung von „Versorgungspolicen", vgl. Hamburger, Erbrechtliche Probleme im österreichischen Versicherungsrecht, AÖVZ. **12** 41 ff., 49 ff., 161 ff. s. zu § 167 VVG. unter II 1.

10. Schultz, Die betreibungs- und konkursrechtliche Verwertung von Lebensversicherungen in der Schweiz. SchweizJurZ. **10** 198 ff. Der Verfasser behandelt die eigenartigen von den Bestimmungen des deutschen Rechtes erheblich abweichenden Vorschriften der Artt. 79—82 und 86 des schweizerischen VVG. und die ausführende Verordnung des Bundesgerichts vom 10. Mai 1910 über die Pfändung, Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen. Dabei kommt er auch zu sprechen auf die Frage der Pfändbarkeit der Ansprüche auf die Versicherungssumme, auf den Rückkaufswert, auf die Umwandlung der Versicherung und auf die Beleihung der Versicherung. Die Pfändbarkeit wird bejaht. Die Ansicht, der Pfändungspfandgläubiger und der Ersteher der Police bedürften zur Aufrechterhaltung der nunmehr auf fremdes Leben lautenden Versicherung und zur Fortentrichtung der Prämien der Einwilligung des Versicherten, wird abgelehnt.

11. Über die „Verordnung betreffend die Pfändung, Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen vom 10. Mai 1910" und ihre Einhaltung im Konkurs über das Vermögen der Versicherungsnehmers vgl. Schweiz. Bundesger. **37** (1) 433 ff., bes. 437 unter 2.

12. SchweizJurZ. **9** 92, ZBJV. **48** 414 (Kant. Aufsichtsbeh. Bern). Die Versicherungssumme aus einem zugunsten des Ehegatten oder zugunsten des Nachkommen abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag unterliegt nach § 80 Schweiz.

VVG. der Zwangsvollstreckung nicht zugunsten der Gläubiger des Versicherungsnehmers, wohl aber zugunsten der Gläubiger des Begünstigten.

III. Anfechtbarkeit der Begünstigung. (Vgl. JDR. **10** 1313.) 1. **RG.** VAPV. **12** Nr. 665. Wenn der Versicherungsnehmer nachträglich an die Stelle eines Bezugsberechtigten einen anderen Bezugsberechtigten setzt, so erwirbt dieser nicht aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers, sondern — wie der erste Bezugsberechtigte — unmittelbar aus dem Versicherungsvertrage. Der Bezugsberechtigte hat daher seinen Anspruch auf die Versicherungssumme nicht aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers erlangt, dieser Erwerb unterliegt nicht der Anfechtung seitens des Konkursverwalters.

2. Zustimmend Petersen, Rechtsprechung, ZVersWiss. **13** 544.

3. **RG.** WallmVersZ. **46** 17, MasRdsch. **24** 61, ZVersWes. **12** 163, R. **11** Nr. 3737. Hat der Versicherungsnehmer seine Frau und sein Kind als Bezugsberechtigte zu gleichen Teilen eingesetzt, so kann der Konkursverwalter einen Anspruch auf Prämienrückgewähr nach § 32 Abs. 2 KO. gegenüber einem jeden auch nur wegen der halben Prämie geltend machen. Auch die Policenbestimmung, daß diejenige Person zur Empfangnahme der Versicherungssumme berechtigt sein soll, die sich im Besitz der Police befindet, vermag daran nichts zu ändern. Sofern der Policeninhaber hieraus ein Recht auf die Summe herleiten kann, hat er doch nur treuhänderische Rechte.

4. **RG.** BayRpflZ. **13** 255. Lebensversicherungsprämien sind kein Aufwand im Sinne des § 240 Abs. 1 KO.

5. Vgl. auch oben unter I 3 C (Josef), II 2 a. E. (Kirchmann).

6. Über das Anfechtungsrecht nach schweizerischem Rechte s. Rabel, RheinZ. **12** 135 ff., bes. 185 ff., vgl. oben unter I 6.

IV. Abtretung der Rechte aus der Versicherung. (Vgl. JDR. **10** 1314) 1. **RG.** R. **13** Nr. 2288, JW. **13** 862. Wem eine Lebensversicherung von einem nachträglich als geschäftsunfähig erwiesenen Versicherungsnehmer abgetreten wird, muß, wenn ihm die Versicherungssumme nach dem Tode des Versicherungsnehmers ausgezahlt wird, diese Summe an den Nachlaß wieder herausgeben.

2. **RG.** VAPV. **12** Nr. 666, VersAnn. **12** 485, ZVersWes. **12** 410, Saskis VersZ. **12** 144, R. **12** Nr. 1465. Der Versicherer ist zur Hinterlegung der Versicherungssumme befugt, wenn der Versicherungsnehmer eine Abtretungsurkunde ausgestellt und der Zessionar sie dem Schuldner vorgelegt hat, der Versicherungsnehmer dann aber die Abtretung dem Versicherer gegenüber widerrufen und angefochten und gegen die Auszahlung der Versicherungsumme an den Zessionar Widerspruch erhoben hat. Diese Hinterlegungsbefugnis wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Versicherer die Zession durch einen Vermerk auf der Police „anerkannt" hat: in dem Vermerke liegt kein Anerkennungsvertrag.

3. LeipzZ. **13** 876 Ziff. 5, DJZ. **13** 1208 (Hamburg). Wenn in den Bedingungen bestimmt ist, daß die Übertragung der Rechte aus dem Lebensversicherungsvertrage durch eine auf die Police geschriebene oder öffentlich beurkundete oder beglaubigte Erklärung erfolge, so ist eine formlos erfolgte Abtretung nicht etwa schlechthin nichtig. Der Zedent kann sich dem Zessionar gegenüber nicht auf die mit dem Versicherer getroffene Formvereinbarung berufen. Nur dem Versicherer gegenüber ist die formlose Abtretung nichtig.

4. Über das Kündigungs- und Rückkaufsrecht des Vollzessionars s. Kirchmann, ZVersWes. **13** 77 ff., vgl. oben zu § 165 VVG. unter 1.

V. Pfändbarkeit, Pfändung und Verpfändung (vgl. JDR. **10** 1314). 1. Jasper, Verpfändung von Lebensversicherungspolicen, ZVersWes. **12** 5 ff. Die nach § 1280 BGB. erforderliche Anzeige wird dadurch, daß dem Ver-

sicherer die Tatsache der Verpfändung schon anderweit bekannt geworden ist, nicht entbehrlich. Selbst wenn die Verpfändung auf der Police vermerkt ist, ist der Versicherer nicht verpflichtet, dem Pfandgläubiger anzuzeigen, daß die Police wegen Nichtzahlung der Prämien zu verfallen droht. Zum Fortbestande des Pfandrechts ist es nicht erforderlich, daß der Pfandgläubiger im Besitze der Police bleibt. Denn das Pfandrecht ist kein Sachpfandrecht, sondern ein Pfandrecht an einem Rechte.

2. Krüger, Pfändungspfandrecht und Lebensversicherung, LeipzZ. **12** 216 ff. Die Zwangsvollstreckung in die Lebensversicherung kann nicht durch Pfändung des Versicherungsscheins erfolgen, es kommen vielmehr nur die §§ 828 ff. ZPO. in Betracht. Als pfändbare Vermögensrechte aus dem Lebensversicherungsvertrage sind dabei von Belang: der Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Kapitalbetrags, ferner der Anspruch auf den Rückkaufswert (§ 176 VVG.), endlich noch der Anspruch auf Auszahlung der etwa vereinbarten Versichertendividende, nicht dagegen das Kündigungsrecht des § 165 Abs. 1 VVG. a) Der Anspruch auf die „Versicherungssumme" ist durch die Einstellung der Prämienzahlung gefährdet — während der ersten 3 Jahre schlechthin, später hinsichtlich des den jeweiligen Rückkaufswert übersteigenden Betrags (§§ 39, 175 VVG.); der Pfändungsgläubiger kann jedoch die verfallene Prämie binnen der Nachfrist selbst zahlen. Gefährlicher ist für den Pfändungsgläubiger das Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers nach § 165 VVG.; es vereitelt das Pfandrecht, es sei denn, daß der Pfändungsgläubiger den etwaigen Rückkaufsanspruch mitgepfändet hat. Mit der Pfändung des Versicherungsanspruchs verstößt der Gläubiger nicht gegen die guten Sitten, obwohl er damit ein rechtliches Interesse an dem alsbaldigen Tode des Versicherungsnehmers erlangt. Auch ist die Entstehung des Pfandrechts nicht durch die schriftliche Einwilligung des § 159 Abs. 2 VVG. bedingt. Ist die Pfändung des „Anspruchs auf die Versicherungssumme" erfolgt, so erstreckt sich das Pfandrecht nicht etwa ohne weiteres auf die übrigen pfändbaren Rechte des Versicherungsnehmers: diese müssen vielmehr im Pfändungsbeschluß entweder einzeln aufgeführt oder mit den Worten „alle Rechte" zusammengefaßt sein. b) Der Rückkaufsanspruch ist nicht ohne weiteres mitgepfändet: er ist vergleichbar einem Anspruch auf Erstattung der ungerechtfertigten Bereicherung. Die Entstehung des Rückkaufsanspruchs liegt auch völlig außerhalb des Machtbereichs des Pfandgläubigers: er kann den Rückkauf nicht herbeiführen. Denn das zum Rückkaufe führende Kündigungsrecht nach §§ 165, 176 VVG. steht allein dem Versicherungsnehmer zu: einerseits weil es kein Vermögensrecht ist, keinen Geldwert hat — obwohl es den Verfall der Rückkaufssumme nach sich zieht —, andererseits, weil es von der Person des Versicherungsnehmers untrennbar ist —: dieser hat die Prämien zu zahlen und muß daher auch in der Lage sein, durch die Kündigung die Prämienzahlungspflicht zu beseitigen. c) Die Pfändung des Anspruchs auf die Versichertendividende ist meistens zwecklos, weil die Dividende in der Regel vereinbarungsgemäß auf die Prämie zu verrechnen ist.

3. **RG.** Versicherungspraxis **12** 98 Ziff. 8, JW. **12** 789. Zur Wirksamkeit der Policenverpfändung ist die Mitteilung des Versicherungsnehmers an die Gesellschaft erforderlich, die Nachricht des Pfandgläubigers allein genügt nicht.

4. Über das Recht des Versicherers, von dem Pfandgläubiger, der sich im Besitze der Police befindet, den Nachweis zu verlangen, daß die Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 BGB. eingetreten sind (§ 1282 Abs. 1 Satz 1 BGB.), s. Kirchmann, LeipzZ. **13** 188 ff., vgl. oben zu § 3 VVG.

5. Vgl. auch oben unter I 3 A, I 4, I 6 c, I 11, II 2, 10 u. 12; vor §§ 159 ff. VVG. unter IX 5 u. 6; zu § 3 VVG. unter IV 3 u. 5.

6. Vgl. auch zu § 159 VVG. unter II und zu § 176 VVG. unter I 3.

7. Über die Ausübung des dem Versicherer nach §§ 39, 175 VVG. zustehenden Kündigungsrechts im Falle eines Pfandrechts s. zu § 175 VVG. unter II.

8. Über die Frage der Pfändbarkeit des Rechtes, die Wiederinkraftsetzung der Versicherung gegen Zahlung des Prämienrückstandes zu verlangen, vgl. VAPV. **13** 122.

9. OLG. **25** 185, ZVersWes. **13** 468 (Breslau). Auch das Recht, einen anderen als Berechtigten zu benennen, ist pfändbar. Es ist ein untrennbarer Bestandteil des sich aus dem Versicherungsvertrag ergebenden Rechtes.

VI. Zurückbehaltungsrecht. (Vgl. JDR. **10** 1316.) Vgl. oben zu § 3 VVG. unter IV 4.

§ 167. (Vgl. JDR. **10** 1317.) I. Auslegung zweifelhafter Begünstigungserklärungen. 1. **RG.** VAPV. **13** 716, ZVersWes. **12** 24, R. **12** Nr. 3897, JW. **12** 49. Ist eine Versicherung alternativ für den Todesfall und für den Erlebensfall genommen und ist in der Deklaration die Frage „Aus welchem Grunde wird die Versicherung beantragt?" mit „Fürsorge für die eventuellen Hinterbliebenen" beantwortet, die nächste Frage „Soll in der Police eine bestimmte Person und welche als berechtigt zur einstigen Empfangnahme der Versicherungssumme bezeichnet werden?" aber mit „Inhaber der Police" beantwortet, so ist anzunehmen, daß für den Todesfall die „Hinterbliebenen" als bezugsberechtigte Dritte gelten sollten und daß der Policeninhaber nur beim Erlebensfalle berechtigt sein sollte.

2. **RG.** MasVersRdsch. **24** 61. Eine zugunsten der „Rechtsnachfolger" des Versicherungsnehmers genommene Lebensversicherung kann bei Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse, insbesondere der persönlichen und Familienverhältnisse und beiläufiger Äußerungen des Versicherungsnehmers — mögen sie dem Versicherer bei Abschluß des Vertrags auch unbekannt gewesen sein — den Sinn haben, daß die Versicherungssumme an die Erben als solche, nicht als dritte Bezugsberechtigte, ausgezahlt werden soll.

3. Vgl. auch zu § 166 VVG. unter I 4 und 10.

II. Erbrechtliche Fragen. 1. Hamburger, Erbrechtliche Probleme im österreichischen Versicherungsrecht. AÖstGZ. **12** 41 ff., 49 ff., 161 ff. Er wendet sich gegen die seiner Ansicht nach teils sachlich nicht gerechtfertigten, teils überflüssigen, teils nicht erschöpfenden Bestimmungen in den §§ 132 Abs. 3, 133 Abs. 1 u. 2 des österr. Entwurfes zum VGV. über die Person des Begünstigten. Die Frage der Zugehörigkeit der Lebensversicherungssumme zum Nachlasse und zur Nachlaßkonkursmasse wird bejaht. Der Verfasser macht sodann de lege ferenda Vorschläge über die rechtliche Behandlung von Versorgungspolicen und präzisiert schließlich seine Vorschläge über die Auslegung der Begünstigungsklausel, über den Erwerb des Rechtes von seiten des Begünstigten, über die Rechtsstellung der Nachlaßinteressenten und über die Versorgungsversicherung.

2. Wegen der Zugehörigkeit der Versicherungssumme zum Nachlasse bei der Versicherung zu eigenen Gunsten vgl. zu § 166 VVG. unter I 6 b und d (Rabel), I 8 (Hamburger); I 9 (Dresden), I 10 (RG.), sowie Petersen, Entscheidungen, ZVersWiss. **13** 541 ff.

3. Wegen erbrechtlicher Fragen bei der Versicherung zugunsten Dritter vgl. zu § 166 VVG. unter I 6 a (Rabel), I 12 (Hamburg); I 13 (Petersen).

III. Wegen der Pfändbarkeit des Begünstigungsrechts vgl. oben zu § 166 VVG. unter V, 9.

§ 168. SchweizJurZ. **9** 141 (ObG. Aargau). Stirbt der in einem Lebensversicherungsvertrage Begünstigte vor der Fälligkeit der Policensumme, so erlischt sein Anspruch und geht nicht auf seine Rechtsnachfolger über. Das Recht auf die Versicherungssumme steht wieder dem Versicherungsnehmer zu.

§ 169. (Vgl. JDR. **10** 1318.) Literatur: Unger, Der Selbstmord in der Beurteilung des geltenden deutschen Rechtes. Berlin 1913.

1. VAPV. **12** 139. § 169 VVG. ist zwingendes Recht und findet auch Anwendung auf Todes- und Erlebensfallversicherungen, bei denen die auszuzahlende Versicherungssumme sich in den ersten 5 bzw. 10 Jahren auf das Doppelte bzw. Anderthalbfache der Grundversicherungssumme erhöht. Eine Policenbestimmung, wonach im Falle eines Selbstmordes niemals mehr als das einfache Grundkapital zur Auszahlung kommen soll, ist unzulässig und unwirksam.

2. *Unger, Selbstmord im Bürgerlichen Rechte, 79 ff. a) Unter Selbstmord ist vorsätzliche Selbsttötung zu verstehen. Die Verschuldensfähigkeit beurteilt sich analog § 828 BGB., obwohl im § 169 nur von krankhafter Störung der Geistestätigkeit die Rede ist. Durch Parteivereinbarung kann § 169 auch auf alle Fälle nicht-vorsätzlicher Selbsttötung ausgedehnt werden außer bei der Selbsttötung in krankhafter Störung (§ 172 VVG.). b) Bei einer abgekürzten Lebensversicherung gibt der Selbstmord dem Versicherer nicht das Recht auf Kürzung der Prämienreserve (§ 176 Abs. 4 VVG.), wenn der Zeitpunkt des Selbstmordes mit dem Termine zusammenfällt, zu welchem die Versicherungssumme im Erlebensfalle auszuzahlen wäre, d. h. wenn die Prämienreserve zur Zeit des Selbstmordes die Höhe der Versicherungssumme erreicht hat. c) Nachteile Dritter — z. B. des Zessionars, des Pfandgläubigers, des mit dem Versicherten nicht identischen Dritten —, die durch den Selbstmord entstehen, brauchen die Erben des Versicherten nicht zu ersetzen.

3. Wegen der Verpflichtung zur Anzeige früherer Selbstmordversuche des Versicherungsnehmers vgl. zu § 161 VVG.

4. Über „Unanfechtbarkeit" von Lebensversicherungen im Falle des Selbstmordes vgl. VAPV. **13** 94.

§ 170. Literatur: Stadthagen, Stellung der Versicherungsgesellschaft gegenüber demjenigen, der den Tod des Versicherten schuldhaft verursacht hat, unter besonderer Berücksichtigung des Duells (Diss.). Berlin 1912. — Josef, Der gesetzliche Rechtsübergang auf dem Gebiete des Privatversicherungsrechts, AssekJahrb. **35** I 34 ff.

1. Josef, AssekJahrb. **35** I 34 ff. § 67 VVG. ist für die Lebensversicherung unanwendbar. Ein Rückgriffsrecht des Versicherers läßt sich auch nicht aus anderen Rechtssätzen herleiten. Ist der Tod des Versicherungsnehmers durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit eines Dritten verursacht und die Leistungspflicht des Versicherers sonach mittelbar auf Verschulden eines Dritten zurückzuführen, so steht dem Versicherer gegen diesen dennoch kein Ersatzanspruch zu. Denn nach § 823 BGB. ist derjenige, welcher das Leben eines anderen widerrechtlich verletzt, nur diesem anderen, also nicht Dritten ersatzpflichtig. Auch aus § 826 BGB. folgt kein Ersatzanspruch des Versicherers, da der Dritte, selbst wenn er von dem Bestehen der Versicherung Kenntnis hatte, die Schädigung des Versicherers nicht in seine Vorstellung aufgenommen hatte.

2. Wegen des Eventualdolus s. zu § 61 VVG.

§ 171. (Vgl. JDR. **10** 1318.) Literatur: Kalthoff, Der Lebensversicherungsvertrag bei Verschollenheit des Versicherungsnehmers, ZVersWes. **13** 401.

1. Kalthoff, ZVersWes. **13** 401. Der Verschollene gilt als fortlebend bis zu dem Zeitpunkte, der in der durch Ausschlußurteil erfolgenden Todeserklärung als Zeitpunkt des Todes festgestellt wird. Bis zu diesem Zeitpunkte kann der Abwesenheitspfleger z. B. die Invaliditätsrente beanspruchen, er muß andererseits auch die auf diese Zeit entfallenden Prämien bezahlen. Die Todeserklärung ist das Surrogat des Versicherungsfalls. Mit diesem eigenartigen Versicherungsfall erwächst den Berechtigten — den Erben oder den bezugsberechtigten Dritten — die Pflicht, den Versicherer von dem „Versicherungsfalle" in Kenntnis zu setzen, Auskunft zu erteilen und Belege zu beschaffen (§§ 34, 171 VVG.). Sie genügen ihrer Pflicht zur Beschaffung von Belegen, wenn sie das Ausschlußurteil vorlegen.

2. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehr, ZVersWes. **13** 300.

Der Fristablauf hat den Anspruchsverlust nicht zur Folge, wenn kein Verschulden vorliegt. Denn die Frist enthält keine Resolutivbedingung für den Anspruch, sondern lediglich die zeitliche Umgrenzung einer Obliegenheit, deren Verletzung — sei es schlechthin, sei es hinsichtlich der Zeit — die angedrohten Rechtsnachteile nur dann mit sich bringt, wenn sie im Sinne des § 6 Abs. 2 VVG. verschuldet ist.

3. R. **13** Nr. 3303 (Hamburg). Wenn der Versicherer seine Entschädigungspflicht nur wegen Verspätung der Anzeige ablehnt, hindert ihn dies nicht, später noch andere Ablehnungsgründe geltend zu machen.

4. R. **13** Nr. 3303 (Hamburg). Ist der Versicherungsfall „sofort" anzuzeigen, ist aber nicht besonders zum Ausdrucke gebracht, daß Sonn- und Feiertage von der Pflicht zur sofortigen Anzeige entbinden, so ist die Auslegungsregel des § 193 BGB. anzuwenden.

5. VAPV. **12** 102 spricht sich gegen das Verlangen nach Beibringung eines Identitätszeugnisses aus, weil die Sterbeurkunde in Deutschland ausreichend Beweis erbringe.

6. Wegen der Anzeigepflicht der Erben s. zu § 182 VVG. unter II und III 2.

§ 173. (Vgl. JDR. **10** 1318.)

§ 174. 1. Über den Anspruch auf Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung bei der kurzen Todesfallversicherung (Risikoversicherung) vgl. VAPV. **13** 37.

2. Über die Legitimation des Inhabers der Inhaberpolice zur Umwandlung der Versicherung s. Kirchmann, LeipzZ. **13** 188 ff., 271 ff., 367 ff., vgl. oben zu § 3 VVG.

3. Schultz, SchweizJurZ. **10** 198 ff. Das Recht auf die Umwandlung der Versicherung ist pfändbar.

4. Vgl. auch zu § 166 VVG. unter I 4, II 2.

5. Über die in den alten Bedingungen für die Geltendmachung des Umwandlungsrechts gesetzte Frist und den Einfluß des neuen Rechtes auf den Fristablauf vgl. VAPV. **12** 195. Wenn in den alten Bestimmungen gesagt ist, „der Anspruch auf Umwandlung oder Rückkauf erlischt durch Fristablauf von 6 Monaten nach dem Fälligkeitstage der nicht mehr gezahlten Prämie", so ist es zweifelhaft, ob diese Frist eine Verjährungsfrist im Sinne des § 12 Abs. 1 VVG. und Art. 6 EG. ist oder eine Ausschlußfrist im Sinne des § 12 Abs. 2 VVG. und Art. 4 Ziff. 2 EG. oder endlich zwar eine Ausschlußfrist, aber doch nicht eine solche im Sinne des § 12 Abs. 2 VVG. Wenn die sechsmonatige Frist beim Inkrafttreten des VVG. noch nicht abgelaufen wäre, würden je nachdem Fristbeginn und -dauer anders zu beurteilen sein.

§ 175. (Vgl. JDR. **10** 1318.) Literatur: Bartmann, Die Kündigung einer verpfändeten Lebensversicherung seitens des Versicherers, ZVersWiss. **12** 201. — Mueller, Entgegnung, ZVersWiss. **12** 202. — Kirchmann, Zum § 3 der Normativbedingungen der in Deutschland arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften, ZVersWes. **13** 330 ff. (s. zu § 39 VVG.). — Wehberg, Die Erfüllung von Lebensversicherungsverträgen in Kriegszeiten, WallmVersZ. **46** 1689 ff.

I. Die Kündigung des Versicherers im allgemeinen.

1. Vgl. Kirchmann, ZVersWes. **13** 330 ff., s. oben zu § 39 VVG. unter II 3.

2. Über die Kündigung „mittels eingeschriebenen Briefes" s. zu § 1 VVG. unter IV 1 (**RG.**).

3. Über die Berechnung der Kündigungsfrist (§ 193 BGB.) s. zu § 1 VVG. unter IV 2 (LG. Berlin I).

II. Die Kündigung des Versicherers im Falle eines Pfandrechts.

1. Bartmann, ZVersWiss. **12** 201, wendet sich gegen die Ausführungen Muellers (ZVersWiss. **11** 35 ff.) über die Person, der gegenüber die Kündigung

zu erklären ist. In allen Fällen der Mitverpfändung der Ansprüche auf die Prämienreserve ist nach § 1283 BGB. die Kündigung dem Versicherungsnehmer und dem Pfandgläubiger zu erklären. Denn hier führt die Kündigung des ganzen Rechtsverhältnisses zur Fälligkeit der Forderung auf die Rückvergütung. Wird die Forderung aber durch die Kündigung nicht fällig, so greift § 1275 BGB. Platz. § 39 VVG. läßt sich für die Frage nicht verwerten.

2. Mueller, Entgegnung, ZVersWiss. **12** 202 wendet sich hiergegen: Auch im Falle der Mitverpfändung der Ansprüche auf die Prämienreserve hat die Kündigung des Versicherers in der Regel die Fälligkeit dieses Anspruchs auf die Reserve nicht zur Folge, sondern nur das Erlöschen der Versicherung oder ihre Umwandlung in eine prämienfreie. Es bleiben nur die seltenen Fälle, in denen der Versicherer infolge der Kündigung eine Abgangsvergütung zu zahlen hat. § 1283 BGB. bezieht sich aber nicht auf die Fälle der Kündigung eines Rechtsverhältnisses, sondern nur auf die der Kündigung einer Forderung. Es wäre auch ein unbefriedigendes Ergebnis, wenn der Versicherer die Kündigung des § 39 VVG. an verschiedene Personen richten müßte je nach den Wirkungen, die sie ausübt, und nach der Fälligkeit der Forderung des Pfandgläubigers.

III. 1. Über die Pfändbarkeit des Rechtes, die Wiederinkraftsetzung der Versicherung gegen Nachzahlung der Rückstände zu verlangen, und die gegen die Pfändbarkeit auf Grund von § 159 Abs. 3 VVG. erhobenen Bedenken vgl. VAPV. **13** 122.

2. Vgl. auch zu § 39 VVG.

IV. Wehberg, Die Erfüllung von Lebensversicherungsverträgen in Kriegszeiten, WallmVersZ. **46** 1689 ff., behandelt die Frage, in welcher Weise ein Krieg auf die Erfüllung der Versicherungsverträge einwirkt, wenn die Verträge also an und für sich gültig bleiben. Im Anschluß an Valery und Thompson meint er, daß grundsätzlich der Vertrag außer Kraft trete, wenn der Versicherungsnehmer infolge des Krieges — also durch Zufall! — an der Bezahlung der Prämien verhindert sei. Dies sei aber dann nicht der Fall, wenn der Versicherungsnehmer die Prämien nur deshalb nicht habe bezahlen können, weil der Versicherer infolge des Krieges seine sämtlichen zur Annahme von Zahlungen Bevollmächtigten wegen der Erfüllung der Wehrpflicht abberufen mußte.

§ 176. I. Rückkauf und Rückkaufsrecht. 1. Über die Legitimation des Inhabers der Inhaberpolice zum Rückkaufe der Versicherung s. Kirchmann, LeipzZ. **13** 188 ff., 271 ff., 367 ff., vgl. oben zu § 3 VVG.

2. Darüber, daß die Rückkaufsfähigkeit einer Lebensversicherung die Anwendbarkeit des § 850 Ziff. 4 ZPO. nicht ausschließt, s. Kayser, ZVersWes. **13** 360 ff., vgl. oben von §§ 159 ff. VVG. unter IX 5.

3. Pfändbarkeit und Massezugehörigkeit des Rückkaufsrechts. a) AllgVersPresse **12** 268, ZVersWes. **12** 383 (AG. Lübeck). Das Recht, den Rückkauf der Versicherung zu verlangen, ist ein höchstpersönliches, unabtretbares und unpfändbares Recht. b) ZVersWes. **12** 135 (LG. Hildesheim). Das Rückkaufsrecht des Versicherungsnehmers beruht auf einer Liberalität des Versicherers, es ist höchstpersönlich, unabtretbar und unpfändbar. Gegen die Pfändung und Überweisung kann der Versicherer nach § 766 ZPO. Erinnerung erheben. c) ZVersWes. **12** 548, DVersZ. **13** 45, LeipzZ. **14** 172, AllgVersPresse **12** 300, VAPV. **13** Nr. 718 (Celle). Das Recht, den Rückkauf zu beantragen, ist unpfändbar, denn nur Forderungen sind pfändbar, nicht aber die rechtliche Möglichkeit, den Rückkaufsantrag zu stellen. Gegen die unzulässige Pfändung kann der Versicherer nach § 766

ZPO. Erinnerung erheben. d) Petersen, Entscheidungen, ZVersWiss. **13** 538. Das Rückkaufsrecht ist ein unmittelbar im Versicherungsvertrag begründetes Recht, es wird nicht erst durch die Kündigung zur Entstehung gebracht. Das Recht auf Rückkauf hat schon vor der Kündigung bestanden, die Kündigung ist nur die Ausübung dieses Rechtes. Wenn das Rückkaufsrecht höchstpersönlich wäre, könnte der Versicherungsnehmer auch nicht rechtsgeschäftlich darüber verfügen. Daß dies wirksam geschehen kann, ist aber unbestritten. e) Schultz, Schweiz. JurZ. **10** 198 ff. Das Rückkaufsrecht ist ein pfändbares Recht. f) VAPV. **13** Nr. 719 (Stettin). Das Rückkaufsrecht ist kein höchstpersönliches Recht. Der Versicherungsnehmer kann es verpfänden. g) Pfändbarkeit, Abtretbarkeit und Massezugehörigkeit nehmen ferner an Kirchmann (s. zu § 165 VVG. unter 1, zu § 166 VVG. unter II 2). Kayser (s. zu § 165 VVG. unter 2) und Sachsse (s. zu § 165 VVG. unter 3). Kayser (vor §§ 159 ff. VVG. unter IX 5) nimmt aber an, daß bei den unter § 850 Ziff. 4 ZPO. fallenden Sterbegeldversicherungen das Rückkaufsrecht bis zur Höhe des unpfändbaren Sterbegeldbetrags unpfändbar sei. Krüger (zu § 165 VVG. unter 4) verneint die selbständige Pfändbarkeit (zu § 166 VVG. unter V 2) dagegen schlechthin.

4. Über die in den alten Bedingungen für die Geltendmachung des Rückkaufsrechts gesetzte Frist und den Einfluß des neuen Rechtes auf den Fristablauf vgl. oben zu § 174 VVG. unter 5.

5. Über den Rückkauf in der Volksversicherung vgl. Hirschel, ÖstZVersWiss. **12** 372 ff. (s. zu § 189 VVG.).

II. Über das Kündigungsrecht des Versicherers bei rückkaufsfähigen Versicherungen vgl. Kirchmann, ZVersWes. **13** 330 ff., s. oben zu § 39 VVG. unter II 3 b und Mueller, ZVersWiss. **12** 202, s. oben zu § 175 unter II 3.

III. Policendarlehn und Policenbeleihungsrecht. 1. Kirchmann, Die Inhaberklausel in den Normativbedingungen der in Deutschland arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften (§ 17), LeipzZ. **13** 271 ff. Das Policendarlehn ist kein echtes Darlehn, sondern es ist die Entnahme einer aus dem Versicherungsvertrage geschuldeten Leistung. Das Darlehn ist gegen jeden Dritten wirksam, es ist eine dingliche Belastung (!?) des Versicherungsanspruchs.

2. Vgl. auch Kirchmann, LeipzZ. **12** 614 ff., s. oben zu § 166 VVG. unter II 2.

3. Über die Legitimation des Inhabers der Inhaberpolice zur Policenbeleihung s. Kirchmann, LeipzZ. **13** 188 ff., 271 ff., 367 ff. vgl., oben zu § 3 VVG.

4. Schultz, SchweizJurZ. **10** 198 ff. Das Recht auf Beleihung der Police ist ein pfändbares Recht.

5. Über die Art und Weise der Verrechnung des Policendarlehns auf den auszuzahlenden Versicherungswert vgl. auch Schweiz. Bundesger. **37** (1) 433, bes. 436 unter 1, und — für den Fall einer Pfändung der Rechte aus der Versicherung — Petersen, Entscheidungen, ZVersWiss. **13** 540 ff.

Vierter Abschnitt. Unfallversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 179—185: Besonders wichtige Neuerscheinungen liegen nicht vor. Die alten Streitfragen sind noch nicht erledigt. Aktuell geworden ist die zu § 182 behandelte Frage über die Pflicht des Versicherungsnehmers, seine Erben bezügl. den Begünstigten von dem Bestehen der Versicherung zu unterrichten. Wünschenswert wäre eine rechtsvergleichende Arbeit über die Auslegung des Unfallbegriffs (Deutschland, Österreich und Schweiz).

Literatur: Jannott, Umfang und Gegenstand der Unfallversicherung. München 1913. — Fehle, Die Unfallversicherung (Bd. 137, II, 5 der Veröffentlichungen des

deutschen Vereins für Sozialpolitik). — Kleeberg, Die Volksunfallversicherung, Assek. Jahrb. **35** II 159 ff. — Laß, Unfallversicherung. Mannheim 1913. — Lohrer, Das Versicherungsvertragsgesetz und die allgemeinen Unfall- und Haftpflichtbedingungen der Versicherungsgesellschaften (Diss.). München 1912. — Moebius, Die Kollektiv-Unfallversicherungen der deutschen Studierenden an deutschen Universitäten, ZVersWiss. **12** 598 ff.

Vor §§ 179 ff. (Vgl. JDR. **10** 1319 ff.) A. Zweck und Umfang der Unfallversicherung: I. Umfang des Versicherungsanspruchs, Gliedertaxen. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 476, SeuffBl. **12** 140, VAPV. **12** Nr. 653, WallmVersZ. **46** 387, ZVersWes. **12** 314, VersAnn. **11** 925, JDR. **10** 1319 vor §§ 179 ff. unter A 1 (Zulässigkeit eines dem Versicherten aus der Unfallversicherung erwachsenden Gewinns).

2. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehr, ZVers.Wiss **13** 308. Ist in einer „Gliedertaxe" festgesetzt, daß beim Verlust oder bei vollständiger Lähmung einzelner Glieder im Höchstmaße ein bestimmter Invaliditätsgrad — bei Verlust eines Beines z. B. ein solcher von 60 pCt. — anzunehmen sei, und daß in den nicht besonders erwähnten Fällen die Beurteilung des Invaliditätsgrads davon abhänge, inwieweit eine Beeinträchtigung des Versicherten vorliegt, so darf bei einem komplizierten mehrfachen Beinbruche, der aber für den Versicherten weder den vollständigen Verlust noch die vollständige Lähmung des Beines zur Folge hat, die Invalidität keinesfalls zu mehr als 60 pCt. angenommen werden.

3. VAPV. **13** Nr. 740 (Königsberg). Wenn in den Bedingungen für den Fall des „gänzlichen Verlusts" oder der gänzlichen „Lähmung" eines bestimmten Körperteils ein Maximalsatz festgesetzt ist, so hat der Versicherer diesen Maximalsatz auch dann zu zahlen, wenn die Benutzung des verletzten Gliedes sich zwar noch ausführen läßt, aber mit steten Schmerzen verbunden ist.

4. Über den Umfang des Schadensersatzes für den Unfall eines Arztes bei einem Krankenbesuche vgl. **RG.** VersAnn. **13** 450.

5. **RG.** WallmVersZ. **47** 2289. Wenn der Versicherte zur Zeit des Unfalls an Gicht leidet und ein durch den Unfall verursachter Splitterbruch des Großzehengelenkes unter normalen Verhältnissen in 3 Wochen geheilt wäre, so kann der Versicherte nicht die für dauernde Invalidität zugesagte Versicherungssumme verlangen, sondern — trotz des Nichtheilens des Bruches — nur das für vorübergehende Invalidität zugesicherte Tagegeld auf die Dauer von 3 Wochen.

6. Über die Bindung des Gerichts an die Parteianträge (§ 308 ZPO.), wenn der Versicherte für eine bestimmte Zeit eine Tagesentschädigung und für die weitere Zeit eine Unfallrente beansprucht vgl. unten unter E I.

7. **RG.** R. **13** Nr. 1851. Werden infolge des Unfalls jährliche Erholungsreisen nötig, so sind den Verletzten die Aufwendungen, die er früher für freiwillige Erholungsreisen gemacht hat, nicht anzurechnen.

8. Vgl. auch unter III 5 b und zu § 183 VVG. unter I 1 b.

9. **RG.** WallmVersZ. **46** 753. Ist nach den Begingungen für die Höhe der Invaliditätsentschädigung das System der sog. Gliedertaxe eingeführt, so ist bei der teilweisen Aufhebung der Gebrauchsfähigkeit eines Gliedes die Rente gemäß dieser Taxe zu berechnen, auf die besonderen Erwerbsverhältnisse des Versicherten — für den der Verlust gerade dieses Gliedes einen über die Taxe weit hinausgehenden Schaden enthält — kommt es nicht an. Dies gilt auch dann, wenn er in dem Versicherungsantrag diese Erwerbsverhältnisse schildert und sich daraus die besondere Bedeutung des betreffenden Gliedes für ihn ergibt. Denn es sollte mit dieser Schilderung nur dem Versicherer Klarheit über sein Risiko gegeben werden.

II. Sachliche Beschränkung auf bestimmte berufliche Gefahren. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 564, VAPV. **13** Nr. 735, R. **13** Nr. 645, Wallm. VersZ. **47** 1297, VersAnn. **13** 24, SasKisVersZ. **13** 155. Ist jemand als Oberleiter

versichert, so haftet der Versicherer, wenn der Unfall dem Versicherten zugestoßen ist, als er ein plötzlich eingetretenes Betriebshindernis durch schnelles Zugreifen beseitigen wollte. Eine solche Tätigkeit fällt nicht aus dem Rahmen der Oberleitung und Aufsicht heraus.

2. **RG.** LeipzZ. **13** 314, VAPV. **13** Nr. 768, WarnE. **13** Nr. 110, R. **13** Nr. 605, 606, JW. **13** 274, VersAnn. **13** 101, ZVersWes. **13** 140, WallmVersZ. **47** 1065. Ist jemand als technischer Leiter und Buchhalter eines Unternehmens versichert, so fällt an sich eine praktische technische Tätigkeit nicht unter die Versicherung. Anders, wenn es sich um eine auch ihm geläufige leichte Arbeit handelte, die schnell erledigt werden mußte, zu deren Erledigung aber wegen der Vesperpause Arbeiter nicht zur Verfügung standen.

3. VersAnn. **13** 409 (Celle). Wenn bei einer Schülerunfallversicherung der Unfall darauf beruht, daß beim Anlauf zum Springen über ein Sturmsprungbrett eine Schwäche in dem einen Fuß eintrat und der Schüler dadurch zu Fall kam, so haftet der Versicherer auch dann, wenn der Unfall auf die Absprengung eines Knochenvorsprungs zurückzuführen ist. Dies gilt auch, wenn solche Absprengungen in den Bedingungen, welche die als „Unfälle" anzusehenden Krankheitsfälle ausführlich angeben, nicht mit als „Unfall" angeführt werden, denn nach der Anschauung des täglichen Lebens ist ein solcher Unfall beim Turnen geradezu ein Hauptbeispiel für versicherte Unfälle.

III. Zeitliche Beschränkung der Haftung, Wartefrist. 1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 301. Wenn die Versicherung sich nur bezieht auf „die Folgen körperlicher Verletzungen, insoweit diese binnen Jahresfrist, von dem Eintritt ab gerechnet, den Tod, die Erwerbsunfähigkeit oder eine Erwerbsbeschränkung des Versicherten herbeiführen", so fällt eine erst nach Ablauf der Jahresfrist eingetretene Minderung der Arbeitsfähigkeit doch in die Versicherung, sofern sie nur ursächlich direkt und allein auf dem Unfalle beruht. Es genügt, daß eine Erwerbsbeschränkung innerhalb der Frist hervorgerufen wird, ihre Steigerung wie ihre Minderung gehen dann auf Rechnung des Versicherers.

2. VAPV. **12** 114, DVersZ. **12** 74. Wenn die Bedingungen für die Auszahlung der Kapitalentschädigung eine Wartefrist für den Fall vorsehen, daß der Grad der Invalidität sich erst nach einiger Zeit mit der nötigen Sicherheit beurteilen läßt, so muß nach Ablauf der Wartefrist, selbst wenn der Grad der Invalidität immer noch nicht mit voller endgültiger Sicherheit festgestellt werden kann, der zu dieser Zeit ermittelte Zustand — insoweit nicht gerade infolge zufälliger Umstände eine nur momentane Veränderung vorliegt — der Berechnung der Kapitalentschädigung zugrunde gelegt und das Kapital ohne Rücksicht auf die Möglichkeit einer künftigen Änderung des Invaliditätszustandes ausgezahlt werden.

3. VersAnn. **13** 445 (Celle). Wenn die Bedingungen dem Versicherten im Invaliditätsfall ein Recht auf Kapitalzahlung an Stelle fortlaufender Renten gewähren, der Versicherer sich aber das Recht gewahrt hat, die Zahlung des Kapitals auf 2 (bezügl. 3) Jahre nach erfolgter erstmaliger Festsetzung hinauszuschieben, so ist die Hinausschiebung der Kapitalzahlung nicht zuläßig, wenn die Feststellung nicht durch die Ärztekommission, sondern im Verfahren vor dem ordentlichen Richter erfolgt ist.

4. AVPV. **12** Nr. 672 (Hamm). Wenn der Versicherer nur für Unfälle haftet, welche nachgewiesenermaßen die Ganzinvalidität sofort oder innerhalb dreier Monate verursacht haben und nach 3 Jahren seit dem Unfalle feststeht, daß der Versicherte ganzinvalid ist und daß nur sehr geringe Aussicht auf Wiedererlangung der Erwerbsfähigkeit besteht, so hindert diese entfernte Möglichkeit einer späteren Besserung die Feststellung der dauernden Erwerbsunfähigkeit nicht.

5. Wie ist die Bestimmung der Versicherungsbedingungen auszulegen, wonach der Anspruch auf Invaliditätsentschädigung den Eintritt der Invalidität innerhalb Jahresfrist voraussetzt? ZVersWes. **13** 570 ff. a) Die Bestimmung der Bedingungen, wonach der Anspruch auf die Invaliditätsentschädigung den Eintritt der Invalidität innerhalb Jahresfrist voraussetzt, beruht auf zwei Erwägungen: bei später auftretenden Beschwerden ist der ursächliche Zusammenhang mit dem Unfalle häufig sehr zweifelhaft und der Versicherer muß im Interesse einer geordneten Geschäftsführung möglichst bald über den Umfang seiner Verpflichtungen Klarheit erlangen. b) Derartige Bestimmungen haben, wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich vereinbart ist, zur Folge, daß der nach Ablauf des Jahres festgestellte Invaliditätsgrad zugleich das Höchstmaß der Rente ergibt. c) Ob innerhalb der Jahresfrist auch der Nachweis erbracht werden muß, daß die Invalidität innerhalb der Jahresfrist eingetreten ist, richtet sich nach der Fassung der Bedingungen. Wenn diese den Nachweis innerhalb der Jahresfrist oder innerhalb einer Nachfrist verlangen, so genügt es nicht, daß später nachgewiesen wird, daß die Invalidität innerhalb der Jahresfrist eingetreten und binnen der Nachfrist „feststellbar" oder „erkennbar und nachweisbar" geworden ist, es muß vielmehr in der Frist der Beweis erbracht worden sein. Verlangen die Bedingungen, daß die Invaliditätsansprüche binnen einer gewissen Nachfrist „angemeldet" sein müssen, so kann der Nachweis auch noch nach Ablauf der Nachfrist erbracht werden. d) Der Verpflichtung zur Erweisung der Invalidität genügt der Versicherungsnehmer, wenn er sie als Unfallfolge derart glaubhaft macht, daß der Versicherer Anlaß hat, mit einer Inanspruchnahme zu rechnen.

6. **RG.** VersAnn. **12** 537, R. **12** Nr. 1656 u. 1718. Ist in den Bedingungen bestimmt, daß der Anspruch auf Invaliditätsentschädigung erlischt, wenn die Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit nicht spätestens innerhalb eines Jahres vom Unfalltag ab eingetreten ist und spätestens 30 Tage nach Ablauf dieser Frist nachgewiesen wird, so genügt es und ist aber auch erforderlich, daß innerhalb jener Frist die Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit als Unfallfolge derart glaubhaft gemacht wird, daß der Versicherer Anlaß hat, mit einer entsprechenden Entschädigungspflicht zu rechnen. Der Versicherungsnehmer ist dann im Prozeß auf jene noch innerhalb der Frist dem Versicherer vorgelegten Nachweise nicht beschränkt, sondern kann diese beliebig ergänzen. Dagegen genügt es nicht, wenn im Prozesse bewiesen wird, daß die Invalidität in der Jahresfrist eingetreten und binnen weiterer 30 Tage „feststellbar" gewesen sei.

IV. Wiedereintritt völliger oder teilweiser Erwerbsfähigkeit. Voraussetzungen für die Rentenherabsetzung. 1. **RG.** JW. **12** 882, ZVersWes. **12** 572, VersAnn. **12** 661, WallmVersZ. **47** 49. Schreiben die Bedingungen vor, daß „bei wiedereintretender erhöhter oder vollständiger Erwerbsfähigkeit die Rente entsprechend herabgesetzt bzw. aufgehoben" wird, so ist die Rentenminderung unzulässig, wenn sich zwar das durch den Unfall verursachte Leiden gebessert hat, der frühere Grad der Erwerbsunfähigkeit aber infolge Hinzutritts von Alterserscheinungen noch besteht.

2. **RG.** VAPV. **13** Nr. 742, R. **13** Nr. 425, JW. **13** 219, WallmVersZ. **47** 937. Die Herabsetzung kann nur verlangt werden, wenn in den nachteiligen Unfallfolgen gegen den Zustand zur Zeit der früheren Feststellung eine Änderung eingetreten ist. Es genügt nicht, daß nach einem späteren Gutachten die Unfallfolgen von Anfang an weniger schlimm waren, als bei der ersten Rentenfestsetzung angenommen wurde.

3. LeipzZ. **12** 954, VAPV. **12** Nr. 675, HansGZ. **12** Beibl. 138 (Hamburg). Wenn die Police bestimmt, daß „bei wieder eintretender erhöhter oder vollständiger Erwerbsfähigkeit die Rente entsprechend herabgesetzt bzw. aufgehoben" wird, so findet eine Herabsetzung nicht statt, wenn die Erwerbsunfähigkeit noch in demselben

Maße besteht, aber nur zum Teile noch auf dem Unfalle beruht, zum Teile dagegen auf anderen Ursachen, insbesondere Alterserscheinungen.

4. Vgl. auch oben vor §§ 159 ff. VVG. unter VII 1 (**RG.**) und oben vor §§ 179 ff. VVG. unter A III 1 u. 5.

5. Wegen der Beweislast für die Voraussetzungen der Rentenherabsetzung vgl. unter E II 7 u. 8.

B. Begriff des Unfalls (vgl. JDR. **10** 1320). I. Die Voraussetzung der äußeren Verletzung. 1. SchweizJurZ. **13** 105 (OG. Zürich). (Abonnementsversicherung auf den Todesfall infolge Unfalls.) Ein Hitzschlag, insbesondere ein solcher, welcher eintritt infolge der großen Hitze, welcher sich der Versicherte als Arbeiter eines Gaswerkes bei der Arbeit an den Retorten aussetzen mußte, ist eine unabhängig vom Willen des Betroffenen eintretende durch plötzliche äußere Gewalteinwirkung hervorgerufene Körperverletzung, also ein Unfall. Denn Körperverletzungen können auch bestehen in Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität, welche durch Überleitung einer von außen kommenden Einwirkung durch Muskeln, Nerven oder Blutbahnen auf innere Organe erfolgten. Die Gewalteinwirkung ist auch dann unabhängig vom Willen des Betroffenen eingetreten, wenn der Betroffene die schädigende äußere Ursache, — das Arbeiten in der großen Hitze — nicht aber die schädigende Wirkung gewollt hat. Wenn die Versicherungsbedingungen die Haftung für Temperatureinflüsse und ihre Folgen ausschließen, so bezieht sich dies auf die Folgen der natürlichen atmosphärischen Temperatureinflüsse.

2. OLG. **24** 223, R. **12** Nr. 2443 (Nürnberg). Ein entschädigungspflichtiger Unfall — kein Schlaganfall — liegt vor, wenn ein Schmiedemeister entweder infolge einer Bewegung des Pferdes oder durch seine auf Herausziehen des Nagels gerichtete Kraftanstrengung zu Boden stürzt und sich dabei eine tötliche Verletzung innerer Organe zuzieht.

II. Das Erfordernis der Plötzlichkeit. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 244, JDR. **10** 1320 vor §§ 179 ff. VVG. unter B II.

2. LeipzZ. **12** 572 (Stuttgart). Die bedingungsmäßig erforderte „Plötzlichkeit“ des Ereignisses fehlt, wenn nicht die Unfallursache, z. B. eine Kraftanstrengung des Versicherten selbst, sondern nur die Wirkung unerwartet, überraschend kam.

3. Ebenso **RG.** unter B III 1.

4. LeipzZ. **13** 413 (LG. Magdeburg). Ein „plötzliches“ Ereignis liegt nicht vor, wenn sich jemand durch den Druck einer Heugabel eine Blase an der Hand zuzieht, die Blase dann platzt und durch eine Verunreinigung der Wunde eine Blutvergiftung entsteht.

5. Vgl. auch unten unter B III 3 (**RG.**).

III. Das Erfordernis der „Gewaltsamkeit“, des Eintritts wider Willen. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 634, VAPV. **13** Nr. 738, JW. **13** 551. Als eine „gewaltsame äußere mechanische Einwirkung auf den Körper des Versicherten“ kann unter Umständen auch eine zur Überwindung eines äußeren Widerstandes freiwillig gewollte körperliche Anstrengung des Versicherten angesehen werden. Dann nämlich, wenn sie in ihrer Art oder durch die längere Dauer die Kräfte des Versicherten übersteigt, deshalb schließlich für seine körperliche Integrität nachteilige Folgen nach sich zieht und zwar dies alles, weil die Überanstrengung plötzlich und unabhängig vom Willen des Versicherten eintrat. Der Versicherte muß sich der Gefährlichkeit seines Tuns nicht bewußt gewesen sein und es muß die Ursache plötzlich, überraschend, mit einer gewissen Schnelligkeit eingetreten sein, es genügt nicht, daß die nachteilige Wirkung eine plötzliche war.

2. LeipzZ. **12** 572 (Stuttgart). Ein Unfall wird dadurch, daß der Versicherte die Unfallursache gewollt hat, begrifflich nicht ausgeschlossen, sofern dem Versicherten

das betreffende Ereignis in seiner Bedeutung als Unfallursache nicht zum Bewußtsein gekommen und insofern unabhängig von seinem Willen eingetreten ist.

3. **RG.** VAPV. **13** Nr. 739, WallmVersZ. **47** 1905, SaskisVersZ. **13** 14, R. **13** Nr. 772. Erfordern die Bedingungen eine mechanische Gewalt, so liegt kein „Unfall" im Sinne der Bedingungen vor, wenn der Versicherte mehrmals in erhitztem Zustande dem unmittelbaren, erheblichen und empfindlichen Einflusse des kalten Berieselungswassers ausgesetzt war. Der Einfluß von Feuchtigkeit und Kälte ist noch keine mechanische Gewalt. Außerdem trat das Ereignis nicht „plötzlich" ein: Der Begriff des Plötzlichen erfordert neben Schnelligkeit das Moment des Unerwarteten, Nichtvorausgesehenen, Unentrinnbaren.

4. VersAnn. **12** 593 (RVA.). Wird durch eine einmalige wenige Augenblicke dauernde Einwirkung eine Erkältung herbeigeführt, welcher der Tod auf dem Fuße folgt, so liegt ein Unfall vor.

5. Vgl. auch oben unter B I 1 (OG. Zürich) und 2 (Nürnberg).

IV. Die Bedingung der direkten und alleinigen Verursachung. 1. DJZ. **13** 924 (RVA.). Das Reichsversicherungsamt erkennt als Ursachen und Mitursachen im Rechtssinne nur diejenigen Umstände an, welche zum Erfolge wesentlich mitgewirkt haben, während es andere Glieder in der Kausalreihe ausscheidet, die nur rein philosophisch, aber nicht im Rechtssinn als Ursache in Betracht kommen.

2. VAPV. **12** Nr. 672 (Hamm). Hat der Versicherte sich durch den Unfall eine geringfügige Hautabschürfung zugezogen, durch welche dann Infektionskeime eingedrungen sind, welche eine Lympfgefäßentzündung und dann den Ausbruch einer Geisteskrankheit, zu welcher der Versicherte schon disponiert war, zur Folge hatten, so ist die dadurch herbeigeführte Invalidität durch den Unfall und nicht durch die Infektion als solche verursacht.

3. VAPV. **12** Nr. 652 (KG.). Wenn infolge eines durch einen Unfall veranlaßten Widerausbruchs latenter Syphilis der Versicherungsnehmer seine Erwerbsfähigkeit ganz oder zum Teile verliert, so ist für diese Erwerbsunfähigkeit nicht der Unfall, sondern die Syphilis die Ursache.

4. **RG.** LeipzZ. **13** 312, WallmVersZ. **47** 873, WarnE. **13** Nr. 166. Ein Unfall ist nicht die alleinige und unmittelbare Ursache des Todes bzw. der Minderung der Erwerbsfähigkeit, wenn der Versicherte, bevor er von einer Leiter abstürzte, an einer Entzündung des Wurmfortsatzes mit Geschwürbildung gelitten hat und ohne diese Erkrankung jener Sturz den Tod gar nicht nach sich gezogen hätte.

5. **RG.** VersAnn. **11** 1020, WarnE. **12** Nr. 38, R. **12** Nr. 316. Der Wortlaut der Bedingungen, daß „als Unfälle nur solche Körperverletzungen entschädigt werden, die unmittelbar und allein, ohne Mitwirkung anderer Ursachen — z. B. von hinzutretenden oder schon bestehenden Krankheiten — die Erwerbsfähigkeit des Versicherten herbeiführen", hindert nicht, eine bloße Empfänglichkeit des Körpers für Krankheiten nicht als eine „mitwirkende andere Ursache" anzusehen. Krankheitsähnliche Zustände von „Empfänglichkeit" kommen als Haftungsausschließungsgründe nur dann in Betracht, wenn sie an Bedeutung einer Krankheit gleichzustellen sind.

6. **RG.** VersAnn. **12** 49, WallmVersZ. **46** 769, MasRdsch. **25** 22, LeipzZ. **12** 403, VAPV. **12** Nr. 650, WarnE. **12** Nr. 94, R. **12** Nr. 318. Ein Unfall ist als die alleinige und unmittelbare Ursache anzusehen, wenn nur eine gewisse Empfänglichkeit für die nachteilige Einwirkung eines Unfalls vorliegt. Anders ist es, wenn eine bestehende körperliche Abnormität — z. B. die abnorme Stellung der Großzehe — ein Ereignis überhaupt erst zum Unfalle macht, bei der Entstehung des Unfalls — eine Knochenverletzung an dem betreffenden Fuße, entstanden beim

Tanzen durch Verdrehen des Fußes, welcher infolge jener Abnormität stärkeren Dehnungen nicht gewachsen war — mitgewirkt hat.

7. **RG.** VersAnn. **12** 562. Der Unfall ist auch dann noch als alleinige und unmittelbare Ursache des Todes anzusehen, wenn lediglich eine gewisse Empfänglichkeit des Körpers des Versicherten für die nachteiligen Folgen des Unfalls vorhanden ist, wie sie durch allmählich eintretende natürliche Zustände — wie Alter und Schwächung einzelner Organe oder der allgemeinen Widerstandsfähigkeit des Körpers — herbeigeführt wird.

V. Ausschluß von Krankheiten als Unfallfolgen (vgl. JDR. **10** 1322).

C. Unfallarten (vgl. JDR. **10** 1322). I. Gifte, Gase und Infektionen. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 244, JDR. **10** 1322 unter C I 1.

2. ZVersWes. **12** 277, VAPV. **12** Nr. 651 (Königsberg). Ein Unfall durch „Blutvergiftung" und nicht durch „Infektion" liegt vor, wenn die Versicherungsnehmerin (Hebamme) beim beruflichen Reinigen ihrer Hände sich durch eine scharfe Borste der verwendeten Bürste eine kleine Fingerwunde zuzieht und dann bei einer Geburt Hilfe leistet und dabei in die Wunde Syphilisgift kommt.

3. VAPV. **13** Nr. 767 (Hamburg). Eine Infektion durch dauernde Einwirkung des Ansteckungsstoffs bei der beruflichen Pflege von Tuberkulosekranken ist kein Unfall.

4. Über Blutvergiftungen s. oben unter B II 4 (LG. Magdeburg).

5. Über Lympfgefäßentzündung infolge Eindringens von Infektionskeimen durch eine abgeschürfte Hautstelle vgl. oben unter B IV 2 (Hamm).

II. Über Hitzschlag s. oben unter B I (OG. Zürich).

III. Über Überanstrengungen s. oben unter B III 1 (**RG.**).

IV. Über Erkältungen s. oben unter B III 3 (**RG.**) und 4 (RVA.).

V. Sport (vgl. JDR. **10** 1323). 1. **RG.** VersAnn. **13** 385, WallmVersZ. **47** 1681. Wenn die Bedingungen die Haftung für Unfälle, welche durch Teilnahme an Wettrennen, Wettsegeln, Wett- und Preisfahrten, Jagden zu Pferde, Gletschertouren, Ballonfahrten, Radfahrten oder durch Benutzung ungewöhnlicher Transportmittel herbeigeführt werden, ausdrücklich ausschließen, so geht es nicht an, den Haftungsausschluß schlechthin auf alle Sportunfälle, insbesondere auf Unfälle beim Schneeschuhlaufen, zu erstrecken. Dies gilt zum mindesten dann, wenn der betreffende Sport beim Abschluß oder der Verlängerung des Vertrags schon verkehrsbekannt und in Übung war. Ein „ungewöhnliches Transportmittel" ist der Schneeschuh ebenfalls nicht, er ist überhaupt kein „Transportmittel".

2. WallmVersZ. **47** 2097 (LG. Leipzig). Der Rodelschlitten ist dann ein „ungewöhnliches Transportmittel", wenn seine Benutzung nach den Umständen des einzelnen Falles eine wesentliche Gefahrerhöhung mit sich bringt. Dies ist der Fall, wenn eine 48 jährige Frau, die in der Handhabung und im Lenken unbewandert ist, auf einer öffentlichen Rodelbahn mit starkem Verkehre rodelt.

VI. Prozeßaufregung (vgl. JDR. **10** 1323 unter IV). Über die Frage, ob sich die Haftung auch auf den Schaden bezieht, der infolge der Prozeßaufregung zwischen dem Haftpflichtigen und dem Verletzten durch eine Verschlimmerung des Leidens entsteht, vgl. Elster, Prozeßaufregung und Rentenhysterie, JW. **12** 266. Es kommt darauf an, ob der Prozeß durch ein unberechtigtes Verhalten des Verletzten oder durch ein unberechtigtes Verhalten des Haftpflichtigen verursacht ist.

VII. Schlägereien. 1. **RG.** LeipzZ. **13** 636, R. **13** Nr. 3079. Von einer „Beteiligung an einer Schlägerei" und allgemein von einer schuldhaften Veranlassung derselben oder von einer schuldhaften Herbeiführung der Verletzung läßt sich dann nicht sprechen, wenn die Verletzung auf einem Angriffe beruht, der durch eine

an sich nicht berechtigte, aber nicht so schwere Beleidigung des Angreifenden durch den Versicherten veranlaßt wurde.

2. BadRpr. **13** 89 (BadVerwGH.). Eine schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls durch Beteiligung bei Schlägereien oder Raufhändeln (§ 26 a Abs. 2 Ziff. 2 KrankVG.) liegt nicht vor, wenn der Versicherte der Angegriffene war und nicht erwiesen wird, daß er im weiteren Verlauf ebenfalls eine Angriffstätigkeit entwickelt oder das zulässige Maß der Verteidigung überschritten hat.

VIII. Besondere Transportmittel. 1. **RG.** VersAnn. **13** 679. Wenn ein Versicherer nach den Bedingungen nicht haftet, sofern der Unfall sich bei regelmäßiger Benutzung von Automobilen ereignet, so läßt sich von einer regelmäßigen Benutzung nur sprechen, wenn sich hinsichtlich der Benutzung eine gewisse Gepflogenheit gebildet hat und der Versicherte auf die Benutzung des Automobils sicher rechnen kann. Unerheblich ist, ob der Versicherte das Automobil häufig oder nicht häufig benutzt, maßgebend ist, ob eine gewisse Stetigkeit in der Vornahme gleichartigen Handelns liegt. Eine regelmäßige Benutzung ist dort ausgeschlossen, wo die Benutzung des Automobils von dem guten Willen eines anderen abhängt.

2. VAPV. **13** Nr. 764 (Hamburg). Wenn der Versicherer bei einer Eisenbahn- und Dampfschiffsunglücksversicherung nach den Bedingungen nur haftet, wenn ihm das Unglück „auf einem dem öffentlichen Personenverkehre dienenden Dampfschiffe zustößt", so haftet er nicht, wenn sich das Unglück auf einem einer geschlossenen Privatgesellschaft gegen Ersatz der Unkosten zur Verfügung gestellten Schlepper ereignet, der schon seit Jahren nicht mehr zur Personenbeförderung benutzt wird, auch nicht zu Hafenrundfahrten, sondern nur als Hafenschlepper. Unerheblich ist, ob das Schiffspersonal den Schlepper hinter dem Rücken des Schiffseigners gelegentlich zu Hafenrundfahrten verwendet hat.

3. WallmVersZ. **47** 225 (KG.) und **RG.** VAPV. **13** Nr. 765, R. **13** Nr. 1533. Bei einer Eisenbahn- und Dampfschiffunglücksversicherung liegt ein dem Transportmittel zustoßender Unglücksfall vor, wenn die körperliche Beschädigung des Fahrgastes dadurch verursacht ist, daß die Drucklokomotive auf den wegen des Aufspringens einer Wagentüre plötzlich gebremsten und zum Stehen gebrachten Zuge mit einem sehr heftigen Stoße auffuhr. Es liegt hierin ein „ungewöhnliches, die Betriebsüblichkeit übersteigendes Ereignis". Nicht erforderlich ist, daß der Eisenbahnzug selbst in irgendeinem Teile eine Beschädigung erlitten hat.

4. Über Schneeschuhe vgl. oben unter C V 1 (**RG.**).

5. Über Rodelschlitten vgl. oben unter C V 2 (LG. Leipzig).

IX. Über Unfälle von Feuerwehrleuten vgl. zu § 121 VAG.

X. Über Augenbeschädigungen durch Sonnenblendung vgl. Hoppe, WallmVersZ. **46** 2265 ff.

D. Der Kreis der Versicherungsfähigen (vgl. JDR. **10** 1324). 1. **RG.** LeipzZ. **12** 667, R. **12** Nr. 2435. Unter „körperlichen Gebrechen" im Sinne der Versicherungsbedingungen sind dauernde körperliche Mängel zu verstehen, welche die Brauchbarkeit des betreffenden Organs oder Körperteils erkennbar ausschließen oder herabsetzen.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 488, SasKisVersZ. **13** 155 u. 175. Wenn in dem Antrage vorgedruckt steht, daß Personen, welche an Blindheit, hochgradiger Kurzsichtigkeit usw. leiden oder gelitten haben, nicht versicherungsfähig sind, so liegt darin nicht, daß die Versicherung durch das Fehlen derartiger Krankheiten bedingt ist; es liegt darin vielmehr nur eine programmatische Erklärung des Versicherers, daß er beim Vorhandensein einer derartigen Erkrankung nicht abschließen will. Durch diese Erklärung soll der Versicherungslustige außerdem auf die besondere Wichtigkeit der richtigen Beantwortung der diese Leiden betreffenden Fragen hingewiesen werden. Andererseits muß der Versicherer die Frage wegen ihrer besonderen Wichtigkeit auch so klar stellen,

daß der Versicherungsnehmer bei der Beantwortung sofort erkennen kann, welchen Zweck sie hat, für welche Feststellung die Antwort verwertet werden soll. Sind die Fragen nicht völlig klar — hätten sie insbesondere mehr ins einzelne gehen müssen — und hat der Versicherungslustige sie so, wie er sie ohne Verschulden verstand, richtig beantwortet, so ist der Versicherungsnehmer versichert.

3. VAPV. **12** Nr. 672 (Hamm). Wenn nach den Bedingungen Personen von der Versicherung ausgeschlossen sind, die ein geistiges oder körperliches „Gebrechen" haben, so sind versicherungsfähig nur die, bei denen die Krankheit schon besteht, nicht aber diejenigen, welche an der Krankheit früher einmal gelitten haben, bei denen aber nur noch eine Disposition für die betreffende Krankheit vorliegt.

4. Wegen der Beweislast für das Vorliegen der Versicherungsunfähigkeit vgl. unter E II 9 (Darmstadt).

E. Prozessuales (vgl. JDR. **10** 1324). I. Bindung des Richters an die Parteianträge. **RG.** VersAnn. **12** 537, R. **12** Nr. 1656 u. 1718. Wird aus einer Unfallversicherung für eine bestimmte Zeit eine Tagesentschädigung und für die weitere Zeit eine Invaliditätsrente beansprucht, so kann, wenn das Gericht die Invaliditätsrente für nicht begründet hält, die Tagesentschädigung dagegen für eine längere Zeit, als der Versicherungsnehmer verlangt, für begründet erachtet, der Betrag der Tagesentschädigung doch nicht über den in der Klage normierten Betrag hinaus festgesetzt werden. Eine Erhöhung des einen oder anderen Anspruchs hätte gegen § 308 ZPO. verstoßen.

II. Beweislast. 1. **RG.** VAPV. **13** Nr. 737, WallmVersZ. **47** 1717, R. **13** Nr. 542. Der Versicherungsnehmer hat nachzuweisen, daß ein „Unfall" vorliegt und daß die Fälle, deren Vorhandensein die Verpflichtung zu einer Zahlung ausschließen, nicht gegeben sind. Dieser Beweis ist erbracht, wenn der Versicherungsnehmer das Nichtvorliegen jener Ausschließungsgründe und ferner nachweist, daß nach den obwaltenden Umständen eine andere Möglichkeit, als daß der Versicherte sein Leben durch einen Unfall eingebüßt hat, nach menschlicher Berechnung nicht im Kreise der Wahrscheinlichkeit liegt. Ein schlechthin unumstößlicher Beweis braucht nicht erbracht zu werden.

2. VAPV. **12** Nr. 690 (Breslau). Wenn nach den Bedingungen „Schlaganfälle" nicht als Unfälle gelten sollen, so ist der Versicherte dafür beweispflichtig, daß ein Unfall und kein Schlaganfall vorliegt. Rechtfertigt aber der ganze äußere Befund — der Versicherungsnehmer wird frühmorgens am Fuße der zu seiner Wohnung führenden Treppe mit einem Schädelbruche tot in einer Blutlache liegend aufgefunden — den Schluß, daß es sich um einen Unfall handelt, so bedarf es keines besonderen Beweises und der Versicherer muß beweisen, daß der Sturz die Folge eines Schlaganfalls war.

3. HessRspr. **13** 114 (Darmstadt). Dafür, daß ein „Unfall" im Sinne der Versicherungsbedingungen vorliegt, trägt der Versicherungsnehmer die Beweislast. Zum Beweise des Ausgeschlossenseins einer anderweitigen Verursachung genügt es, wenn eine solche nach den Erfahrungen des täglichen Lebens nicht ohne weiteres angenommen werden kann. Der Nachweis dafür, daß es sich um eine unfreiwillige und unabhängig von dem Willen des Verletzten eingetretene Einwirkung handelt, ist zunächst erbracht, wenn Anzeichen für ein absichtliches Herbeiführen der Verletzung nicht vorhanden sind. Liegen solche Anzeichen aber vor, so muß der Versicherungsnehmer ihnen gegenüber den Entlastungsbeweis führen.

4. **RG.** WallmVersZ. **47** 273, VAPV. **13** Nr. 724, WarnE. **12** Nr. 441, R. **12** Nr. 3282. Für den Nachweis des ursächlichen Zusammenhanges

zwischen Unfall und Tod genügt die Erbringung eines hohen Grades von Wahrscheinlichkeit.

5. **RG.** LeipzZ. **12** 167. Die Frage, ob dem Versicherten außer dem Nachweise des Unfalls noch der weitere Nachweis obliegt, daß der Unfall von dem Betroffenen nicht verschuldet ist, kann nur auf Grund eingehender Prüfung sämtlicher in Betracht kommender Bestimmungen der Police beantwortet werden.

6. Wegen der ganz anders gearteten — nicht prozessualen — Verpflichtung zur Nachweisung der Unfallfolgen innerhalb bestimmter Frist vgl. oben unter A III 5 c und d und III 6.

7. **RG.** LeipzZ. **12** 479, R. **12** Nr. 947, VersAnn. **12** 484, WallmVersZ. **46** 1361. Ist einmal die Invaliditätsrente vertragsmäßig festgesetzt, und sei es auch nur „vorerst", so trifft die Beweislast dafür, daß die Voraussetzungen für die Gewährung dieser oder überhaupt einer Rente nicht mehr vorliegen, den Versicherer.

8. Ebenso OLG. **24** 224, R. **12** Nr. 2442, LeipzZ. **12** 480 (Hamburg).

9. HessRspr. **13** 114 (Darmstadt). Wenn nach den Bedingungen von der Versicherung solche Personen, die ein erhebliches geistiges oder körperliches Gebrechen haben, ausgeschlossen sind und die Versicherung erlischt, wenn der Versicherte in Siechtum oder Geisteskrankheit verfällt, so handelt es sich um Einredetatsachen, für welche der Versicherer die Beweislast trägt.

10. **RG.** WallmVersZ. **46** 282 behandelt die Frage, ob dem Versicherten nicht nur der Beweis für das Vorliegen eines „Unfalls" im Sinne der Bedingungen, sondern auch für den Mangel eines Verschuldens obliegt und ob Versicherungsbedingungen, nach denen dem Versicherten der Beweis in beiden Richtungen aufgebürdet ist, gültig sind.

III. Wirkung von Vorentscheidungen. **RG.** VersAnn. **13** 61. Der Unfallbegriff der Sozialversicherung ist nicht derselbe, wie der der Privatversicherung. Selbst wenn das Reichsversicherungsamt ein Ereignis als versicherungspflichtigen Unfall bezeichnet, ist noch nicht bindend entschieden, daß ein versicherungspflichtiger Unfall im Sinne der privaten Versicherung vorliegt. Maßgebend sind hierfür allein die Bestimmungen des betreffenden Versicherungsvertrags.

IV. Einfluß der Schiedsgutachterklausel. 1. **RG.** LZ. **14** 489, ZVersWes. **13** 681. Durch die Bestimmung der Bedingungen, daß dem Versicherer das Recht zustehe, auf Grund neuer ärztlicher Begutachtung die Rente zu mindern und daß im Streitfalle nicht das Gericht, sondern eine Sachverständigenkommission zu entscheiden habe, ob und in welchem Umfang eine Minderung einzutreten habe, wird der Versicherte nicht gehindert, den Rechtsweg zu beschreiten, wenn ein Streit über die Höhe der Invaliditätsrente zurzeit nicht besteht und der Kläger nur auf Zahlung der zukünftig fällig werdenden Rentenbeträge in einer — unbestritten der derzeitigen Sachlage entsprechenden — Höhe klagt. Denn ein solches Urteil nach § 258 ZPO. hindert den Versicherer nicht, auf Grund eines ändernden Ausspruchs der Ärztekommission nach § 323 ZPO. eine Abänderung des Urteils zu erwirken.

2. Vgl. auch oben unter A III 3 (Celle) und zu § 184 VVG.

§ 179. (Vgl. JDR. **10** 1325.) I. Besondere Unfallversicherungsformen. 1. Über Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr vgl. DVersZ. **12** 22. — Vgl. auch unten unter VII.

2. Über die Bedeutung der Unfallversicherung für Automobilfahrten vgl. DVersZ. **12** 60.

3. Über Kundenunfallversicherungen für Käufer von Trauringen vgl. VAPV. **12** 113.

4. Über einheitliche Automobil-Unfall-, Haftpflicht- und Fahrzeugversicherung vgl. Wörner, Kombinierte Kraftfahrzeugversicherung, DVersZ. **12** 41.

5. Wegen des „Versicherungsverbandes deutscher Handwerks- und Gewerbekammern“ s. VAPV. **12** 130 ff. (s. zu § 1 VAG.).

6. Über die Schülerunfallversicherung vgl. VAPV. **13** 103.

7. Über die Volksunfallversicherung vgl. Kleeberg, Die Volksunfallversicherung, AssekJahrb. **35** II 159 ff.

8. BreslauAK. **13** 5 (Breslau). Bei Abonnementsversicherungen gegen tötlichen Unfall liegt keine Lebensversicherung, sondern eine Unfallversicherung vor.

9. Über Abonnenten-Sterbegeldversicherung vgl. VAPV. **13** 97.

10. VAPV. **13** 104. Gegen die Zulässigkeit lebenslänglicher Unfallversicherungsverträge bestehen grundsätzliche Bedenken.

11. Über Unfälle von Feuerwehrleuten vgl. zu § 121 VAG.

II. Kollektivunfallversicherung (vgl. JDR. **10** 1325.) 1. Wegen der Kollektivunfallversicherung vgl. Lenné, ZVersWiss. **12** 1254 ff.

2. Wegen der Kollektiv-Unfallversicherungen der deutschen Studierenden an deutschen Universitäten, vgl. Moebius, ZVersWiss. **12** 598 ff.

3. Über Kinder- und Schülerunfallversicherungen in der Form von Kollektivunfallversicherungen vgl. VAPV. **12** 110—115.

III. Person des Versicherungsnehmers, Versicherung für fremde Rechnung und Einwilligung des Versicherten. 1. Über die Versicherung der Mitglieder freiwilliger Feuerwehren vgl. MasVersRdsch. **24** 211 ff., bes. 220. Die Unfallversicherungsverträge sind nicht mit den Feuerwehren selbst, sondern mit den Gemeinden abzuschließen.

2. Über die von den Schülern selbst als Versicherungsnehmern geschlossenen Schülerunfallversicherungen vgl. VAPV. **13** 103.

3. Wegen der Frage, ob bei Unfallversicherung Versicherung für fremde Rechnung möglich ist, s. Lenné, ZVersWiss. **12** 1250 ff., vgl. zu § 74 VVG.

4. Über die Schüler- (Kollektivunfall-) Versicherung für Rechnung der Eltern bzw. Vormünder vgl. VAPV. **12** 112.

5. Über die Einwilligung bei Kollektivunfallversicherungen (Schülerversicherungen) vgl. VAPV. **12** 111 ff.

6. SchlHolstAnz. **12** 169, R. **12** Nr. 2504 (Kiel). Versichert eine Zeitung ihre Abonnenten gegen tötlichen Unfall unter der Voraussetzung, daß der Abonnent den Abonnementschein eigenhändig mit seiner Namensunterschrift versehen hat, so ist dieser Bedingung nicht genügt, wenn ein Dritter im Auftrage des Abonnenten dessen Namen unter den Schein setzt. Das ergibt sich aus dem Zwecke der Bestimmung, durch welche ein Mißbrauch der Versicherung verhindert und insbesondere verhütet werden soll, daß die Versicherung von Personen in Anspruch genommen wird, welche gar nicht Abonnenten sind.

7. Über bezugsberechtigte Dritte s. zu § 180 VVG.

IV. PosMSchr. **12** 104 (Posen). Die Unfallrenten aus privaten Versicherungsverträgen fallen nicht unter § 850 Ziff. 4 ZPO. — Vgl. auch vor §§ 159 ff. VVG. unter IX 5—7.

V. Wegen der Abonnentenversicherung s. oben I 8 und 9; III 6; ferner zu § 41 VAG. unter 2 (Stettin); vor § 1 VVG. unter II A; zu § 6 VVG. unter V; vor §§ 159 ff. VVG. unter I 2 und unter IX 4; vor §§ 179 ff. VVG. unter B I (Zürich); zu § 180 VVG. unter 2 (Stettin); zu § 181 VVG. unter I 1 (Hamburg); zu § 182 VVG. unter I 3 (Hamburg).

VI. Regreßrecht des Versicherers. 1. Josef, Der gesetzliche Rechtsübergang auf dem Gebiete des Privatversicherungsrechts, AssekJahrb. **35** I 36 ff. § 67 VVG. ist für die Unfallversicherung unanwendbar. Hat der Versicherungsnehmer sich aber nach den Bedingungen verpflichtet, die ihm aus dem Unfalle gegen einen Dritten zustehenden Ansprüche an den Versicherer abzutreten, und

ist eine solche Abtretung nach §§ 843, 844, 847, 400, 412 BGB., § 850 ZPO. unzulässig, so ist die Vereinbarung auszulegen als ein Versprechen des Versicherungsnehmers, er werde vom Dritten verlangen, daß dieser die dem Versicherungsnehmer geschuldeten Beträge an den Versicherer zahle.

2. Über die Regreßansprüche des Versicherers gegen den Vertrauensarzt wegen der dem Versicherungsnehmer durch die ärztliche Behandlung erwachsenen weiteren Schäden vgl. **RG.** WallmVersZ. **47** 489.

VII. Steuerrechtliches. Wehberg, VersAnn. **13** 577 ff. tritt der Ansicht des PrOVG. bei, daß Versicherungsprämien von Unfallversicherungen, die mit Prämienrückgewähr abgeschlossen sind, insoweit nicht steuerpflichtig sind, als sie sich durch die Prämienrückgewähr mindern.

§ 180. (Vgl. JDR. **10** 1325.) 1. VersAnn. **13** 409 (Celle). Wenn bei einer Schülerunfallversicherung der Antrag nicht vom Vater, sondern von der Mutter unterschrieben ist, so ist anzunehmen, daß sie den Antrag auf Abschluß eines Vertrags zugunsten eines Dritten stellen wollte, dergestalt, daß der Sohn unmittelbar aus dem Vertrage das Recht haben sollte, die Leistung zu fordern.

2. VAPV. **12** Nr. 667 (Stettin). Ist von einem Zeitungsverlage zugunsten seiner Abonnenten eine Unfallversicherung dergestalt genommen, daß der Abonnent selbst die Versicherungssumme fordern kann, so ist der Abonnent als Bezugsberechtigter anzusehen. Den Vertragschließenden, d. h. dem Zeitungsverleger und dem Versicherer, steht im Zweifel nicht mehr das Recht zu, das Bezugsrecht des Abonnenten inhaltlich zu verändern, z. B. durch eine Änderung der Versicherungsbedingungen über die Aufnahmeunfähigkeit.

§ 181. (Vgl. JDR. **10** 1329.) Literatur: Josef, Vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls, ZVersWiss. **13** 233 ff. — Derselbe, Lebensgefahr und Amtspflicht, GesuR. **14** 11 ff. — Vgl. auch allgemein zu §§ 6 u. 61 VVG.

I. Auslegung von Verwirkungsklauseln. 1. VersAnn. **13** 468, R. **13** Nr. 1945 (Hamburg). Auf Bestimmungen der Abonnementsversicherungsbedingungen über die Verwirkung des Versicherungsanspruchs kann sich der Verleger nach Treu und Glauben nicht berufen, wenn er an ihrer Einhaltung ein vernünftiges und angemessenes Interesse nicht hat.

2. Wegen der Verwirkung infolge Nichtanmeldung der Invaliditätsansprüche binnen bestimmter Frist vgl. vor §§ 179 ff. VVG. unter A III 5 c und d und A III 6.

II. Verwirkung infolge schuldhafter Herbeiführung des Versicherungsfalls. 1. Josef, Vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls, ZVersWiss. **13** 233 ff. Bestimmen die Bedingungen, daß die Versicherung sich nicht erstreckt auf Unfälle, die der Versicherte infolge eigener grober Fahrlässigkeit erleidet, so haftet der Versicherer, wenn ein Polizeibeamter sich einem durchgehenden Pferde entgegenwirft und dabei verunglückt. Der Beamte ist verpflichtet, solchen Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit entgegenzuwirken. Dies gilt nach den allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen auch für Personen, welche nicht durch Beruf oder Amt zu einem solchen Verhalten verpflichtet sind, sofern sie die Körperbeschädigungen „bei Bemühung zur Rettung von Menschenleben" erleiden. Sind aber keine Menschenleben zu retten und ist der Versicherte auch nicht durch Beruf oder Amt zu der ihn gefährdenden Handlung verpflichtet, so haftet der Versicherer nicht, wenn sich der Versicherte der Gefahr willkürlich ausgesetzt hat. Es ist nicht Sache des Richters, eine Mittellinie zwischen den einander widerstreitenden Interessen zu finden, wenn die Kontrahenten selbst eine Grenzlinie gezogen haben. Eine vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls liegt auch dann vor, wenn der gegen Unfall versicherte Kapitän eines Kriegsschiffs das Schiff und damit sich selbst in die Luft sprengt, um der Kaperung zu entgehen.

2. Wegen des Eventualdolus vgl. zu § 61 VVG.

3. Über die Frage der Haftung des Unfallversicherers für Verletzungen, die der Versicherungsnehmer sich im Schlafe verursacht, vgl. WallmVersZ. **46** 1497 ff.

4. **RG.** WallmVersZ. **47** 1937, LeipzZ. **13** 489. „Abgespanntheit" und „Gedankenversunkenheit", entlasten den Versicherten nicht gegenüber dem Vorwurfe grober Fahrlässigkeit, sofern er den erlittenen Unfall durch Außerachtlassung der gewöhnlichen, jedermann ohne weiteres als notwendig erkennbaren Vorsicht herbeigeführt hat.

5. **RG.** VersAnn. **13** 655. Ein Hotelbesitzer kann sich bei einem von ihm erlittenen Fahrstuhlunfalle nicht damit entschuldigen, daß die unverkennbar mangelhafte Einrichtung von einer als vorzüglich anerkannten Firma ausgeführt und daß sie von den Behörden nicht beanstandet worden ist.

6. **RG.** VersAnn. **12** 835. Der Tierhalter hat den Unfall mitverschuldet, wenn er die Pferde nicht abgesträngt hat, obwohl er mit ihnen in der Nähe einer vielbefahrenen Eisenbahnstrecke hielt, wo er mit den der Eisenbahn eigentümlichen Geräuschen rechnen mußte, und die Pferde dann vor dem Dampf und Pfiff einer Lokomotive scheuten.

7. Wegen der Beweislast hinsichtlich der Schuld bei Herbeiführung des Versicherungsfalls s. vor §§ 179 ff. VVG. unter E II 5 (RG.).

8. Über Beteiligung an „Schlägereien" und „Raufhändeln" vgl. oben vor §§ 179 ff. unter C VII.

III. Sonstige Verwirkungsgründe. 1. **RG.** VAPV. **13** Nr. 744, VersAnn. **12** 774, WallmVersZ. **47** 1889, SaskisVersZ. **12** 156, R. **12** Nr. 3499. Selbst wenn der Versicherte in der Absicht, eine höhere Unfallentschädigung zu erlangen, die Ärztekommission über seine Krankheit zu täuschen versucht, verwirkt er seine Ansprüche gegen den Versicherer nicht.

2. Vgl. auch vor §§ 179 ff. VVG. unter E II 9 (Darmstadt) und zu § 182 VVG.

§ 182. (Vgl. JR.. **10** 1327.) Literatur: DVersZ. **12** 8 ff., Rechtzeitige Orientierung des Bezugsberechtigten über seine Pflichten und Rechte nach Eintritt des Versicherungsfalls. — Vgl. auch zu §§ 6, 33 u. 61 VVG.

I. Beginn der Anzeigepflicht, Entschuldbarkeit der Unterlassung. 1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehr, ZVersWiss. **13** 301. Der Versicherer darf sich nach Treu und Glauben auf die mit der Anspruchsverwirkung bedrohte Nichtbeobachtung einer Anzeigevorschrift — sofortige telephonische Anzeige — nicht berufen, wenn deren Beobachtung im einzelnen Falle völlig bedeutungslos gewesen sein würde.

2. VAPV. **12** Nr. 672 (Hamm). Gilt als „Unfall" im Sinne der Bedingungen nur das Unfallereignis, welches den Tod oder Invalidität verursacht, so beginnt die Anzeigefrist nicht schon mit dem Unfallereignis selbst, sondern mit dem Tage, wo der Versicherte annehmen konnte und mußte, daß die Verletzung den Tod oder eine dauernde Erwerbsbeeinträchtigung hervorrufen werde.

3. VersAnn. **13** 468, R. **13** Nr. 1945 (Hamburg). Ist im Abonnentenversicherungsvertrage vorgeschrieben, daß die Anmeldung des Unfalls von denjenigen Personen, welche die Versicherungssumme erheben wollen, persönlich zu erfolgen habe, so genügt es, wenn für die Mutter und deren minderjährige Kinder ein von der Mutter Bevollmächtigter die Anmeldung vornimmt. Die Anzeigefrist beginnt ferner, sofern sich nicht das Gegenteil klar aus den Bedingungen ergibt, erst mit dem Tode, nicht schon mit dem Unfall. Eine Frist von 48 Stunden hat die Bedeutung einer Frist von 2 Tagen und beginnt nach § 187 Abs. 1 BGB. erst mit dem Ablauf des Tages, an dem sich der Unfall ereignete.

4. BreslauAK. **13** 5 (Breslau). Die Versäumung der Unfallanzeige ist unentschuldbar, wenn der Versicherte nach Lage der Sache annehmen mußte, daß der Unfall

den Tod zur Folge haben kann. Der Versicherte muß dies annehmen, sofern er weiß, daß der Unfall ein schwerer ist.

5. **RG.** VAPV. **13** Nr. 723, VersAnn. **13** 29, WallmVersZ. **47** 617, R. **13** Nr. 280, MasVersRdsch. **25** 24. Bei Ereignissen, die nicht sofort eine körperliche Schädigung herbeiführen, muß der Versicherungsnehmer die Anzeige erstatten, sobald er bei verständiger, von einem besonnenen Menschen zu erwartender Erwägung aller Umstände veranlaßt ist, mit der Möglichkeit einer Beschädigung, welche eine Ersatzpflicht des Versicherers begründen kann, ernstlich zu rechnen.

6. VAPV. **12** Nr. 671 (Hamm). Wenn die Versicherung sich nur auf solche Unfälle bezieht, welche den Tod oder die dauernde Invalidität des Verletzten binnen 3 Monaten verursachen, so liegt keine grobfahrlässige Verletzung der Anzeigepflicht vor, wenn der Versicherte die Anzeige trotz der Schwere des Unfalls zunächst unterläßt, weil ihm der behandelnde Arzt versichert, die Erkrankung werde sich soweit bessern, daß er in einigen Wochen wieder arbeiten könnte. Grobe Fahrlässigkeit liegt auch nicht vor, wenn er dann plötzlich erfährt, er müsse am nächsten Tage operiert werden, und infolge dieser Aufregung und dann infolge der körperlichen Erschöpfung und der Schmerzen nach der Operation die Anzeige noch einige Tage unterläßt.

7. **RG.** VersAnn. **13** 766. Die Verspätung der Anzeige des Unfalls befreit den Versicherer nicht von seiner Zahlungspflicht, wenn derjenige, dem die Anzeige oblag, sich nicht im Besitze der Police befand, die Bestimmungen über die Anzeigepflicht nicht kannte und sich infolge des Unfalls in großer Aufregung befand.

8. VAPV. **13** Nr. 736 (Breslau). Die Anmeldung des Versicherungsfalls ist eine der in § 6 behandelten Obliegenheiten. Ist der Anzeigepflichtige minderjährig und sein gesetzlicher Vertreter so schwer verletzt, daß er zur Erstattung der Anzeige nicht imstande ist, so ist die Unterlassung der Anzeige entschuldigt. Hat der Vormund, bevor er als solcher bestellt worden war, die Anzeige vorgenommen, so braucht er sie nach seiner Bestellung nicht zu wiederholen.

9. R. **13** Nr. 3303 (Hamburg). Wenn die Versicherungsbedingungen bestimmen, daß der Versicherungsfall „sofort" anzuzeigen sei, ist aber nicht besonders zum Ausdruck gebracht, daß Sonn- und Feiertage von der Pflicht zur sofortigen Anzeige entbinden, so ist die Auslegungsregel des § 193 BGB. anzuwenden.

10. **RG.** VAPV. **13** Nr. 768, JW. **13** 274, VersAnn. **13** 101, LeipzZ. **13** 315, WallmVersZ. **47** 1065, ZVersWes. **13** 140, WarnE. **13** Nr. 110, R. **13** Nr. 605 und 606. Die entschuldbare Unterlassung sofortiger telegraphischer Anzeige vom Tode des Versicherten entbindet noch nicht von der telegraphischen Anzeige überhaupt. Durch die zeitweilige Verhinderung des Anzeigepflichtigen erlischt die Anzeigepflicht nicht, nach Wegfall des Hinderungsgrundes ist die Anzeige daher unverzüglich in der vorgeschriebenen Form nachzuholen.

11. OLG. **24** 222, R. **12** Nr. 2438 (Hamburg). Bei der Unfallversicherung auf den Todesfall ist der Unfall — nicht erst der Tod — innerhalb der vorgeschriebenen Frist zu melden, sofern mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß der Tod eintritt.

12. **RG.** WallmVersZ. **46** 354. Wenn der Versicherungsnehmer infolge des ihm zugestoßenen Unfalls körperlich und geistig unfähig ist, den Unfall rechtzeitig anzumelden oder die Anmeldung zu veranlassen, so tritt keine Verwirkung des Versicherungsanspruchs ein. Dies gilt auch dann, wenn der Versicherungsnehmer zwar zur Erstattung einer einfachen Anzeige imstande war, nicht aber zur Erstattung einer streng formularmäßigen und — wenn auch irrigerweise — eine solche für erforderlich hielt.

II. Anzeigepflicht der Erben oder Begünstigten, Orientierungspflicht des Versicherungsnehmers. 1. Rechtzeitige Orientierung des Bezugsberechtigten über seine Pflichten und Rechte nach Eintritt

des Versicherungsfalls, DVersZ. **12** 8. Das Unterbleiben rechtzeitiger Anzeige durch den Begünstigten ist nur dann entschuldigt, *wenn der Begünstigte von seiner Begünstigung* keine Kenntnis hatte, *seine* Unkenntnis auch nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Unerheblich ist, ob der Begünstigte *seine Anzeigepflicht* kennt oder nicht.

2. Über die Entschuldbarkeit verspäteter Anzeige des Versicherungsfalls, wenn die Hinterbliebenen von der Versicherung keine Kenntnis hatten, und über die Verpflichtung des Versicherungsnehmers, seine Angehörigen durch Mitteilung der Versicherung in den Stand zu setzen, die Fristvorschriften einzuhalten, vgl. auch VAPV. **13** 118.

3. VAPV. **13** 118, VersAnn. **12** 604 (Celle). Eine Verpflichtung des Versicherungsnehmers, seine Angehörigen sofort nach Abschluß des Versicherungsvertrags über den Abschluß des Versicherungsvertrags und über die Verpflichtung zur fristgemäßen Anzeige des Versicherungsfalls zu unterrichten, besteht nicht.

4. **RG.** VersAnn. **12** 882, VAPV. **12** Nr. 722, R. **13** Nr. 1668, VersAnn. **13** 130, WarnE. **13** Nr. 167. Ob die dem Versicherungsnehmer auferlegte Pflicht zur Unfallanzeige ohne weiteres auch die Pflicht enthält, sofort nach Abschluß der Versicherung die Drittberechtigten bezw. seine Angehörigen von der Anzeigepflicht zu unterrichten, ist Tatfrage und von Fall zu Fall zu entscheiden. Soweit aber eine solche Mitteilungspflicht besteht, entsteht sie nicht erst mit dem Eintritte des Unfalls.

5. VAPV. **13** Nr. 766 (Celle). Der Versicherte ist nicht verpflichtet, zur Ermöglichung fristgemäßer Unfallanzeige seinen Angehörigen von dem Bestehen der Versicherung Mitteilung zu machen. Keinesfalls würde in dem Unterlassen der Mitteilung eine schuldhafte Verletzung einer Obliegenheit liegen. Und selbst die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht führt nicht zu einer Anspruchsverwirkung, sofern die Verwirkungsgründe genau aufgezählt sind, das Unterlassen jener Mitteilung aber nicht mit erwähnt ist.

6. **RG.** JW. **12** 152, VersAnn. **12** 69, WallmVersZ. **46** 644, LeipzZ. **12** 478, ZVersWes. **12** 86, WarnE. **12** Nr. 95, R. **12** Nr. 511, MasVersRdsch. **25** 22. Bei der Entscheidung der Frage, ob das Unterbleiben der Anzeige entschuldigt ist, kommt es nur darauf an, ob das Verhalten *des Ansprucherhebenden selbst* frei von Verschulden ist. Ist im Vertrag eine Pflicht des Versicherten, seine Rechtsnachfolger über ihre Pflicht zur Anzeige des Todesfalls zu informieren, nicht festgestellt, so besteht eine solche Belehrungspflicht nicht und die Rechtsnachfolger, die infolge ihrer Unkenntnis über ihr Recht die Anzeige unterlassen haben, brauchen das Unterlassen dieser Belehrung nicht gegen sich gelten zu lassen. Die Versäumung ist aber nur dann entschuldbar, wenn die Unkenntnis von dem Rechte nicht grob fahrlässig ist.

7. Vgl. auch unter III 2.

III. *Pflicht zur Auskunft, zur Beschaffung von Belegen und zur Sektionsvornahme.* 1. Vgl. im allgemeinen zu § 34 VVG.

2. SächsOLG. **32** 529 (Dresden). Wenn die Versicherungsbedingungen vorschreiben, daß „unverzüglich, spätestens am Tage nach dem Tode, in zweifelhaften Fällen durch Sektion, der Tod als direkte .... Folge eines .... Unfalls konstatiert und ein ausführlicher Bericht über den Befund der Sektion vor der Beerdigung der Gesellschaft eingereicht“ werden müsse, so können die Erben die Unterlassung aller dieser Maßnahmen damit entschuldigen, daß ihnen die Versicherung gar nicht bekannt gewesen sei. Sobald sie ihnen aber bekannt wird, haben sie jenen Verpflichtungen nachzukommen. Die Ausgrabung der Leiche zum Zwecke der Sektion verstößt nicht gegen die guten Sitten, denn der Verstorbene selbst hatte sich der Sezierungsklausel unterworfen. Dies gilt zum mindesten dann, wenn es sich um höhere Versicherungswerte handelt. Ein zur Sektion veranlassender „zweifelhafter Fall“

liegt schon dann vor, wenn der Versicherer die Sektion verlangt, weil er das Vorliegen eines „Unfalls" oder dessen tötliche Wirkung bestreitet, es sei denn, daß diese Anzweifelung offensichtlich grundlos ist.

3. Für den Fall der Verschollenheit vgl. auch zu § 171 VVG. unter 1.

§ 183. (Vgl. JDR. **10** 1328.) Literatur: VersAnn. **12** 798 ff., Wie weit muß der gegen Unfall Versicherte den Anordnungen des Gesellschaftsarztes Folge leisten?

I. Verpflichtung zur Duldung einer angeordneten Heil- und Anstaltsbehandlung oder einer Operation (vgl. JDR. **10** 1328). 1. Grauer, Treu und Glauben im Versicherungsverkehre, ZVersWiss. **13** 304 ff. a) Der Versicherungsnehmer hat so zu handeln, wie ein verständiger Mann handeln würde, der die Folgen des Unfalls selbst zu tragen hätte. Der Versicherer kann nicht verlangen, daß der Versicherungsnehmer sich einer Operation unter Narkose unterziehe. Ob ein operativer Eingriff als gefahrvoll zu erachten ist, darüber entscheidet allein das subjektive Empfinden des Versicherten. b) Hat der Versicherer dem Verletzten aufgegeben, sich durch einen Vertrauensarzt der Gesellschaft untersuchen zu lassen, und kommt der Versicherte bei der hierbei angewandten Röntgenbestrahlung zu Schaden, so hat der Versicherer hierfür in vollem Umfang einzustehen, gegebenenfalls auch über den Betrag der Versicherungssumme hinaus.

2. VAPV. **12** Nr. 672 (Hamm). Ist der Versicherte verpflichtet, sich binnen 24 Stunden nach dem Unfall in ärztliche Behandlung zu begeben, gilt aber als „Unfall" nur dasjenige Unfallereignis, welches den Tod oder Invalidität verursacht, so beginnt die Frist erst mit dem Zeitpunkt, in welchem der Versicherte annehmen konnte und mußte, daß das Ereignis den Tod oder eine dauernde Erwerbsbeeinträchtigung herbeiführen könne.

3. **RG.** R. **13** Nr. 1708. Der Verletzte muß sich einer energischen Behandlung in einer Klinik unterziehen, wenn seine persönlichen Verhältnisse dies gestatten. Ein Verschulden des von ihm zugezogenen Arztes braucht er nicht zu vertreten.

4. VAPV. **13** Nr. 740 (Königsberg). Der Verletzte braucht sich einer Operation zwecks Minderung der Unfallschäden nicht zu unterziehen, wenn sich nicht voraussehen läßt, ob die Operation den Schaden gänzlich und dauernd beseitigen wird.

5. R. **13** Nr. 3302 (Colmar). Der gegen Unfall Versicherte ist zur Wahrung seiner Versicherungsansprüche nur dann verpflichtet, sich einer Operation zu unterziehen, wenn der operative Eingriff nach den Gutachten von Sachverständigen nicht mit Gefahren für sein körperliches Befinden und nennenswerten Schmerzen verknüpft ist und die Ausführung der Operation eine beträchtliche Besserung seiner Leistungsfähigkeit mit Sicherheit erwarten läßt.

6. **RG.** VAPV. **12** Nr. 673, R. **12** Nr. 985. Inwieweit der Verletzte verpflichtet ist, sich einer Operation zu unterziehen, läßt sich nur nach den konkreten Umständen des einzelnen Falles prüfen. Hierbei kommt es namentlich auf die Beschaffenheit des Leidens, die Schwere und Gefährlichkeit der Operation und auf die mehr oder minder große Aussicht auf Erfolg an. Die Abnahme eines Fingerglieds ist keine schwierige und gefährliche Operation. Die Dringlichkeit der Operation mußte der Versicherte daraus entnehmen, daß der behandelnde Arzt die Verantwortung für den Fall, daß die Operation unterblieb, ausdrücklich abgelehnt hatte.

7. LeipzZ. **12** 717, VAPV. **12** Nr. 674 (Hamburg). Hat der Versicherte sich nach den Bedingungen „auch späterhin ärztlichen Untersuchungen auf Verlangen und Kosten" des Versicherers zu unterziehen und zieht „jede Zuwiderhandlung oder Nichtbeachtung den Verlust aller Entschädigungsansprüche nach sich", so verliert der Versicherte, der sich zwar ärztlich, aber nicht vom Vertrauensarzte des Versicherers untersuchen lassen will, seine Ansprüche nicht. Die Policenbestimmung ist nicht un-

zweideutig, sie ist daher zugunsten des Versicherten auszulegen. Und selbst wenn die Bestimmung den Sinn hätte, daß der Versicherte sich vom Vertrauensarzt untersuchen lassen müsse, so kann sich der Versicherer doch nicht auf die Verwirkungsklausel berufen, weil der Irrtum des Versicherten über diese Obliegenheit entschuldbar ist.

8. **RG.** WallmVersZ. **47** 193, HansGZ. **13** Beibl. 17 bestätigt diese Entscheidung unter 7. Die Aufeinanderfolge von zwei Absätzen eines Paragraphen der Versicherungsbedingungen läßt zwar den gegenteiligen Schluß als besonders naheliegend erscheinen, daß die Untersuchung durch den Vertrauensarzt erfolgen sollte, es ist aber die Auffassung des OLG. Hamburg ohne Rechtsirrtum möglich.

9. **RG.** VersAnn. **13** 704, ZVersWes. **13** 681, SaskisVersZ. **13** 176, JW. 13 975 JW. **13** 975, R. **13** Nr. 2547. Dem Verletzten kann es zugemutet werden, sich zur völligen oder teilweisen Wiederherstellung seiner Erwerbsfähigkeit einer Operation zu unterziehen, sofern diese nach dem Gutachten von Sachverständigen gefahrlos ist, wobei die durch unvorhersehbare Umstände bedingte Gefahr außer Betracht zu bleiben hat. Es scheiden daher alle Operationen aus, welche — im Gegensatze zu bloß örtlicher Unempfindlichmachung — eine Chloroformnarkose voraussetzen: denn hier läßt sich trotz sorgfältigster vorheriger Untersuchung der Körperbeschaffenheit des Leidenden nie mit Sicherheit ein tötlicher Ausgang ausschließen. Die Operation darf ferner nicht mit nennenswerten Schmerzen verknüpft sein.

10. OLG. **24** 281, R. **12** Nr. 2172 (Naumburg). Wenn der Verletzte aus dem Rate des Arztes, sein Haus zu bestellen, schließen konnte, daß eine ihm angesonnene Operation nicht gefahrlos sei, und deshalb die Operation ablehnt, so liegt darin keine schuldhafte Pflichtverletzung.

II. Wegen der Kosten der Heilbehandlung (vgl. JDR. **10** 1328) vgl. zu § 185 VVG.

III. Schaden durch Anstaltsbehandlung oder operativen Eingriff. Vgl. JDR. **10** 1328 und oben unter I 1 a und I 3.

IV. Wegen der Versicherung für fremde Rechnung s. Lenné, ZVersWiss. **12** 1239 ff., vgl. zu § 74 VVG.

§ 184. (Vgl. JDR. **10** 1328.) 1. Über die materiell-rechtlichen und prozessualen Fragen, die sich aus der Schiedsgutachterklausel ergeben, vgl. allgemein zu § 64 VVG. und vor §§ 179 ff. VVG. unter E IV.

2. **RG.** VAPV. **13** Nr. 724, WallmVersZ. **47** 273, WarnE. **12** Nr. 441, R. **12** Nr. 3282. Die vertragliche Abrede, daß die Beurteilung der Frage des ursächlichen Zusammenhanges durch eine Ärztekommission zu erfolgen habe, braucht der Prozeßrichter nur zu berücksichtigen, wenn sich eine der Parteien auf sie beruft.

3. **RG.** VAPV. **13** Nr. 768, JW. **13** 274, VersAnn. **13** 101, WallmVersZ. **47** 1065, LeipzZ. **13** 314, WarnE. **13** Nr. 110, R. **13** Nr. 605 u. 606, ZVersWes. **13** 140. Wenn der Versicherer in den beiden ersten Instanzen weder den tatsächlichen Zusammenhang zwischen Unfall und Tod bestritten, noch die Formulierung des auf Zahlung gerichteten Klagantrags bemängelt hat, ist der Richter prozessual nicht verhindert, von der Mitwirkung der Kommission abzusehen. Es kann daher auf Grund einer mit der Revision vorgebrachten Rüge nicht mehr verlangt werden, daß über die Kausalitätsfrage die Ärztekommission entscheiden solle, weil insoweit der Rechtsweg ausgeschlossen sei.

4. **RG.** VAPV. **12** Nr. 676, WallmVersZ. **46** 305, LeipzZ. **12** 563, ZVersWes. 12 448, R. **12** Nr. 2432. Wenn die Schätzungskommission darüber, ob und in welchem Grade der Verletzte später wieder arbeitsfähig geworden ist, entscheiden soll und der Kommissionsausspruch schriftlich begründet, sich auch genau und erschöpfend aussprechen soll, so muß er, wenn er verbindlich sein soll, sich klar darüber auslassen, ob der Versicherungsnehmer später unter Berücksichtigung seines Be-

rufs, seiner Lebensstellung, seiner Kenntnisse und Fähigkeiten wieder arbeitsfähig geworden ist. Besagt der Kommissionsausspruch nur, daß es sich um eine rein traumatische Neurose handle und daß der Versuch der Arbeitswiederaufnahme im Interesse des Verletzten liege, daß deshalb eine Herabsetzung der Vollrente auf eine solche von 75 pCt. gerechtfertigt erscheine, so liegt ein bindendes Gutachten nicht vor; die Kommission will nur die Anstellung eines Versuchs empfehlen und von dessen Ausfall soll die endgültige Entscheidung abhängen.

5. **RG.** VAPV. **13** Nr. 743, VersAnn. **13** 165, LeipzZ. **13** 400, WallmVersZ. **47** 905. Der Ausspruch der ärztlichen Schiedskommission ist „offenbar unbillig" nicht nur dann, wenn er von vornherein handgreiflich unrichtig erscheint, sondern auch dann, wenn die sachlich unzutreffende Entscheidung auf einer sofort in die Augen fallenden Flüchtigkeit in der Beschaffung der Unterlagen für das Gutachten beruht.

6. Heine, Versicherungsrechtliche Erörterungen, LeipzZ. **12** 308. Der vom Versicherungsnehmer nach § 184 VVG. gestellte Antrag genügt zur Wahrung der Ausschlußfrist des § 12 Abs. 2 VVG.

§ 185. (Vgl. JDR. **10** 1329.) 1. **RG.** LeipzZ. **12** 166, VAPV. **12** Nr. 655, ZVersWes. **12** 354, WallmVersZ. **46** 33, MasVersRdsch. **24** 225. Wenn die Versicherungsgesellschaft von dem Unfallverletzten bedingungsgemäß verlangt, er solle sich einer Kur bei einem bestimmten Arzte unterziehen, so hat sie die Kosten für diese Behandlung zu tragen.

2. **RG.** R. **13** Nr. 1852. Der Verletzte, dem der Arzt Erholungsreisen verordnet hat, ist nicht verpflichtet, anstatt in Kurorte und Sommerfrischen zu gehen, die Gastfreiheit von Verwandten in Anspruch zu nehmen, weil dem Versicherer dadurch Kosten erspart werden.

Fünfter Abschnitt. Schlußvorschriften.

Vorbemerkung zu §§ 186—194: Besondere Neuerscheinungen sind nicht zu erwähnen.

§ 186. (Vgl. JDR. **10** 1329.) Literatur: 1. Zur Rückversicherung: Jahn, Studien zur Rückversicherung, ZVersWiss. **12** 546 ff., 803 ff. — Kleeberg, Die wirtschaftliche Natur der Rückversicherung, AssekJahrb. **13** II 151 ff. — Obermayer, Die Rückversicherung (Inaugural-Diss.). Borna-Leipzig 1912. — Rudloff, zum Begriff des Deckungsvertrags Mittöff.Feuerverf.Anst. 12 193 ff. — 2. Zur Seeversicherung: Vgl. oben zu §§ 778 ff. HGB.

1. Jahn, Studien über Rückversicherung, ZVersWiss. **12** 546 ff., 803 ff. Der Verf. findet das Unterscheidungsmerkmal zwischen der Rückversicherung und der Mitversicherung darin, daß bei letzterer der eine Versicherer als Vertreter und Geschäftsführer der übrigen auftritt und der Versicherungsnehmer mit jedem Versicherer in einem Vertragsverhältnisse steht, während er bei der Rückversicherung nur mit dem Rückversicherungsnehmer in rechtlicher Beziehung steht. Er behandelt dann die Funktion (§ 2), Begriff (§ 3) und Bedeutung (§ 4) der Rückversicherung, Auslegung des Begriffs „Risiko" (§ 5), das „Maximum" (§ 6), die Stellung der Rückversicherung gegenüber der Direktversicherung (§ 7), Gesamtrückdeckung von Portefeuilles und von Einzelrisiken (§ 8), Gefahren- und Summenrückversicherung (§ 9), den Geschäftsgang der Rückversicherung gegenüber dem der direkten Versicherung (§ 10) und schließlich die gesetzliche Regelung der Rückversicherung (§ 11), ferner die geschichtliche Entwicklung der Rückversicherung und dann (§§ 13—35) die Technik und Organisation der Rückversicherung, (§§ 36—38) die Rentabilität und Bedeutung der deutschen Rückversicherung, (§§ 39—43) Aktiengesellschaften und Gesellschaften auf Gegenseitigkeit. Zwischen allen diesen Ausführungen, die wesentlich die wirt-

schaftliche Seite der Rückversicherung behandeln, finden sich auch vereinzelte rechtliche Ausführungen, so z. B. im § 26 über die Anzeigepflicht.

2. **RG.** WallmVersZ. **46** 49, ZVersWiss. **12** 1069, 1071. Das bei der Rückversicherung bestehende Gewohnheitsrecht, daß der Erstversicherer einen Teil des Risikos behalten muß, ist nur dispositiv.

3. **RG.** VersAnn. **13** 104, HansGZ. **13** 130, WallmVersZ. **47** 1617, ZVersWes. **13** 334. Die Weitergabe von Risiken an auswärtige Gesellschaften pflegt nur gegen Deckung zu erfolgen. Abmachungen über diese Deckung, über den sog. Rückversicherungsgarantiefonds können daher von dem Rückversicherungsnehmer nicht jederzeit frei widerrufen werden. Dies gilt auch im Verhältnisse zu demjenigen, der zur Vermittlung der Rückversicherungsverträge ermächtigt worden und dem das Recht eingeräumt ist, sowohl für eigene Forderungen, als auch für solche der Rückversicherungsgesellschaften einen Teil der eingezahlten Prämien als festen Prämienreservefonds, als Garantiefonds bei sich einzubehalten. Er hat dann die Stellung eines Treuhänders und braucht den Fonds nicht zurückzugeben, solange noch Risiken laufen.

4. Über die Rechtslage bei der Rückversicherung, wenn mehrere Versicherungsgesellschaften durch eine und dieselbe Maklerfirma vertreten werden, vgl. vor §§ 43 ff. VVG. unter II 3.

5. Wegen Verwechselungsgefahr bei Firmen von Rückversicherungsgesellschaften vgl. vor §§ 1 ff. VAG. unter I.

6. OLG. **24** 220, R. **12** Nr. 2444, MittöffFeuerversAnst. **12** 192 (Naumburg). Die Deckungsversicherung zwischen zwei Feuerversicherungsgesellschaften kommt allein durch den Vertrag zwischen ihnen zustande. Aushändigung der Deckungsbestätigung und Abschluß der Teilversicherung mit dem Versicherungsnehmer ist dazu nicht erforderlich. Es genügt für das Zustandekommen des Vertrags zwischen den beiden Gesellschaften, wenn der zum Abschlusse nicht bevollmächtigte Kommissar der die Deckung gewährenden Gesellschaft auf Grund einer Besprechung mit seinem vertretungsberechtigten Direktor, bei welcher dieser sich „zur Indeckungsnahme bereit" erklärt hatte, der Gegengesellschaft mitteilt, daß seine Gesellschaft „von heute ab die Hälfte des Objekts zu den festgesetzten Bedingungen übernimmt".

7. Hiergegen wendet sich R u d l o f f, Zum Begriffe des Deckungsvertrags, MittöffFeuerversAnst. **12** 193 ff. a) Es ist zu scheiden zwischen dem vorläufigen Deckungsvertrag zwischen den beiden Gesellschaften und dem endgültigen Deckungsvertrag. Ersterer ist eine Art Rückversicherungsvertrag, auf den die Vorschriften des VVG. keine Anwendung finden, letzterer ein mit dem Abschlusse des Erstversicherungsvertrags zustande kommender Gesellschaftsvertrag nach §§ 705 ff. BGB., bei welchem stillschweigend eine ausschließliche Geschäftsführungsbefugnis der ersten, „führenden" Versicherungsgesellschaft ausgemacht wird. b) In den Worten „Wir sind zur Indeckungsnahme bereit" liegt nicht bloß die Erklärung der Bereitwilligkeit, dem Geschäfte näher zu treten, sondern der Geschäftsabschluß selbst. c) Der Deckungsvertrag ist von dem Zustandekommen und dem Fortbestande des Erstversicherungsvertrags unabhängig. Der Zweitversicherer hat aber, wenn der Erstversicherungsvertrag nicht zustande kommt, das Recht, von dem vorläufigen Deckungsvertrage zurückzutreten.

8. K o n k u r s u n d R ü c k v e r s i c h e r u n g. B u e r s c h a p e r, Einfluß des Konkurses auf schwebende Versicherungsverhältnisse (Leipz. Diss., Borna 1911). Der Erstversicherungsnehmer erhält im Konkurse des Versicherers bei Eintritt des Versicherungsfalls v o r der Konkurseröffnung nur die Konkursquote. Der Rückversicherer dagegen hat an die Konkursmasse des Erstversicherers die volle in dem Rückversicherungsvertrage bedungene Summe zu zahlen. Im Konkurse des Versicherungsnehmers hat der Erstversicherer voll zur Masse zu leisten. Diese Leistung hat ihm der Rückversicherer nach Maßgabe des Rückversicherungsvertrags zu er-

setzen. Im Konkurse des Rückversicherers ist der Rückversicherungsanspruch Konkursforderung, falls der Versicherungsfall vor der Konkurseröffnung eingetreten ist, anderenfalls ist er Masseanspruch. Diese Grundsätze finden im Falle der Retrozession analoge Anwendung.

§ 187. (Vgl. JDR. **10** 1330.) Literatur: 1. Kredit-, Kursverlust- und Depositenversicherung: Herzfelder, Neue Formen der Kreditversicherung, ZVersWiss. **13** 25. — Derselbe, Kreditversicherung und Auskunfteien, AssekJahrb. **13** II 90 ff. — Heß, Die Depositenversicherung der Kreditgenossenschaften. Berlin 1913. — Mager, Die Bardepositenversicherung zum Schutze der Einzahler gegen Verlust bei Bankkonkursen. Leipzig-Ötzsch 1912. — Derselbe, Zur Frage der Depositenversicherung, BankA. **11** 292. — Molt, Der Kreditversicherungsvertrag, zugleich ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Versicherungsrechts. Berlin 1913. — von Speyr, Börsenprämiengeschäfte als Versicherungsgeschäfte, BankA. **12** 372. — Über Literatur zur Kreditversicherung vgl. auch Neumann, Die deutsche Versicherungsliteratur des 18. Jahrhunderts, ZVersWiss. **12** 800 ff. — 2. Arbeitslosenversicherung: Baab, Zur Frage der Arbeitslosenversicherung, der Arbeitsvermittlung und der Arbeitsbeschaffung. Leipzig 1911. — Brandt-Wyt, Zur Arbeitslosenversicherung, ZVersWiss. **12** 833 ff. — Giesberts, Zum Problem der Arbeitslosenversicherung, Dokum. des Fortschritts **12** 3 ff. — Moldenhauer, Die Versicherung der Arbeitslosen (Vortrag), Nr. 505 der Mitteilungen des Mittelrheinischen Fabrikantenvereins. Mainz 1912.

I. Kursverlustversicherung und Ausfallversicherung. 1. von Speyr, BankA. **12** 372, führt aus, daß die Vorprämiengeschäfte der Börse nicht Spiel-, sondern wirtschaftlich zweckmäßige Versicherungsgeschäfte gegen Kursverlust seien.

2. Über Hypothekenausfallversicherung vgl. WallmVersZ. **46** 24 ff.

3. Über die Versicherung von Preisdifferenzen im Zuckerhandel vgl. WallmVersZ. **46** 159 ff.

4. Über Kreditversicherungsverträge vgl. auch zu § 6 VVG. unter I 2.

II. Laufende Transportversicherung. 1. Darüber, ob die Versicherung von Juwelen, Schmucksachen und Wertgegenständen als Transportversicherung im Sinne von § 116 VAG. anzusehen ist, vgl. VAPV. **12** 136 (s. zu § 116 VAG.).

2. **RG.** WallmVersZ. **46** 1481, ZVersWes. **12** 649, R. **12** Nr. 2445, EisenbE. **29** 204, HansGZ. **12** 237. Bei einer laufenden Transportversicherung kommt die einzelne Versicherung dadurch zustande, daß ein unter die Police fallender Transport verwirklicht wird und die Reisegefahr begonnen hat. Die Deklaration ist lediglich eine dem Versicherungsnehmer obliegende Vertragspflicht, von deren Erfüllung grundsätzlich das Zustandekommen des Einzelversicherungsvertrags nicht abhängt. Das entschuldbare Unterbleiben und die entschuldbare Unrichtigkeit der Deklaration beeinträchtigt nicht dessen Rechtsgültigkeit. Schäden, die vor Beginn des Transports eintreten, fallen aber nicht unter die Versicherung.

3. Vgl. auch zu § 134 VVG. unter 2 und Wedemeyer, DJZ. **12** 252 ff. (s. zu § 10 VVG.).

4. **RG.** DVersZ. **11** 270, ZVersWiss. **12** 177. Wenn der Versicherte bei einer „laufenden Versicherung" nach den Bedingungen alle Bezüge und Versendungen, deren Versicherung ihm überlassen ist, bei der Versicherungsgesellschaft zu versichern hat und die Versicherungen in ein Versicherungsheft eingetragen werden sollen, dem Versicherer aber das Recht gewährt wird, jederzeit in dieses Heft und in die Bücher und die Korrespondenzen des Versicherten, soweit sie sich auf die Warensendungen beziehen, Einsicht zu nehmen, so bezieht sich dieses Recht auf die Büchereinsicht nicht nur auf die versicherungspflichtigen Bezüge und Versendungen, sondern auf alle Bücher und Korrespondenzen, welche derartige Warentransporte betreffen: der Versicherer muß in die Lage versetzt werden, selbst sich ein Urteil darüber zu bilden, welche Versendungen und Bezüge unter das Versicherungsverhältnis fielen.

§ 189. (Vgl. JDR. **10** 1330.) Literatur: Behrens, Die deutsche Volksversicherung. Berlin 1914. — Hirschel, Der Rückkauf in der Volksversicherung, ÖstZVersWiss. **12** 372 ff. — Hornig, Die deutsche Volksversicherung, Geschichte, Wesen und Reformbestrebungen. Berlin-Lankwitz 1913. — Nabholz, Die Volksversicherung als organische Ergänzung der Sozialversicherung, ZVersWiss. **13** 129 ff.

Hirschel, Der Rückkauf in der Volksversicherung, ÖstZVersWiss. **12** 372 ff., wendet sich gegen § 152 des Österr. Entwurfes zum VVG., der ähnlich wie § 189 Ziff. 2 des deutschen VVG. den Versicherungsgesellschaften bei der Volksversicherung das Recht einräumt, in den Bedingungen den Rückkauf der Police — und damit auch das Recht auf Policenbeleihung — auszuschließen und nur die Umwandlung der Versicherung in eine prämienfreie zuzulassen. Die Vorschrift sei sozialpolitisch verfehlt, rechnerisch und rechtlich unbegründet. Das schweizerische VVG. gewähre auch den Volksversicherten das Rückkaufsrecht und diese Regelung habe sich praktisch bewährt.

§ 190. (Vgl. JDR. **10** 1331.) Literatur: Prager, Die Staatsaufsicht über die Hilfskassen, BayRpflZ. **12** 301 ff. — Zorn, Die Entwicklung der Hilfskassen, Leipzig 1912.

1. Prager, Die Staatsaufsicht über die Hilfskassen, BayRpflZ. **12** 301 ff., gibt eine Übersicht über die wesentlichsten Bestimmungen des RGes. über die Aufhebung des Hilfskassengesetzes.

2. Über die sich aus der Fusion einer Hilfskasse mit einem anderen Versicherungsunternehmen ergebenden Fragen (Rücktrittsrecht der Mitglieder?) s. zu § 14 VAG.

3. VAPV. **13** 102 behandelt die Mißstände bei den Hilfskassen, die sich bei ihrer Überleitung unter das neue Recht ergeben haben, und die getroffenen Maßnahmen.

4. Im übrigen vgl. zu § 122 VAG.

§ 192. (Vgl. JDR. **10** 1331, **8** 1144.) Literatur: I. Allgemeines zu dem Vertragsrechte bei den öffentlichen Versicherungsanstalten: Bartmann, Der Abschluß von Versicherungsverträgen bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. **13** 78 ff. — Ecker, Öffentliche Feuerversicherungsanstalten und Pferdeversicherung, MittöffFeuerversAnst. **12** 71 ff. — Gottschalk, Der Abschluß des Versicherungsvertrags bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. **13** 663 ff. — Hahn, Die Kriegsversicherung bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. **12** 44 ff. (s. zu § 84 VVG.). — Leder, Die Rückversicherungsabteilung des Verbandes öffentlicher Feuerversicherungsanstalten in Deutschland, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 33 ff. — Baumgarte, Der Schutz des Realkredits durch das öffentliche und private Feuerversicherungswesen, MittöffFeuerversAnst. **12** 375 ff. — Damm, Die öffentliche Schadenversicherung, Bd. 137, III, 8 der Schriften des Vereins für Sozialpolitik, 1913. — Schneider, Widerspruch zwischen Satzung oder Versicherungsbedingungen einer öffentlichen Versicherungsanstalt und einem Reichs- und Landesgesetze, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 167 ff. — Neumann, Die Versicherungsliteratur des 18. Jahrhunderts, ZVersWiss. **12** 317 ff., 604 ff., 786 ff., 967 ff. (die einzelstaatlichen Feuerversicherungsanstalten und Gesetze s. 616 ff.). — II. Preußen: Hagen-Manes, Preußisches Gesetz betr. die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten vom 25. Juli 1912. Berlin 1912. — Vorster, Das (preuß.) Gesetz betr. die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten vom 25. Juli 1910, MittöffFeuerversAnst. **12** 324 ff. — MasVersRdsch. **24** 108 ff., Entwicklung und gegenwärtiger Stand der öffentlich-rechtlichen Lebensversicherung in Preußen. — MasVersRdsch. **25** 353 ff., Öffentliche Lebensversicherungsanstalten. — Wegen der öffentlich-rechtlichen Lebensversicherung s. im übrigen vor §§ 159 ff. VVG. unter III. — III. Bayern: v. Sutner, Die Änderungen des (bayer.) Brandversicherungsgesetzes (Explosionsversicherung; Fahrlässigkeit; mit Grund und Boden fest verbundene Gegenstände), BayRpflZ. **13** 80 ff. — Kirchner, Einiges über die in Bayern für das Mobiliarfeuerversicherungswesen erlassenen Sonderbestimmungen, ZVersWes. **12** 179 ff. — IV. Sachsen: Wörner, Die Landesbrandversicherungsanstalt für das Königreich Sachsen (Sonderabdruck der Festschrift Gesellschaft für feuerversicherungsgeschichtliche Forschung). Halle 1913. — Kühn, Das Brandversicherungswesen im Königreich Sachsen, Heft V der Abhandlungen aus dem Volkswirtschaftlichen Seminare der Techn. Hochschule in Dresden. München-Leipzig 1913. — V. Württemberg: v. Geyer, Der Entwurf eines neuen Gebäudebrandversicherungsgesetzes für

Württemberg, ZVersWiss. **13** 740 ff. — Geyer, Der Entwurf eines neuen Gebäudebrandversicherungsgesetzes für das Königr. Württemberg, Kritische Betrachtungen und Änderungsvorschläge. Stuttgart 1913. — Supper, Der Entwurf eines (württ.) Gebäudebrandversicherungsgesetzes, WürttRpflZ. **13** 191 ff., 231 ff., 255 ff. — VI. Baden: Hahn, Geschichte der Großherzoglich Badischen Gebäudeversicherungsanstalt. Hannover 1912. — VII. Österreich: Ehrenzweig, Die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten in Österreich, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 18 ff.

A. Rechtsstellung der öffentlichen Versicherungsanstalten im allgemeinen. I. MasVersRdsch. **24** 19 ff., vergleicht die Vorzüge und Nachteile der allgemeinen Versicherungsbedingungen (Normativbedingungen) der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten in Preußen mit den Bedingungen der Privatversicherer und kommt zum Ergebnisse, daß den Bedingungen der öffentlichen Anstalten keineswegs der Vorzug eingeräumt werden könne.

II. **RG.** R. **13** Nr. 2315. Die Statuten öffentlicher Feuersozietäten sind zwar nicht insofern, als sie bloße Verwaltungsvorschriften über die Regelung der rechtlichen Beziehungen zwischen der Sozietät und den Versicherten enthalten (**RG.** **16** 370, GruchotsBeitr. **42** 1200), wohl aber insofern Normen des objektiven öffentlichen Rechtes (im Sinne von § 550 ZPO.), als sie die Verfassung und das Beamtenrecht regeln.

III. Wegen der Kaufmannseigenschaft öffentlicher Versicherungsanstalten s. zu § 119 VAG.

IV. Wegen des Ausschlusses des Kündigungsrechts (§ 70 Abs. 2 VVG.) bei öffentlichen Versicherungsanstalten s. zu § 70 VVG.

V. Wegen der Kriegsversicherung s. zu § 84 VVG.

VI. Wegen der Bewertung der Gebäudereste s. zu § 86 VVG. unter II.

VII. Wegen der öffentlichen staatlichen Hagelversicherung s. vor §§ 108 ff. VVG., wegen der Viehversicherung vor §§ 116 ff. VVG.

B. Einzelne Bundesstaaten. I. Preußen. 1. Ecker, Mitt. öffFeuerversAnst. **12** 71 ff., spricht sich für die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der Ausdehnung der öffentlichen Feuerversicherung auf die Pferdeversicherung aus.

2. Bartmann, MittöffFeuerversAnst. **13** 78 ff., behandelt die Frage der Perfektion des Vertragsschlusses und ihre Folgen bei öffentlichen Feuerversicherungsanstalten (mit Ausnahme der kraft Gesetzes oder kraft gesetzlichen Zwanges entstehenden Versicherungen). Hinsichtlich der Perfektion kommt er hierbei zu dem Ergebnisse, daß soweit eine gesetzliche Verpflichtung der Gesellschaft zur Annahme der Versicherung besteht, die Erklärung dieser Annahme unnötig ist, daß also insoweit der Vertrag perfekt wird und der Versicherungsschutz beginnt mit dem gehörigen Zugehen des Antrags samt Unterlagen bei der Gesellschaft (Preußisches Sozietätsgesetz).

3. Gottschalk, MittöffFeuerversAnst. **13** 663 ff., führt gegen Bartmann, aaO. 78 ff., aus, daß nach preußischem Rechte bei öffentlichen Feuerversicherungsanstalten der Vertrag erst durch die Erklärung der Annahme seitens der Anstalt auf den gestellten Antrag zustande komme.

4. Die Frage, wann eine, nicht annahmepflichtige, Versicherung bei einer preußischen öffentlichen Feuerversicherungsanstalt beginnt, deren Antrag erst nach dem Tage eingeht, der als Versicherungsbeginn in ihm bezeichnet ist, wird von Bartmann, MittöffFeuerversAnst. **13** 305, 411, Barth, aaO. 306, 411, Gottschalk, aaO. 411, dahin beantwortet, daß nach § 26 Abs. 1 PrSozietätsG. die Anstalt den beantragten früheren Versicherungsbeginn annehmen müsse, wenn sie die Versicherung annimmt und nichts Gegenteiliges erklärt.

5. Über den Beginn der Versicherung bei den zur Übernahme

der Versicherung verpflichteten Feuersozietäten s. auch MittöffFeuerversAnst. **13** 289 (Hamm), vgl. oben zu § 2 VVG.

6. Vf. des Min. d. Inn. vom 9. November 1911 betr. die Unterrichtung der Versicherungsnehmer über die Vertragsbestimmungen der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. **12** 26 bestimmt, daß den Versicherungsnehmern vor Abschluß oder bei Antragsstellung ein Auszug aus dem G. vom 25. Juli 1910 und aus den Satzungen sowie der vollständige Abdruck der allgemeinen Versicherungsbedingungen ausgehändigt oder daß diese Schriftstücke dem Versicherungsscheine beizuheften oder aufzudrucken sind.

7. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 177. Das Statut und das Reglement zum Statut einer Provinzialfeuersozietät, die auf Grund der Provinzialordnung erlassen sind, haben keine Gesetzeskraft und können im Einzelfalle rechtsbegründende Wirksamkeit nur vermöge des nach dem Statut und dem Reglement geschlossenen Versicherungsvertrags äußern, also nur als Vertragsbestimmung in Anwendung kommen (vgl. auch **RG.** GruchotsBeitr. **30** 1143, **42** 1201).

8. Über die Anfechtung der bei den preußischen öffentlichen Feuerversicherungsanstalten eingegangenen Versicherungsverträge wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung s. Keup, MittöffFeuerversAnst. **13** Beih. 38 ff., vgl. oben zu § 1 VVG. unter VIII 1.

9. Wegen des Verhältnisses der Amtmänner in Westfalen zu den Geschäften der Feuersozietäten und ihrer Gehorsamspflicht vgl. PrOVG. **56** 454.

10. WallmVersZ. **46** 220 ff., 227 ff., 253 ff. druckt die allgemeinen Versicherungsbedingungen für die preußischen öffentlichen Feuerversicherungsanstalten ab.

11. Vgl. im übrigen auch oben zu A II.

II. Bayern. 1. Wegen Artt. 12, 50 Abs. 2 BayBrandversG. (Stockwerksversicherung, Beschädigung von Gebäudeteilen) vom 3. April 1875 vgl. R. **13** 683 (BayVGH.) s. zu § 86 VVG.

2. Betr. der bayer. Gebäudebrandversicherungsanstalt BladmPr. **12** 114, betr. der bayer. Landesbrandversicherungsanstalt BladmPr. **12** 376, betr. der bayer. Landeshagelversicherungsanstalt BladmPr. **12** 294.

3. Wegen der Schadensermittlung auch ohne Erhebung eines Entschädigungsanspruchs (Artt. 48 ff. BrandversG.) und wegen des Einspruchs (Art. 53 das.) bei Ablehnung jeglicher Entschädigung s. BayVerwGH. **34** 273 ff.

III. Sachsen. 1. Über die Aufnahme der Fahrnisversicherung durch die sächsische Landesbrandversicherungsanstalt s. DVersZ. **13** 40 ff.

2. Zum Gesetz über die Landesbrandversicherungsanstalt vom 1. Juli 1910 und zum Gesetze betr. die staatliche Schlachtviehversicherung in d. Fassg. vom 25. April 1906 sowie zu den Ausführungsvorschriften vgl. auch Kormann, Die verwaltungsrechtliche Gesetzgebung des Königreichs Sachsen seit 1906, JahrböffRdGegenw. **7** (164 ff.) 167 ff.

3. Vgl. die VO. d. Min. d. Inn. vom 15. November 1913, GVBl. **13** 504, betr. Abänderung der VO. über die Einrichtung einer staatlichen Pferdeversicherung.

IV. Württemberg. v. Geyer, Der Entwurf eines neuen Gebäudebrandversicherungsgesetzes für Württemberg, ZVersWiss. **13** 740 ff., bespricht die geplanten Neuerungen, tadelt, daß eine nicht genügende Anpassung an das VVG. und eine nicht genügende Würdigung der Interessen der Versicherungsnehmer gegeben sei und geht im einzelnen auf die wichtigsten auch über die Grenzen Württembergs hinaus interessierenden Punkte ein, nämlich den Begriff des Brandschadens, das Verbot und die Folgen der Doppelversicherung, die Stellung des Gebäudezubehörs, die Rechtsmittel gegen Entschließungen der Brandversicherungsanstalt, das Schätzungsverfahren und die Klasseneinteilung.

V. Baden. 1. Wegen § 5 Abs. 1 GebVersG. vgl. MittöffFeuerversAnst. **12** 23 (BadVGH.), s. oben zu § 61.

2. Gebäudeversicherungsgesetz für Baden, vom 7. Oktober 1912, abgedr. in MittöffFeuerversAnst. **13** 71 ff., 251 ff.

3. BadRpr. **13** 152, BadVerwZ. **45** 117 (BadVerwGH.). Eiserne Wassertürme zur Speisung von Lokomotiven sind Gebäude, insbesondere im Sinne des § 2 BadGebäudeversG.

4. BadRpr. **13** 104 (BadVerwGH.). **a**) Die Klage des Brandbeschädigten gegen die Entscheidung des Verwaltungsrates der Gebäudeversicherungsanstalt wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Beteiligten auf die Eröffnung des Ergebnisses der Schadensabschätzung (§ 39 G., § 46 Abs. 1 VVO.) sich mit dem Ergebnisse zufrieden erklärt und dies auf der Brandschadenstabelle beurkundet haben (§ 46 Abs. 2 VVO.). Es liegt darin kein Verzicht auf das Klagerecht. **b**) Eine von den Bauschätzern gemäß dem Gesetze vorgenommene Schätzung kann nicht mit der allgemeinen Behauptung angefochten werden, das Urteil über die Wiederverwendbarkeit der nicht zerstörten Bauteile sei unzutreffend. Es müssen vielmehr entweder wesentliche Vorschriften des Abschätzungsverfahrens verletzt sein oder die Bauschätzer objektiv unrichtige Wahrnehmungen über bestimmt zu bezeichnende Gegenstände gemacht und dadurch ihre Schätzung auf unrichtige Annahmen gegründet haben.

5. BadVerwZ. **44** 178 (BadVerwGH.). Abweisung eines zu spät angemeldeten Anspruchs auf Blitzschadensersatz (§§ 3, 29, 30, 37, 38).

6. R. **11** 384 (BayVerwGH.). Unter Brand ist nicht eine schädigende Feuerwirkung auf solche Gegenstände zu verstehen, die dem Feuer und dessen Wirkung bestimmungsgemäß ausgesetzt werden. Wird ein Ofen durch die Einwirkung des in ihm befindlichen Feuers beschädigt oder zerstört, so liegt kein nach Art. 34 BrandversG. zu vergütender Brandschaden vor.

7. Sörgel, JahrbVerwR. **13** 218 (BadVerwGH.). Dem Kläger kann es nicht als schuldhafte Versäumnis angerechnet werden, daß er mit der Anzeige noch einige Tage wartete. Denn es handelte sich bei der Kuh um verhältnismäßig unbedeutende Erscheinungen, nämlich um ein zwar deutlich wahrnehmbares, aber in keiner Weise besorgniserregendes Nachgeben mit dem Fuße, wie es häufig vorzukommen pflegt und erfahrungsgemäß in der Regel bald wieder behoben wird.

8. Sörgel, JahrbVerwR. **13** 340 (BadVerwGH.). Anzeige an die unzuständige Stelle schadet nicht, wenn diese den entschädigungspflichtigen Ortsviehversicherungsverein sofort in Kenntnis setzt, so daß dieser das zur Wahrung seiner Rechte Erforderliche vorkehren konnte (Art. 40 Abs. 6 BadG. betr. die Versicherung der Rindviehbestände v. 20. Juni 1890 / 2. August 1904). — Wegen der Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs nach § 40 Abs. 6 BadG. vgl. BadVerwGH. vom 4. April 1911, Sörgel aaO.

10. BadVerwZ. **43** 88 (BadVerwGH.). Das bad. Gesetz betr. die Versicherung der Rindviehbestände kennt zwei verschiedene Arten von Ortsvereinen. Die nach Art. 2 Abs. 2 und die nach Art. 34 errichteten. Erstere sind öffentliche Versicherungsanstalten. Das Ausscheiden aus ihnen kann nicht freiwillig, sondern nur durch Auflösung des Vereins oder durch Ausschluß erfolgen. Anders bei den Vereinen nach Art. 34; hier entscheiden über das Ausscheiden die Vereinssatzungen.

VI. Anhalt. FeuerversicherungsG. vom 26. März 1911 (GS. **11** 1324), abgedr. auch in den MittöffFeuerversAnst. **12** 33 ff., 65 ff.

VII. Waldeck. G. betr. die Feuerversicherungsanstalt für die Fürstentümer Waldeck u. Pyrmont vom 4. Januar 1912, abgedr. in MittöffFeuerversAnst. **12** 131 ff.

VIII. Hamburg. FeuerkassenG. vom 28. Februar 1910 (AmtsBl. **10** 111). Vgl. hierzu Seweloh, Die hamburgische Verwaltungsgesetzgebung in den Jahren 1910 u. 1911, JahrböffRdGegenw. **6** (305 ff.) 327 ff.

IX. Ausland. 1. Ehrenzweig, Die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten in Österreich, MittöffFeuerversAnst. **12** Beih. 18 ff. Österreich hat außer dem Versicherungsregulative vom 5. März 1896, RGBl. Nr. 31 (MinisterialVO.) keinerlei gesetzliche Regelung des Versicherungswesens und -rechts. Es gibt eine Reihe von sog. Landesanstalten, die als Gegenseitigkeitsanstalten die Personen- und Sachversicherung betreiben und auch von staatlichen und autonomen Organen gefördert werden. Sie haben aber weder Monopolstellung noch aktiven oder passiven Versicherungszwang. Sie sind, soweit sie Feuerversicherung betreiben als öffentliche Anstalten zu bezeichnen, aber nicht als wirkliche öffentliche Versicherungsanstalten. Sie nehmen eine Mittelstellung ein. Dies gilt aber nur für die von autonomen, territorialen Verwaltungskörpern gegründeten und geleiteten Landesanstalten. Die übrigen, die Feuerversicherung betreibenden, von Privaten gegründeten, aber territorial organisierten Landesanstalten sind rein private Anstalten.

2. Wegen des Auslandes s. auch vor §§ 1 ff. VAG., ferner vor §§ 81 ff. VVG. unter IX., vor §§ 49 ff. unter XII., vor §§ 108 ff., vor §§ 116 ff. VVG.

§ 193. (Vgl. JDR. **10** 1335.) Wegen der Wiederaufbauklausel s. zu §§ 97, 101 VVG.

§ 194. (Vgl. JDR. **10** 1335.) Wegen der Stellung des Revisionsgerichts vgl. vor §§ 1 ff. VVG. unter VI 6 und zu § 184 VVG. unter 3.

Einführungsgesetz zum Gesetz über den Versicherungsvertrag.

Art. 2. (Vgl. JDR. **10** 1335.) 1. Wegen des bayer. Hagelversicherungsgesetzes und darüber, ob die Hagelversicherung Immobiliarversicherung ist, vgl. vor §§ 108 ff. VVG.

2. Über die Frage, ob die Maschinenversicherung Immobiliarversicherung ist, vgl. vor §§ 49 ff. VVG. unter VII.

Art. 3. (Vgl. JDR. **10** 1335.) Literatur: Petersen, Entscheidungen ZVersWiss. **13** 251 ff. — Wehberg, § 8 VVG. in Verbindung mit Art. 3 EGVVG. VersAnn. **12** 25 ff. (vgl. zu § 8 VVG.).

Art. 4. (Vgl. JDR. **10** 1335.) Über den Geltungsbereich der den Versicherungsschein betreffenden Rechtssätze vgl. Jacobi, Der Versicherungsschein (Diss. 1911) 75 ff.

Art. 6. Über die in den alten Bedingungen für die Geltendmachung des Umwandlungs- und Rückkaufsrechts gesetzten Fristen unter dem neuen Rechte vgl. oben zu § 174 VVG. unter 5.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Berlin-Schöneberg.

